

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**José Hamilton Bueno**

**Dos indicadores de autonomia  
e empresarialidade  
nos contratos de representação comercial**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2008**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**JOSÉ HAMILTON BUENO**

**DOS INDICADORES DE AUTONOMIA  
E EMPRESARIALIDADE  
NOS CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora no Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, como exigência parcial para obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manus.

**SÃO PAULO  
2008**

**BANCA EXAMINADORA**

---

---

---

*Às minhas filhas,  
**Ana Paula e Maria Luíza,**  
fonte de lágrimas e sorrisos, minha eterna gratidão  
por me ensinarem a ser o ser humano que sou.*

*Palavras comovem;  
Exemplos arrastam.*

Assim, fortaleceu em mim a admiração  
pelo **Min. Pedro Paulo Teixeira Manus**.  
São ímpares seus exemplos de integridade e  
paixão pelas letras jurídicas.

Sua sabedoria e humildade, qualidades raras,  
foram inspiração para o presente estudo,  
singela contribuição que se está a oferecer  
para a melhoria da geração de trabalho e renda,  
um dos pilares da dignidade humana.

*A Rubens Requião,*  
pai jurídico dos representantes comerciais,  
sem seu magistério e pesquisa profunda,  
ainda estaríamos a procurar os caminhos.

*Aos representantes comerciais,*  
que correm riscos para angariar pedidos e  
recebem mais não do que sim,  
custeando todo o processo de vendas  
para as empresas que representam,  
minha admiração pela sua ousadia e espírito empreendedor;

*Aos empresários que comandam as empresas representadas,*  
mesmo com razoável margem de insegurança jurídica,  
fruto da diversidade de interpretações do judiciário trabalhista,  
pela coragem de correr riscos e,  
com isso, aumentar o passivo trabalhista.

A esses empresários que seguem  
os preceitos empresariais e comerciais da lei,  
apesar da interpretação de magistrados  
que aplicam princípios contrários  
à natureza híbrida da lei que regulamenta a  
profissão e o contrato de representação comercial,  
parabéns por ajudar o Brasil a crescer e se desenvolver.

*Aos juízes trabalhistas,  
que deixaram de ser “juízes da CLT”,  
para aplicar os princípios que regem a matéria,  
segundo sua especialidade, quer seja trabalhista,  
previdenciária, tributária, de direito das obrigações  
e dos contratos, do direito de empresa etc.,  
pelo efeito didático junto aos jurisdicionados,  
em especial junto às empresas representadas,  
que estão mais diligentes na contratação de profissionais  
com características efetivas de autonomia e empresarialidade.*



## AGRADECIMENTOS

Ao

*Dr, Marcos Roberto Tardim Moreira,*

que não mediu esforços para nos ajudar a coletar e a classificar mais de mil acórdãos trabalhistas, e mais de quinhentos da justiça comum, o que muito contribuiu para a construção dos indicadores de autonomia e empresarialidade.

À

*Dra. Carmen Silvia Antonialli,*

que, além das contribuições, inúmeras, ofereceu alternativas para que a redação fosse compreensível e obedecesse ao padrão culto da língua portuguesa.

## RESUMO

O estudo propõe-se a cotejar a eficácia da Lei n. 4886/65, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8420/92, que regulamentou a profissão e o contrato de representação comercial.

A principal dificuldade que o trabalho identifica é o que se convencionou chamar de *zona grise* ou *cinzenta*, um espaço de incerteza entre as figuras jurídicas típicas do empregado, autônomo ou empresário.

Após estudo de inúmeros autores que tratam do tema e de centenas de acórdãos trabalhistas e da Justiça Comum, busca-se verificar as possíveis causas da referida zona grígea tendo, como pano de fundo, os princípios de direito e a natureza jurídica da lei especial.

Para a proposição de indicadores excludentes da subordinação jurídica, o trabalho ilustra, de forma não terminativa, uma série relevante de fatos que podem revelar um contrato de trabalho ou um contrato autônomo.

O trabalho, para chegar aos indicadores, propõe um método de análise dos fatos e o reconhecimento do caráter híbrido da lei n. 4.886/65, cuja natureza jurídica extrapola as fronteiras do direito comum (e do direito comercial, na terminologia adotada antes do Código Civil de 2002).

Objetiva-se, assim, oferecer critérios objetivos para minimizar a “zona cinzenta”, reduzir o grau de insegurança jurídica dos jurisdicionados, bem como elencar, de forma justificada, instrumentos melhor estruturados para o convencimento motivado do magistrado ao decidir lides desta natureza.

## **ABSTRACT**

This paper aims to compare the effectiveness of Law n. 4,886/65, with the alterations introduced by Law n. 8,420/92, that regulates the commercial agent profession and commercial contracts.

The main difficulty that this paper identifies is commonly known as gray area or cinereous, an uncertainty space between the typical legal figures of the employee, self-employed (independent) worker and entrepreneur.

After research on innumerable authors who deal with the subject and hundreds of sentences, we verified the possible causes of such gray areas, taking as background the legal principles and juridical nature of the special law.

For the proposal of exculpatory pointers of the legal subordination, the work illustrates, of not terminative form, an excellent series of facts that can disclose to an employment contract or an independent contract.

This paper, to determine such pointers, considers a factual analysis' method and also the recognition of the hybrid character of law n. 4,886/65, whose legal nature surpasses the borders of the common law (and of the commercial law, in the terminology adopted before the Brazilian Civil Law of 2002).

The aim, thus, is to offer objective criteria to minimize that "gray zone", to reduce the degree of legal uncertainty to those under such jurisdiction, as well to roll out, in a justified manner, the best instruments for Magistrate's motivated persuasion when judging deals of such nature.

**DOS INDICADORES DE AUTONOMIA E  
EMPRESARIALIDADE  
NOS CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL**

**SUMÁRIO**

Introdução

**PARTE UM – DO TEMA, DO MÉTODO E DOS LIMITES DA PESQUISA**

1. Da importância do tema

2. Metodologia

    2.1 Da dogmática e da interpretação das normas jurídicas

    2.2 Do método como instrumental para a pesquisa jurídica

3. Delimitação do escopo da pesquisa e esclarecimentos

**PARTE DOIS – DA CARACTERIZAÇÃO DAS FIGURAS JURÍDICAS**

4. Da contextualização da representação comercial como forma de distribuição de produtos e serviços

5. Da zona grise: uma aporia?

6. Das características da subordinação

7. Das características da autonomia

8. Das características da empresarialidade

**PARTE TRÊS – DOS INDICADORES**

9. Dos elementos característicos do representante comercial

10. Dos elementos excludentes da relação de emprego: indicadores de autonomia e de empresarialidade

    10.1 Da natureza híbrida da lei

    10.2 Dos princípios de regência da lei

    10.3 Da metodologia para a aplicação dos indicadores

    10.4 Dos indicadores e suas justificativas

    10.5 Uma sugestão ao TST

Conclusão

Referências bibliográficas

## **Introdução**

A Lei n. 4886/65, alterada pela lei 8420/92, completou 42 anos de vigência 09/12/2005.

Mesmo após quatro décadas de existência, constata-se uma zona cinzenta entre o representante autônomo, em especial pessoa física, nos termos do art. 1º da Lei n. 4886/65 e a figura tipificada do empregado, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT.

As empresas contratantes desta modalidade de prestação de serviços têm necessidade de maior segurança jurídica, visto que, em função de interpretações diversas do judiciário, tanto no âmbito da Justiça Comum, como na Justiça Laboral, sentem-se, muitas vezes, compelidas a não se valer destes profissionais para a venda de seus produtos e serviços.

Neste sentido, valendo-nos da doutrina e da jurisprudência produzida ao longo dessas décadas, propomos a trazer à reflexão de juristas em geral, operadores do direito, professores, magistrados e jurisdicionados, em especial representada e representante, maiores referências, na forma de indicadores que permitam melhor divisar relação de emprego da atividade autônoma ou empresarial.

Embora não haja dados oficiais, estima-se que mais de um milhão de trabalhadores atuem com representação comercial, sob a alcunha de “prepostos”, “cometas” (que passam de tempos em tempos) ou meramente “vendedores autônomos”<sup>1</sup>, sem amparo legal. Realizam, assim, suas atividades de intermediação mercantil sem a proteção oferecida pela lei (CLT ou lei especial que regulamenta a

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que tal expressão, “vendedor autônomo”, de uso corriqueiro, não é juridicamente correta. Pelo nosso ordenamento, trata-se de empregado, quando nos referimos a vendedor, viajante, vendedor praticista ou denominações correlatas (Lei n. 3.207/57). Para autônomo ou pessoa jurídica, a denominação legal correta é representante comercial (art. 1º, Lei 4.886/65) ou agente de comércio (art. 710, CC/02).

profissão e o contrato de representação comercial), o que traz relevância para o tema em debate, com vistas a que esses trabalhadores saiam da clandestinidade e passem a figurar os quadros dos tomadores de serviço, quer como empregados vendedores, ou, se for o caso, como autônomos ou empresários de representação comercial.

O Novo Código Civil, arts. 710 a 721, tipifica o contrato de agência e distribuição, fazendo referência (art. 721) no que tange às conseqüências tais como indenização, pré-aviso, práticas comerciais, à lei especial, que é a Lei 4.886/65. Referida legislação não será objeto do presente estudo.

## **PARTE UM – DO TEMA, DO MÉTODO E DOS LIMITES DA PESQUISA**

### **1. Da importância do tema**

Há apenas três autores que se dedicaram ao estudo desta lei especial, tendo, como expoente, Rubens Requião.

Requião desenvolveu sua tese de livre-docência em 1950 e defendeu-a, na Universidade do Paraná, em 1957. A primeira edição de sua obra, *Do Representante Comercial*, só ocorreu dez anos depois, em 1967.

Embora a obra de Requião seja profunda, o autor não enfrentou as dificuldades de discernir, modo específico, as figuras dotadas de subordinação, daquelas que, efetivamente, realizam trabalho autônomo ou empresarial, até por que seu objetivo era comentar a lei e não os aspectos que poderiam conflitar com a legislação trabalhista.

Outros autores se seguiram, entre eles, Rubens Edmundo Requião, filho de Rubens Requião, em sua obra *A*

*Nova Regulamentação da Representação Comercial*<sup>2</sup>, cujo enfoque é mais comercial, embora com viés protetivo, quando se tratava de cuidar de questões sociais, ligadas aos direitos dos representantes. Também Ricardo Nacim Saad<sup>3</sup> cuidou do tema, com brevidade, em sua obra *Representação Comercial*. Essas são as obras de que temos conhecimento, além de inúmeros artigos sobre o tema e de rápidas referências em obras de direito comercial.

O que constatamos, entretanto, é que todos eles se dedicaram a análise dos diversos artigos da lei, mas nenhum traz, de uma maneira sistematizada, quem efetivamente é empregado, sob o véu de um contrato de representação e aqueles que, efetivamente, têm liberdade e independência, linhas condutoras da autonomia e da empresarialidade.

O que se pode argüir é por que uma lei nascida para ser regida pelo direito comum, como expressamente consta do texto, há um sem número de ações, contadas aos milhares por ano, interpostas em sede trabalhista.

De pronto, poderíamos arriscar que os advogados preferem a especializada trabalhista em face de sua reconhecida celeridade. A sentença de primeiro grau tende a ser breve, algo como seis meses. Na Comum, raramente a sentença é publicada três anos após a sua interposição.

No entanto, por mais relevante que seja esse fator (celeridade, “justiça tardia é injustiça”), não podemos levar um contrato de locação (exceto se fizer parte da relação de emprego) à justiça laboral.

Há, pois, uma questão de competência em razão da matéria. Portanto, competência absoluta.

Logo, se uma pessoa jurídica, regularmente constituída, é representante de um fornecedor qualquer, seja

---

<sup>2</sup> Obra editada pela Saraiva.

<sup>3</sup> Obra editada pela Saraiva.

ele, atacadista, fabricante etc. e interpuser ação trabalhista, como pessoa física ou natural, alegando vínculo de emprego, não há como o juiz trabalhista negar-se a admiti-la e instruí-la para reconhecer a relação de emprego ou, assim não entendendo, encaminhar à Justiça Comum para que dê continuidade ao pleito, se for o caso.

Para as representadas, esta indefinição, que lhes é angustiante, leva-as à inobservância da lei, pois segui-las ou não, poder-se-á estar fadado a pagar verbas não previstas como devidas (décimo terceiro salário, horas extras, férias, 40% de multa sobre o FGTS etc.).

A escusa a cumprir a lei, além de inaceitável, traz grande prejuízo à sociedade, que, presume-se tenha, em mercado informal, mais de dois milhões de representantes sem contrato, sem inscrição no órgão de classe, sem os benefícios e deveres impostos pela lei.<sup>4</sup>

Em que pese uma cultura de sonegação e impunidade, o gigantesco volume de reclamações trabalhistas tem sido pedagógico, para que os contratantes se profissionalizem e tratem autônomos como autônomos (com independência e liberdade quanto à gestão de seu próprio negócio: a representação comercial). Basta dizer que, há cinco anos, levantamento sistemático na internet, em todos os TRTs e TST, mostrava que mais de 75% (setenta e cinco por cento) das ações culminavam no reconhecimento da relação de emprego. Atualmente, este índice caiu para menos de 63% (sessenta e três por cento).

Neste trabalho, almeja-se, pois, produzir indicadores objetivos que demonstrem, tanto para os

---

<sup>4</sup> Os dados são da Federação do Comércio do Estado de São Paulo, a que tivemos acesso por meio da Assessoria Jurídica do Corcesp – Conselho Regional dos Representantes Comerciais. Em São Paulo, há mais de duzentos mil inscritos no Corcesp, sendo que apenas setenta mil estão em dia com suas contribuições.



jurisdicionados, quanto para os magistrados que, observados tais critérios, ter-se-á configurado, no mais das vezes, a autonomia ou a subordinação.

Com a estrutura que estamos propondo e à medida que os juízes trabalhistas reconheçam a validade do método, dos princípios e dos indicadores propostos, bem como os jurisdicionados tenham uma gestão mais profissionalizada de seus representantes, possamos estar, neste ponto, aproximando-nos de um Estado Democrático de Direito, que ilumina a Constituição da República.

A maior observância da legislação em vigor, não culminando numa dissimulada desobediência civil a que assistimos, pode aumentar o trabalho formal, dar mais vigor à economia e, como consequência, buscarmos, no que tange ao objeto de estudo, o ideal de segurança jurídica.

## **2. Metodologia**

Tomamos por base, em especial para os aspectos formais da presente dissertação, os livros de Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>5</sup> e Waldir de Pinho Veloso<sup>6</sup>.

Para os aspectos metodológicos ligados à pesquisa jurídica, além dos livros citados, estamos nos valendo dos ensinamentos de Eduardo C. B. Bittar<sup>7</sup> e de Eduardo de Oliveira Leite<sup>8</sup>.

Para trabalhar com pesquisa jurídica, Eduardo C. B. Bittar entende que se busca discutir, fundamentalmente, as fontes imediatas jurídico-formais, tais como um texto de lei, a decisão de uma turma de um tribunal, o costume de uma praça de comércio ou um contrato.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> Manual da Monografia Jurídica.

<sup>6</sup> Como redigir trabalhos científicos.

<sup>7</sup> Metodologia da Pesquisa Jurídica.

<sup>8</sup> Monografia Jurídica.

<sup>9</sup> Op. cit p. 186.

Esta parte do trabalho se propõe, na primeira etapa, a traçar breves considerações sobre a dogmática jurídica, os meios supletivos de lacunas, seja por ausência de regulamentação normativa, conflito ou dubiedade sobre sua aplicação.

As espécies mais citadas pelos doutrinadores, a respeito do suprimento de lacuna, são:

1. Inadequação axiológica (valores expressos pela norma não condizem com a realidade social do momento da aplicação da mesma);

2. Inadequação ontológica (propriedades especificadas na norma não condizem mais com a realidade social) ou ainda,

3. Por ausência de norma no sistema jurídico.

## **2.1 Da dogmática e da interpretação das normas jurídicas**

Esta parte do trabalho está assim estruturada:

- i. Considerações iniciais;
- ii. A norma jurídica e formas de interpretação;
- iii. Jurisprudência;
- iv. Analogia;
- v. Eqüidade;
- vi. Princípios e normas gerais de direito;
- vii. Usos e costumes;
- viii. Direito comparado;
- ix. Breves considerações sobre os métodos de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

### **i. Das considerações gerais**

Valer-nos-emos de alguns dos principais pensadores contemporâneos do Direito do Trabalho<sup>10</sup> e no campo civilista, no que tange à interpretação, das diversas obras da professora Maria Helena Diniz sobre o assunto<sup>11</sup>, além dos pensadores clássicos da hermenêutica, como Alípio Silveira (A Hermenêutica no Direito Brasileiro), Carlos Maximiliano (Hermenêutica e Aplicação do Direito) e Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>12</sup>

Não é pretensão deste trabalho, por fugir ao seu escopo e propósitos, uma digressão aprofundada da hermenêutica jurídica, enquanto ciência que estuda os métodos de interpretação. O breve estudo dos métodos de interpretação auxiliar-nos-á na composição dos indicadores a que nos propomos.

A pesquisa tem vocação mais dogmática (do grego *dokein*, expressando “doutrinar”), tendo em vista a atualidade e a relevância dos temas ora em estudo para melhor instrumentalização da prática jurídica, sem desprezar, mas integrando, também, uma corrente mais crítica, a zetética (do grego *zetéin*, expressando “procurar, inquirir”) enquanto método de investigação, tendo em vista seu enfoque mais crítico, em especial pela busca do sentido nos contextos sociológico, filosófico e histórico da pesquisa jurídica.

## **ii. Da norma jurídica e formas de interpretação**

---

<sup>10</sup> Alice Monteiro Alves, Amauri Mascaro Nascimento, Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Lima Teixeira, Mauricio Coutinho Delgado, Pedro Paulo Teixeira Manus, Sérgio Pinto Martins e Sagadas Vianna.

<sup>11</sup> Referimo-nos às seguintes obras que estão mais correlacionadas à Teoria Geral do Direito e à Filosofia do Direito: A Ciência Jurídica, Conflito de Normas, Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência, LICC Interpretada.

<sup>12</sup> Teoria da Norma Jurídica, Introdução ao Estudo do Direito, A ciência do Direito e Função Social da Dogmática Jurídica.

Ao diferenciar elementos caracterizadores da subordinação, autonomia e empresarialidade, estaremos nos valendo do ordenamento jurídico constitucional e, em especial, do Direito do Trabalho, Previdenciário (este traz informações mais detalhadas sobre a conceituação do trabalho autônomo) e Civil, em especial, do Direito das Obrigações (Parte Especial, Livro I) e do Direito de Empresa (Parte Especial, Livro II, com destaque para os artigos 966 e seguintes, que definem os requisitos para a tipificação de empresário e demais condições atinentes ao exercício da atividade empresarial).

Assim, partiremos de postulados próprios destes ramos do direito, como o da proteção e da primazia da realidade, no que se refere aos fundamentos trabalhistas e de alguns alicerces, princípios constitucionais transformados em cláusulas gerais do Direito Obrigacional, entre eles, a função social do contrato (art. 421, CC/02), da lealdade e da boa-fé (art. 422, CC/02). Enfatizaremos, também, o art. 5º da LICC, que trata da teoria finalística e da análise do sentido atribuído pela norma:

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (O destaque é nosso).

Ao analisar este artigo da LICC, Maria Helena DINIZ<sup>13</sup> ensina que “*a função social da dogmática jurídica está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do direito e de controlar a consistência das decisões, tendo por base outras decisões. Só a partir de um estudo científico-jurídico é que se pode dizer o que é juridicamente possível. O*

---

<sup>13</sup> Neste sentido, DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. p. 140. Sobre o tema, a autora faz estudo aprofundado, p. 138-166.

ideal dos juristas é descobrir o que está implícito no ordenamento jurídico, reformulando-o, apresentando-o como um todo coerente e adequando-o às valorações sociais vigentes”. (Sem grifos e destaques no original).

A norma interpretativa específica para o ramo jurídico trabalhista é dada pelo art. 8º da CLT, *in verbis*:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Parece-nos relevante, diante do estudo que estamos nos propondo, destacar:

- a) em caso de lacuna, as autoridades administrativas deverão, naquele âmbito, integrar a norma, valendo-se da disposição do artigo em referência. Vale lembrar as origens da Justiça Laboral como órgão do Poder Executivo, bem como a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego nas relações de trabalho, quer individuais, quer coletivas. Além das atividades de fiscalização, é importante destacar as atividades ligadas à medicina e segurança do trabalho, combate ao trabalho escravo, meio ambiente de trabalho, interesses coletivos das respectivas categorias

profissionais e econômicas, entre outras. É evidente que aquele que se sinta inconformado com a decisão em âmbito administrativo possa se socorrer da Justiça Laboral.

- b) Também cabe ao intérprete, nos caso de lacuna, com enfoque para as lides que pedem providência jurisdicional trabalhista, valer-se dos meios legais autorizadores do suprimento de lacunas, como a jurisprudência, a analogia, os costumes e até mesmo o direito comparado.

Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Tereza Martins Romar fazem a seguinte consideração sobre o artigo sob comento<sup>14</sup>: “o art. 8º da CLT enfatiza a vedação no sentido de que qualquer interesse individual ou de grupo prevaleça sobre o interesse comum, regra básica para o Direito do Trabalho. No mesmo sentido, estabelece que o direito material comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, quando omissa este, desde que não incompatível a norma a ser aplicada com os interesses deste. Havendo a incompatibilidade não se aplica a norma legal comum, solucionando-se o caso por uma das fontes materiais mencionadas pelo caput do art. 8º da CLT [...]”. (Os grifos são nossos).

Amauri Mascaro Nascimento<sup>15</sup>, no seu Curso de Direito do Trabalho, propõe critérios para a interpretação dos contratos individuais de trabalho:

- a) para que seja objeto de interpretação, uma norma ajustada pelos sujeitos do contrato de trabalho deve estar em consonância com o sistema jurídico e não pode estabelecer condições de trabalho menos vantajosas que as demarcadas como o mínimo, pela lei, pelas convenções

---

<sup>14</sup> CLT e legislação Complementar em vigor. Segunda nota ao art. 8º. p. 83.

<sup>15</sup> P.286.

coletivas, pelo regulamento de empresa etc., sob pena de inaplicabilidade;

- b) podem as partes de um contrato de trabalho estipular condições mais vantajosas para o empregado, *salvo havendo leis proibitivas*, como as leis salariais que vigoraram no Brasil; (o grifo é nosso).
- c) as declarações de vontade unilaterais devem ser interpretadas segundo os efeitos correntes que infundem no espírito do empregado, como no caso do seu despedimento mediante expressões não-formais como "pode procurar os seus direitos", hipótese na qual deve prevalecer o sentido objetivo da declaração e a responsabilidade do empregador pela dubiedade de entendimento a que dá causa;
- d) *as fórmulas escritas não podem ser liminarmente aceitas e devem corresponder à realidade objetiva das condições do trabalho*, o que leva à afirmação da existência do contrato de trabalho mesmo que formalizado documento de contrato de arrendamento, de parceria, de serviços autônomos etc. e desde que efetivamente as partes estejam vinculadas segundo deveres e direitos que pela lei caracterizem o vínculo empregatício; (o grifo é nosso).
- e) os documentos de quitação valem pelo que deles constar especificamente, quanto aos valores e respectivas verbas quitadas, nenhuma sendo a validade de quitações gerais, salvo transações e nos termos permitidos pela lei;
- f) prevalece, na interpretação dos contratos de trabalho, a interpretação psicológica ou subjetiva e não a interpretação objetiva, cabendo ao intérprete não só a compreensão da vontade; dos contratantes, mas também até mesmo a substituição da vontade das partes sempre que em desacordo com as normas mínimas de condições de trabalho;

g) a renúncia de direitos pelo trabalhador não é absoluta, mas sim relativa e, em certas situações, impossível, sempre que ferir o mínimo de proteção conferida pela ordem pública; portanto, sua interpretação é restrita.

Para Pedro Paulo Teixeira Manus<sup>16</sup> deve-se entender “pelo vocábulo *norma* a regra de conduta ou de procedimento”. Mais adiante, ensina que a sanção é um atributo essencial da norma jurídica. Para o professor e magistrado, a norma que não contém sanção nem mesmo pertenceria ao mundo jurídico.

Assim, para MANUS, ao lado de Délio Maranhão, Amauri Mascaro Nascimento, entre inúmeros outros, a natureza contratual do Direito do Trabalho é de direito privado, embora coexistam normas de direito público e privado a lhes regular. MANUS arremata: “*Relevante, a nosso ver, o fato da relação empregado-empregador ser de natureza contratual, de origem civilista, o qual reforça a tese de natureza jurídica de direito privado*”. (O destaque é nosso).

Maria Helena Diniz<sup>17</sup>, ao comentar o art. 5º da LICC, ensina que a ciência do direito, articulada no modelo teórico hermenêutico, *ao encarar a decidibilidade do ângulo de sua relevância significativa, relacionando a hipótese de conflito e a hipótese de decisão tendo em vista o seu sentido, assumindo, então, uma atividade interpretativa, tendo uma função primordialmente avaliativa, por propiciar o ENCONTRO DE INDICADORES para uma compreensão parcial ou total das relações surge como uma teoria hermenêutica, por ter, dentre outras a tarefa de:*

- a) *interpretar normas, visto que toda norma é passível de interpretação. A ciência jurídica enquanto teoria da interpretação, ao buscar o sentido e o alcance da norma,*

---

<sup>16</sup> *Direito do Trabalho*. p. 50 e ss.

<sup>17</sup> *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*, p. 138 e ss.



tendo em vista uma finalidade prática, criando condições para uma decisão possível, ou melhor, condições de aplicabilidade de norma com um mínimo de perturbação social.

O ato interpretativo encontra problemas, em função da sua complexidade.

Os modelos de interpretação estão inter-relacionados, afirma Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>18</sup> e demonstram os modos pelos quais a ciência jurídica se exerce enquanto pensamento tecnológico, pois ao objetivarem a solução de certo conflito, utilizam elementos de convencimento para persuadir o destinatário da norma, criando condições para que os conflitos sejam decididos com o mínimo de perturbação social. Eis alguns deles:

1. Qual o critério para a interpretação autêntica?
2. Ao interpretar uma norma deve-se buscar a vontade da lei ou a do legislador?
3. Qual a interpretação e o sentido que podem pôr um fim prático à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas?
4. Quais as técnicas interpretativas que devem ser empregadas pelo jurista e pelo aplicador?
5. Seria a gramatical? A lógica? A sistemática? A histórico-evolutiva? A teleológica?
6. Tais técnicas completam-se reciprocamente, ou se excluem operando isoladamente?
7. Há alguma preponderância ou supremacia de uma técnica sobre outra?
8. O ato interpretativo tem, pois, um sentido problemático de modo que é pressuposto da hermenêutica jurídica a liberdade do intérprete na escolha das múltiplas vias interpretativas, pois deve haver uma interpretação e um

---

<sup>18</sup> A ciência do direito, p.87-103.

sentido que prepondere, pondo um fim prático à cadeia das várias possibilidades interpretativas criando condições para uma decisão possível;

- b)** *verificar a existência da lacuna jurídica*, constatando-a e indicando os instrumentos integradores, que levem a uma decisão possível mais favorável, argumentada no direito vigente, mesmo quando se trate de critérios conducentes a uma decisão *contra legem*, nas hipóteses de lacunas axiológicas e ontológicas;
- c)** *afastar contradições normativas, indicando critérios para solucioná-las*. Para tanto, deverá a ciência do direito assumir também o modelo teórico-analítico, tendo como escopo a sistematização de normas para obter decisões possíveis, criando condições para classificação, tipificação e sistematização de fatos relevantes, daí sua função organizatória, sem, contudo, olvidar o modelo teórico-empírico, que vislumbra na decidibilidade a busca de condições de possibilidade de uma decisão hipotética para um conflito hipotético procurando investigar as normas. Que, por serem encaradas como um procedimento decisório, [as normas] fazem do pensamento jurídico um sistema explicativo do comportamento humano, enquanto controlado por normas. Eis por que sobreleva a função de previsão que cria condições para que se possa passar do registro de certos fatos relevantes para outros fatos, eventualmente importantes para os quais não há registro.

O jurista, portanto, coloca problemas, propondo uma solução possível e viável.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr.<sup>19</sup>, “a dogmática jurídica tem uma função social, ante a relevância do fator social nos processos de conhecimento. O conhecimento é

---

<sup>19</sup> *Função social da dogmática jurídica*. p. 82-90.

visto como uma atividade capaz de servir de mediação entre os dados da realidade e a resposta comportamental do indivíduo, por gerar expectativas cognitivas, já que as sínteses significativas da ciência garantem a segurança e a certeza de expectativas sociais, pois diminuem os riscos de falha na ação humana, já que, em razão delas, será possível, com certo grau de certeza, dizer quem agiu correta ou incorretamente. A ciência é vista como uma agência de socialização, por permitir a integração de homem e da sociedade num universo coerente". (Os grifos e destaques são nossos).

### iii. Da jurisprudência

A palavra *júris*, do latim, vem de *direito* e a palavra *prudência* está a significar as cautelas que o Judiciário deve ter para, após reiteradas decisões no mesmo sentido, adotar, sem efeito vinculante, determinada tendência de um tribunal em decidir questão ligada à interpretação de determinada norma naquele sentido.

Para Carlos Maximiliano<sup>20</sup> “chama-se *jurisprudência*, em geral, ao conjunto das soluções dadas pelos tribunais às questões de Direito; relativamente a um caso particular, denominada *jurisprudência* a decisão constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito”.

O autor complementa, que “a jurisprudência tem, na atualidade, três funções muito nítidas, que se desenvolveram lentamente:

1) Uma função um tanto automática de *aplicar a lei*;

2) Uma função de adaptação, consistente em por a lei em harmonia com as idéias contemporâneas e as necessidades modernas; e

---

<sup>20</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 144.

3) Uma função *criadora*, destina a preencher as lacunas da lei”. (Os destaques estão no original).

Neste ponto, nota-se direcionamento distinto entre o art. 4º da LICC: “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” e o art. 8º da CLT, já citado, pois este menciona, como primeiro critério para a interpretação, a jurisprudência.

A lei civil, embora a admita como fonte suplementar, não menciona textualmente a jurisprudência.

Não é incomum verificar entre os doutrinadores pátrios a aceitação de uma *justiça de precedentes*, não ao exato tempero dado pela Justiça da *common law*, mas é notório o relevante poder dos acórdãos do TST e suas súmulas, condensadas em enunciados, têm sobre a magistratura especializada e jurisdicionados.

Este dado está a corroborar a primeira opção legislativa para a interpretação de determinada norma trabalhista: a jurisprudência.

Amauri Mascaro Nascimento<sup>21</sup> professa pela jurisprudência de valores, referindo-se à mitigação do princípio protetivo, assim, não é um valor absoluto, mas apenas aplicado quando as normas estiverem em conflito ou forem lacunosas. *In verbis*: “Não obstante, é preciso fixar, em certas situações, se a disposição é ou não mais favorável aos trabalhadores, para o que vários princípios essenciais foram formulados:

- a) a comparação deve ser iniciada aproximando o teor das duas regras;
- b) a comparação de ambas as regras deve tomar em consideração a situação da coletividade dos trabalhadores

---

<sup>21</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 278-279.

interessados e não a de um trabalhador tomado isoladamente;

- c) a questão não depende da apreciação subjetiva dos interessado e tem de ser resolvida objetivamente, inspirando-se nos motivos que hajam levado a ditar regra hierarquicamente mais elevada;
- d) a confrontação de ambas as regras deve efetuar-se de maneira concreta, buscando se a regra inferior é, na espécie, mais ou menos favorável aos trabalhadores;
- e) por último, a possibilidade de melhorar a condição dos trabalhadores, por constituir exceção ao princípio da intangibilidade da regra imperativa hierarquicamente a mais elevada, conduz a reputar ilícita uma disposição se houver dúvida de que seja mais favorável aos interesses dos trabalhadores”.

Continua o professor Amauri, “o direito do trabalho deve ser interpretado segundo a jurisprudência axiológica ou de valores.

No trabalho de investigação, confronto e avaliação dos interesses que devem ser harmonizados com a subsunção da espécie de fato à norma jurídica, é requerido um processo de apreciação que habilite o intérprete a proferir decisões de valor (Werturtheil).

Cumpra ao aplicador determinar os interesses que a norma jurídica visa a dirimir e, pondo um em confronto com o outro, avaliá-los, de acordo com os juízos que se deduzem da lei ou que chegaram ao seu conhecimento.

Nessa escala de valores, não é possível deixar de reputar os sociais como mais importantes que os individuais, os coletivos mais importantes que os particulares. Segundo essa perspectiva, o princípio in dubio pro operario deve ser rearticulado e perde bastante da sua expressão.

A norma favorável deve efetivamente ser aplicada sempre que duas ou mais normas estiverem em aparente conflito. No entanto, o Estado, como grupo social de superposição, pode impedir, estipulações em desacordo com os interesses da comunidade e o faz mediante leis proibitivas, como as de combate à inflação e impeditivas de reajustamentos salariais superiores aos índices fixados pelo governo. Assim, entre uma convenção coletiva mais vantajosa e uma lei menos vantajosa, esta e não aquela prevaleceria, no que está evidente a derrogação do princípio da predominância da norma mais benéfica ao trabalhador.

A jurisprudência de valores no direito do trabalho encontra bons fundamentos na Escola do Direito Livre, pois o *juiz do trabalho é um legislador secundário e às vezes até mesmo principal*. A jurisdição trabalhista é entendida, não somente como sancionadora, mas também como constitutiva, não só por meio de sentenças normativas mas também nas decisões proferidas em dissídios individuais. A lei é um dos instrumentos de que o juiz do trabalho se vale para fazer justiça. Nem sempre a técnica gramatical conduzirá o juiz a um resultado justo.

A aplicação da norma jurídica nunca poderá desviar-se de um fim: a observância de uma escala coerente com os princípios fundamentais do pensamento humano em cada época. Não é, de outro lado, o juiz do trabalho um órgão de assistência social. Como magistrado, decidirá entre os interesses em conflito, assegurando a cada um o que é seu e repondo no patrimônio do lesado, o correspondente econômico fruto da violação que sofreu. **As normas não de ser interpretadas em atenção ao seu valor para a vida.**

#### iv. Da analogia

Dentre os métodos de integração temos a **analogia** (art. 5º, LICC e art. 8º, CLT). Segundo Amauri Mascaro Nascimento<sup>22</sup> “a analogia consiste na utilização, para solucionar um determinado caso concreto, de norma jurídica destinada a caso semelhante. As normas jurídicas são gerais, e a experiência demonstra a sua insuficiência, porque os homens não podem prever os avanços e modificações das condições gerais.

Trata-se, portanto, de um processo de migração de normas jurídicas, admissíveis somente quando existir uma autorização nesse sentido, o que é comum no direito do trabalho. Assim, sempre que no ordenamento jurídico não for encontrada uma norma adequada ao fato, aplica-se, analogicamente, outra norma elaborada para situação semelhante. (Os grifos e destaques são nossos).

Seus pressupostos são:

- a) um caso não previsto em lei;
- b) semelhança entre os casos, o não-previsto em lei e o previsto;
- c) semelhança fundamental e real e não simplesmente accidental entre ambos os casos”.

#### **v. Da eqüidade**

Para Maria Helena Diniz<sup>23</sup>, a eqüidade “é elemento de integração, pois consiste em restituir à norma, a que acaso falte, por imprecisão de seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilidade necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo”.

Complementa a autora: “A eqüidade exerce função integrativa na decisão: a) dos casos especiais que o

---

<sup>22</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 286-288.

<sup>23</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, p. 136

próprio legislador deixa, propositadamente, omissos, isto é, no preenchimento das lacunas voluntárias, ou seja, daqueles casos em que a própria norma remete ao órgão julgante a utilização da equidade; e b) dos casos que, de modo involuntário, escapam à previsão do elaborador da norma; por mais que este queira abranger todos os casos, ficam sempre omissas dadas circunstâncias, surgindo, então, lacunas que devem ser preenchidas pela analogia, costume, princípios gerais de direito, sendo que, na insuficiência desses instrumentos, se deverá recorrer à equidade”.

Vicente Ráo<sup>24</sup> apresenta três regras que devem ser seguidas pelo magistrado, ao aplicar a equidade:

- a) por igual modo devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais;
- b) todos os elementos que concorreram para constituir a relação sub iudice, coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas, tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados;
- c) entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais humana, por ser a que melhor atende à justiça.

Desempenha, ainda, a equidade função de grande importância na *interpretação das normas*. Nessa função interpretativa, a equidade pode significar, segundo Maria Helena Diniz<sup>25</sup>:

- 1) *o predomínio da finalidade da lei sobre sua letra; ou*
- 2) *a preferência, dentre as várias interpretações possíveis de uma norma, pela mais benigna e humana. Ambas as significações não precisam ser autorizadas legalmente.*<sup>26</sup>  
(os grifos são nossos).

---

<sup>24</sup> *O direito e a vida do direito*. p. 94.

<sup>25</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. p. 135-137.

<sup>26</sup> *Op. cit.* p. 135-136



Maria Helena DINIZ<sup>27</sup> conclui, ensinando que, “em sua função interpretativa, na busca do sentido da norma, a equidade aparece na aplicação do método histórico-evolutivo, que preconiza a adequação da lei às novas circunstâncias, e do método teleológico, que requer a valoração da lei, a fim de que o órgão jurisdicional possa acompanhar as vicissitudes da realidade concreta”.

Ressaltamos neste ponto, uma vocação maior da justiça trabalhista pela equidade e, assim, pelo ideal de justiça.

No campo cível, a equidade é utilizada em condições mais excepcionais, devidamente autorizadas pela norma. Nossa militância advocatícia superior a vinte e dois anos mostra, em boa parte dos casos, um juiz trabalhista envolto com o processo sob sua jurisdição. O mesmo não acontece com o juiz cível. Nota-se certo distanciamento e frieza, cuja postura mais se assemelha a um tecnocrata que se deixou escravizar pelos rituais da processualística civil, fazendo do método um fim em si mesmo.

## **vi. Dos princípios gerais de direito**

Neste item, pretendemos expor, de maneira também abreviada, apesar da extensão do tema, as principais questões, tanto na área cível, quanto na trabalhista, no que se refere à conceituação, definição de quais são os princípios e de sua aplicação. Estaremos cotejando, também, em função dos objetivos do presente estudo, os princípios na esfera do Direito Civil.

Vamos iniciar com as lições de Maria Helena Diniz<sup>28</sup>: “quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando *princípios gerais de direito*, que são

---

<sup>27</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, p. 136.

<sup>28</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, p. 124 e ss.

cânones que não foram ditados, explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.

O princípio geral do direito é uma diretriz para a integração das lacunas estabelecidas pelo próprio legislador, mas é vago em sua expressão; reveste-se de caráter impreciso, uma vez que o elaborador da norma não diz o que se deve entender por princípio.

Os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida.

Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um "organismo" lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso. Com isso, evita-se que o emprego dos princípios seja arbitrário ou conforme as aspirações, valores ou interesses do órgão judicante.

Muitos desses princípios encontram-se prescritos em normas. Por exemplo, o art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: "*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*"; o art. 112 do Código Civil: "*Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas substanciada do que ao sentido literal da linguagem*"; e o art. 5º, II, da Constituição Federal do Brasil, que contém, em si, o princípio da legalidade, ao dizer: "*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*". Porém, em sua grande maioria, os princípios estão implícitos, podendo ser descobertos pela análise dos subsistemas. Estão contidos no sistema jurídico civil, p. ex., os princípios:

a) da moralidade;

- b) da igualdade de direitos e deveres diante do ordenamento jurídico;
- c) da proibição de locupletamento ilícito;
- d) da função social da propriedade, arts. 5º, XXIII, 182 e 212, 184, 185, parágrafo único, e 186 da CF/88;
- e) de que ninguém pode transferir ou transmitir mais direitos do que tem;
- f) de que a boa-fé se presume e a má-fé deve ser provada;
- g) da preservação da autonomia da instituição familiar;
- h) de que ninguém pode invocar a própria torpeza;
- i) da exigência da justa causa nos negócios jurídicos;
- j) de que o dano causado por dolo ou culpa deve ser reparado;
- l) de que as obrigações contraídas devem ser cumpridas;
- m) dos pressupostos da responsabilidade civil;
- n) de que quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém;
- o) do equilíbrio dos contratos;
- p) da autonomia da vontade e da liberdade de contratar;
- q) da intangibilidade dos valores da pessoa humana ou do devido respeito à personalidade humana;
- r) de que a interpretação a ser seguida é aquela que se revelar menos onerosa para o devedor;
- s) de que quando for duvidosa a cláusula do contrato deve-se conduzir a interpretação visando àquele que se obriga;
- t) de que se responde pelos próprios atos e não pelos atos dos outros;
- u) de que se deve favorecer mais àquele que procura evitar um dano do que àquele que busca realizar um ganho;
- v) de que não se pode responsabilizar alguém mais de uma vez pelo mesmo fato;
- x) de que nas relações sociais se tutela a boa-fé e se reprime a má-fé etc.

Os princípios gerais de direito, entendemos, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas. Não se confundem os princípios gerais de direito, ainda, com os brocardos ou máximas, embora sejam, em parte, integrados por estas. Tais parêntias valem apenas como cristalizações históricas dos princípios gerais de direito:

- i. *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*: as exceções são de interpretação estrita;
- ii. *semper in dubiis, benigniora praeferenda sunt*: nos casos duvidosos, deve-se preferir a solução mais benigna;
- iii. *ad impossibilia nemo tenetur*: ninguém está obrigado ao impossível;
- iv. *utile per inutile non vitiatur*: o que num ato jurídico é útil não deve ser prejudicado por aquilo que não é;
- v. *actus, non a nomine sed ab effectu, judicatur*: o ato jurídico é apreciado, tomando-se em consideração, em vez do simples nome, o efetivamente desejado, ou seja, a denominação falsa ou errada do ato não influi no valor e aplicabilidade das disposições; se ao legado chamam herança, p. ex., o magistrado corrige o engano, dando eficiência ao que foi, efetivamente, resolvido;
- vi. *nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*: ninguém deve locupletar-se com o dano alheio, ou com o engano ou prejuízo alheio;
- vii. *in his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*: ao que foi determinado, introduzido, realizado em contraste com a razão de direito, não podemos aplicar a norma de direito;

viii. "*unum quod que dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*" cada coisa dissolve-se do mesmo modo pelo qual tenha sido constituída".

Maria Helena Diniz<sup>29</sup> ensina cinco passos "para que o órgão judicante, empregando deduções, induções, e, ainda, juízos valorativos, possa aplicar o princípio geral de direito:

- 1) Buscar os princípios norteadores da estrutura positiva da instituição a que se refere o caso *sub judice*;
- 2) Sendo inócua a primeira medida, deverá atingir os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, depois os do diploma onde se encontra o livro, a seguir os da disciplina a que corresponde o diploma, e assim por diante até chegar aos princípios gerais de todo o direito escrito, de todo o regime jurídico-político e da própria sociedade das nações, embora estes últimos só digam respeito às questões de direito internacional público;
- 3) Procurar os princípios de direito consuetudinário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas advêm;
- 4) Recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobre quais são os princípios que regem o sistema jurídico das nações civilizadas, desde que estes não contradigam os princípios do sistema jurídico interno;
- 5) Invocar os elementos de justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar o campo da jusfilosofia".

São princípios do Direito do Trabalho:

### **1. Para Sérgio Pinto MARTINS:**

---

<sup>29</sup> *Lei de Introdução ao Código Civil*, p. 131-132.

- a) Da proteção;
- b) Da irrenunciabilidade de direitos;
- c) Da continuidade da relação de emprego;
- d) Da primazia da realidade.<sup>30</sup>

## **2. Para Maurício Coutinho DELGADO:**

- a) Da proteção;
- b) Da norma mais favorável;
- c) Da imperatividade das normas trabalhistas;
- d) Da indisponibilidade dos direitos trabalhistas;
- e) Da condição mais benéfica;
- f) Da inalterabilidade contratual lesiva;
- g) Da intangibilidade salarial;
- h) Da primazia da realidade sobre a forma;
- i) Continuidade da relação de emprego;
- j) Do maior rendimento e “*in dúbio pro operário*”, considerados “princípios especiais controvertidos”.<sup>31</sup>

## **3. Para Alice Monteiro de BARROS:**

- a) Da proteção;
- b) Da condição mais benéfica;
- c) Da primazia da realidade;
- d) Da irrenunciabilidade;
- e) Da continuidade;
- f) Os de origem constitucional: liberdade, igualdade, justiça e da dignidade da pessoa humana.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Op. cit., p. 62-65. O autor elenca como princípios gerais, também aplicáveis em sede trabalhista, os da dignidade da pessoa humana, da proibição ao abuso de direito e do enriquecimento sem causa; da boa fé, da força obrigatória dos contratos; da reciprocidade de direitos e obrigações e da função social do contrato (art. 421, CC/02).

<sup>31</sup> Op. cit., p. 196-216. Os princípios elencados nas alíneas “a” até “i” são considerados pelo autor como “núcleo basilar”.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 163-180.

#### **4. Para Arnaldo SUSSEKIND:**

- a) Da proteção;
- b) “*in dubio pro operário*”;
- c) Da norma mais favorável;
- d) Da condição mais benéfica;
- e) Da primazia da realidade;
- f) Da integralidade e da intangibilidade do salário;
- g) Da não-discriminação;
- h) Da continuidade da relação de emprego;
- i) Da irredutibilidade do salário;
- j) Da dignidade da pessoa humana;
- k) Dos valores sociais do trabalho;
- l) Da valorização do trabalho humano;
- m) Da justiça social;
- n) Da busca do pleno emprego.<sup>33</sup>

#### **5. Para Amauri Mascaro NASCIMENTO:**

- a) Da liberdade de trabalho;
- b) Da organização sindical;
- c) Das garantias mínimas do trabalhador;
- d) Da multinormatividade do direito do trabalho;
- e) Da norma mais favorável, salvo lei proibitiva do Estado;
- f) Da igualdade salarial;
- g) Da justa remuneração;
- h) Do direito ao descanso;
- i) Do direito ao emprego;
- j) Da previdência social;<sup>34</sup>
- k) Da condição mais benéfica;
- l) Da autonomia coletiva dos particulares;

---

<sup>33</sup> *Instituições de Direito do Trabalho*. Volume I, p. 144-149. As alíneas “f” a “n”, para o autor, foram positivadas pela CF/08.

<sup>34</sup> Pela abrangência das incidências do princípio explanadas do autor, parece mais apropriado que o princípio fosse “da seguridade social”.

- m) Da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas;
- n) Da continuidade da relação de emprego.<sup>35</sup>

Na seara do Direito Civil, tomaremos por base dissertação de mestrado de Flávio **TARTUCCI**, que resume as principais teorias e princípios, em especial a do direito consumerista, que guarda relação protetiva com o consumidor, a exemplo do direito laboral, na proteção do trabalhador.

São princípios do Direito do Consumidor, na compilação feita por **Flávio TARTUCCI**:

- a) Da vulnerabilidade contratual do consumidor;
- b) Da hipossuficiência do consumidor;
- c) Da boa-fé objetiva;
- d) Da equidade contratual;
- e) Da conservação do contrato;
- f) Da equivalência contratual;
- g) Da transparência e da informação;
- h) Da solidariedade;
- i) Da função social;
- j) Da responsabilidade objetiva do fornecedor.

No que se refere ao Código Civil, com base em sua pesquisa doutrinária, inclusive de direito comparado, **Flávio TARTUCCI** elenca como princípios contratuais basilares<sup>36</sup>:

- a) Da autonomia privada;
- b) Da mitigação da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*);
- c) Da relatividade dos efeitos contratuais;
- d) Da função social do contrato (art. 421, CC/02);

---

<sup>35</sup> Op. cit., p. 307-311.

<sup>36</sup> Os princípios da função social e da boa-fé objetiva são considerados cláusulas gerais.



e) Da boa-fé objetiva (art. 422, CC/02).

Como princípios suplementares aos princípios básicos da função social e da boa-fé objetiva<sup>37</sup>, o autor elenca:

- a) Da colaboração;
- b) Da proteção, incluindo o dever de guardar sigilo;
- c) Da lealdade<sup>38</sup> ou probidade<sup>39</sup>;
- d) Da informação e transparência (esta, no sentido de não omissão de informações atinentes ao negócio jurídico);
- e) Do aviso e do aconselhamento.

O autor exemplifica o princípio da boa-fé objetiva com o conhecido “Caso dos tomates”, onde a Cica, indústria alimentícia, contratava a produção de tomates de inúmeros plantadores de determinada região do estado do Rio Grande do Sul. Num determinado ano, como de costume e previsão contratual, distribuiu as sementes. Por dificuldades econômicas, a empresa, em determinado ano, resolveu não comprar a produção de tomates. Os produtores foram vencedores em processo judicial contra a Cica, conforme ementa de um dos acórdãos, todos no mesmo sentido, pelo que noticia o autor: “Contrato. Teoria da aparência. Inadimplemento. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a Cica, e não tinham por que plantar, sem a garantia da compra”. TJ-RS, Embargos Infringentes n.

---

<sup>37</sup> Esclarece o autor que boa-fé objetiva é a somatória de boa intenção e lealdade, portanto, inclui a boa-fé subjetiva. Complementamos: no art. 50, CC/02, sobre a desconsideração da personalidade jurídica, a lei dispõe sobre o abuso de poder (aspecto subjetivo), que resulta na confusão patrimonial ou desvio de finalidade (aspectos objetivos).

<sup>38</sup> Segundo o dicionário Houaiss, edição eletrônica v. 1.0.5, entende-se por lealdade: fidelidade aos compromissos assumidos, respeito.

<sup>39</sup> Segundo o dicionário Houaiss, edição eletrônica v. 1.0.5, entende-se por probidade: integridade, confiança, honestidade, retidão, honra.

591083357, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Juiz Adalberto Libório Barros. Julgado em 01/11/91.<sup>40</sup>

### **vii. Dos usos e costumes**

O costume jurídico exige dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica.

Entre outros autores, Maria Helena Diniz ensina que a norma é que deriva do costume, pela sua silenciosa prática<sup>41</sup>, dando vazão, em determinado momento, à sua transmutação em norma escrita (*jus civilis*). Assim, “é a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica.

O costume é uma fonte jurídica, porém em plano secundário. São condições para a vigência do costume a sua: 1. continuidade, 2. uniformidade, 3. diuturnidade, 4. moralidade e 5. obrigatoriedade.

O juiz, ao aplicar o costume, terá que levar em conta os fins sociais deste e as exigências do bem comum (LICC, art. 5º, CLT, 8º), ou seja, os ideais de justiça e de utilidade comum, considerando-o sempre na unidade de seus dois elementos essenciais.

Em relação à lei, três são as espécies de costume:

- 1) O *secundum legem*, previsto na lei, que reconhece sua eficácia obrigatória.
- 2) O *praeter legem*, quando se reveste de caráter supletivo, suprimindo a lei nos casos omissos. Este costume é invocado, quando mal sucedida a argumentação analógica, nas hipóteses de lacuna.

---

<sup>40</sup> *Função Social dos Contratos. Do Código do Consumidor ao Código Civil de 2002, passim*, em especial, p. 108-167; 196-232 e 239-295. A ementa citada encontra-se às p. 221.

<sup>41</sup> Neste sentido, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. p. 43-49.

3) O *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao da lei. Seria o caso da *consuetudo abrogatoria*, implicitamente revogatória das disposições legais, ou da *desuetudo*, que produz a não-aplicação da lei, em virtude de desuso, uma vez que a norma legal passa a ser letra morta”.<sup>42</sup>

No Direito do Trabalho, fala-se também em usos, cuja diferença do costume está na obrigatoriedade deste, que é mais abrangente que os usos. Usos são práticas reiteradas, aceitas, mas não exigíveis de forma compulsória<sup>43</sup>.

### **viii. Do direito comparado**

Nos ensinamentos de Carlos MAXIMILIANO encontramos explicação de que os povos cultos “servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada a determinado fim; por isso, desde que se estudam sob o aspecto verdadeiramente científico os fenômenos jurídicos, entra como fonte de esclarecimentos o Direito Comparado”.

O autor arremata doutrinando que o Direito Comparado passou a auxiliar, com vigor, o intérprete. O processo para utilização desta fonte seria o confronto do dispositivo sujeito a exame, com outros que estejam em vigor em outros povos cultos, que gozem do mesmo grau de civilização, para concluir sobre o sentido e o alcance do texto nacional ou da aplicabilidade do texto estrangeiro como integrador de alguma lacuna ou ponto controverso da legislação pátria<sup>44</sup>.

Maria Helena DINIZ, no seu festejado Compêndio de Introdução à Ciência do Direito<sup>45</sup>, ensina-nos que tanto

---

<sup>42</sup> *Introdução à LICC*. p. 119-123.

<sup>43</sup> Neste sentido, BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 156-157.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 107-109.

<sup>45</sup> P. 225-226.

diferenças como semelhanças nos ordenamentos jurídicos, podem ser úteis em casos de lacuna ou dúvidas de interpretação da norma pátria.

Sem menosprezo do grau de civilização vivenciado por esses países a que se observa determinado conjunto normativo, continua a civilista, tem-se de:

- a) ao lado das normas sob análise,
- b) proceder à verificação de circunstâncias peculiares de cada coletividade e
- c) valendo-se de sínteses indutivas sucessivas,
- d) verificar a aplicabilidade de determinada norma a um caso concreto,
- e) ou ainda, apoiar doutrinadores e legisladores para o aperfeiçoamento do sistema normativo jurídico, constituindo-se, assim, numa fonte de criação, desenvolvimento e evolução do direito.

## **ix. Breves considerações sobre os métodos de interpretação e aplicação das normas jurídicas**

Os métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica são bastante conhecidos no meio jurídico. Assim, atendendo aos objetivos propostos, faremos menção dos métodos mais relevantes.

a) **Gramatical.** Busca-se o sentido literal do texto. Este método é também conhecido como literal, semântico ou filológico em que se busca a precisão da linguagem expressa na norma jurídica.

Muitas palavras são plurívocas (do latim, muitas acepções), ou seja, elas têm vários significados. No caso, o intérprete estudará o contexto em que a norma se insere para dar-lhe o correto significado. As significações comuns de uma palavra classificam-se pelo seu aspecto onomasiológico, pelo seu uso corrente. Quando o texto aparece numa norma, toma relevo o aspecto semasiológico. Se falarmos vulgarmente em representante, a idéia será de um terceiro que se coloca no lugar de outrem. Se utilizarmos o vocábulo sob aspecto jurídico, poderemos avaliar os aspectos de validade e eficácia da representação, se há ou não poderes outorgados para decidir por outrem, ou seja, se a representação é acompanhada de mandato e por sua vez, se é ou não exteriorizada numa procuração ou contrato.

O método gramatical, como um dos métodos interpretativos, vale-se de algumas regras:

1. Entre o sentido comum e técnico, deve-se dar preferência ao último.
2. Deve ser considerada a posição enciclopédica da norma. Se lesão estiver contida em Direito das Obrigações, terá cotação distinta se contida em Direito Penal. E essas

significações poderão ser distintas do uso comum desta palavra.

3. Havendo antinomia entre o sentido gramatical e o lógico, deve este prevalecer. É o caso do art.461, da CLT, que dispõe sobre a equiparação salarial, ao utilizar a expressão “tempo na *função*”. Pouco importa a denominação do cargo, ou da ocupação (C. B. O. – Código Brasileiro de Ocupações) ou ainda, da *função*. O que prevalecerá, pelo método gramatical, para a aferição de um dos requisitos para a equiparação salarial é que realizem as mesmas tarefas, as mesmas atividades, idêntico trabalho, independente da denominação do cargo, da ocupação ou da *função*.
4. O significado da palavra deve ser tomado em conexão com o da lei. Assim, representante comercial, na legislação pátria, Lei n. 4886/65, é o mesmo que agente comercial para o art. 710 do CC/02 e para a legislação alienígena. Ao analisarmos o significado da expressão “representação comercial”, em termos jurídicos, saberemos que:
  - 4.1 A lei regulou a profissão (art. 2º e ss.) e o contrato (art. 27).
  - 4.2 Se é profissão regulamentada, o exercício irregular de profissão remeteria às sanções do Código Penal.
  - 4.3 A profissão está conectada com o princípio constitucional da liberdade de trabalho “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (nos termos do art. 5º, XIII, da CF/88);
  - 4.4 Se houver subordinação, fica descaracterizada a autonomia e a empresarialidade prevista na lei especial (art. 1º);
  - 4.5 Se não houver subordinação, pode-se aceitar a autonomia mitigada? Ou seria um trabalho

coordenado, como apregoam alguns civilistas italianos, enquadrando tais prestadores como parassubordinados e, então, teríamos uma lacuna na legislação vigente?

Em contraste, para o leigo, o representante comercial é um vendedor, um negociante, ou ainda, “um autônomo”. A expressão, para o leigo remete a alguém que fala em nome de outrem, mas não tem as conotações jurídicas acima elencadas.

5. O termo deve ser interpretado em relação aos demais.

6. Havendo palavras com sentido diverso, cumpre ao intérprete fixar-lhes o adequado ou verdadeiro.

b) O segundo método a estudar é o **sistemático**.

Trata-se de ver o ordenamento jurídico como um todo, como um sistema integrado, harmônico e interdependente de cada um de seus subsistemas.

Neste sentido, fala-se no diálogo das fontes, ou seja, uma norma consumerista poderia apoiar o intérprete no que tange a aplicação de uma norma trabalhista. Uma norma processual trabalhista vaga ou incompleta, pode valer-se, para sua completude, do CPC. Dando alicerce e balizando ao método sistemático estaria a Constituição da República e seus princípios.

Sábios os ensinamentos de Carlos Maximiliano, “Já não se admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma *em conjunto: Incivile est, nisi tota lege perspecta, uma aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere* (Digesto, Livro I, Título 3, Fragmento 24), [ou seja], é contra Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma”.

Leciona, ainda, o citado doutrinador que “cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do

exame em conjunto resulta bastante luz pra caso em apreço. Em outro trecho, esclarece: “O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio”.<sup>46</sup>

c) O terceiro método de interpretação, a que agora adentramos, é o **histórico-evolutivo**, que tem como expoente Savigni, coloca sua atenção sobre os precedentes da norma, buscando os contornos e contexto de sua erupção. Além de um olhar histórico em sentido social, econômico e político da época, investiga-se também a tramitação legislativa, os debates e os pareceres das comissões, a exposição de motivos, entre outros.

Nesta esteira, Rubens Requião, em obra resultante de sua tese de livre-docência, fez abalorada digressão histórica do instituto, para entender o representante comercial no espaço internacional e nacional. No Brasil, o ilustre doutrinador começa sua investigação no ano de 1949, quando se elaborou as *Recomendações de Araxá*, dirigidas à Câmara dos Deputados, fruto da convenção de representantes comerciais<sup>47</sup>.

d) O quarto método de interpretação é o **sociológico ou teleológico**, cuja referência doutrinária encontra-se em Ihering, entende-se que a norma deve se conformar às tendências sociais. Assim, a norma destina-se a um fim social de que o magistrado deve participar ao interpretar o preceito normativo.

Para Carlos Maximiliano, deve o juiz buscar o sentido e o alcance do texto, desde que não sejam colidentes com o fim colimado por qualquer legislação, o bem social, na

---

<sup>46</sup> Op. cit., p. 104-106.

<sup>47</sup> *Do Representante Comercial*, p. 8-11.



esteira do artigo 5º da LICC e dos princípios constitucionais, em especial, art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e IV (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa).

Continua o autor, prescrevendo quatro requisitos para a aplicação do método teleológico:

1. “As leis conformes no seu *fim* devem ter idêntica execução e não podem ser estendidas de modo que produzam decisões diferentes sobre o mesmo objeto.
2. Se o *fim* decorre de uma série de leis, cada uma há de ser, quanto possível, compreendida de maneira que corresponda ao objetivo resultante do conjunto.
3. Cumpre atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie *a favor*, e não *em prejuízo* de quem ela evidentemente visa a proteger.
4. Os títulos, as epígrafes, o preâmbulo, e as exposições de motivos da lei auxiliam a reconhecer o fim primitivo da mesma”.<sup>48</sup> (Todos os destaques são do autor).

e) O quinto método ao qual faremos, também, breve menção, é o da **pragmática**, com vistas à investigação do discurso normativo.<sup>49</sup>

Neste método interpretativo, o estudo volta-se para a relação entre o direito e a linguagem. Atentar-se-á, pois, para a semiótica, em suas três dimensões, a sintática, a semântica e a pragmática.

Em que pesem críticas veementes à dogmática jurídica<sup>50</sup> e seus métodos de interpretação, não se pretende, no escopo do presente trabalho, envolver-se com tal discussão.

---

<sup>48</sup> Op. cit., p. 124-131.

<sup>49</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica, *passim*, em especial, p. 1-33 e 93-160.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, *passim*, em especial, p. 239-350.

Semiótica é a disciplina dos sinais ou signos.<sup>51</sup>

Os signos ou sinais são entendidos como entes físicos e intersubjetivos, como gestos, expressões corporais, indicadores luminosos, avisos escritos ou simbólicos, como uma placa com uma flecha, a indicar a direção a ser seguida pelos condutores de veículos, por exemplo.

A sintática diz respeito à forma de combinação dos sinais para que as expressões lingüísticas estejam bem formadas, de modo a dar sentido e abrangência com a maior clareza possível entre quem emite a mensagem e quem a interpreta.

A semântica estuda a relação entre a sintática – aquilo que se exprime – e o empiricamente verificável, vinculando assim, a mensagem expressa com o campo objetivo a que esta se refere. Ao enunciarmos, em linguagem técnico-jurídica, que um advogado, em determinado caso concreto, pode alegar “*a exceção de incompetência*”,<sup>52</sup> ela dificilmente será apreendida pelo leigo como “*uma defesa, em âmbito judicial, para que o magistrado declare-se não autorizado a julgar a lide*”.

A pragmática, valendo-se da sintática e da semântica, estuda as significações dos símbolos em interação com as pessoas e respectivos objetivos. Há, portanto, uma relação tríplice: símbolo, objeto e pessoa.

A pragmática, assim, seria uma *lingüística do diálogo*, baseada no princípio de interação e mediada por signos endereçados ao interlocutor e de forma que a

---

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 165-209.

<sup>52</sup> SILVA, de Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, p. 572. Para o autor, a exceção de incompetência dá-se quando se tem por objetivo afastar o juiz a quem se confiou a causa, por existir razões jurídicas para que dela se decline.

mensagem possa ser compreendida e assim, decodificada. O *ato de compreender* seria, portanto, o *ato de interpretar*.

Maria Helena DINIZ, a exemplo de inúmeros autores, afirma que a ciência jurídica encontra na linguagem sua possibilidade de existir. A autora elenca seis razões mais relevantes:<sup>53</sup>

1. Não há como produzir seu objeto (norma, interpretação, subsunção, aplicação, sanção) sem se recorrer aos signos e seus simbolismos.
2. Para o direito, a linguagem especializada deve ser rigorosa, para que haja entendimento entre emissor e receptor.
3. As proposições normativas são enunciados incidentes sobre certos comportamentos, exigindo precisão de conceitos.
4. O intérprete deve partir das palavras para atingir as idéias. A transformação de signos em símbolos requer um desenvolvimento lingüístico apurado. Ainda, a interpretação é um ato de compreensão do significado e do alcance de qualquer dispositivo normativo, de escopo legal ou jurídico.
5. Cabe ao intérprete o estudo e a escolha de meios adequados de integração em face da vagueza, dubiedade, obscuridade e contradição da norma.
6. Por meio da linguagem, o jurista organiza a norma em um sistema, em um ordenamento. A atividade de sistematização contínua da ordem jurídica, em função de seu dinamismo, arremata a autora, é uma das principais tarefas do jurista, não apenas meramente interpretativa, mas essencialmente criativa.

## **2.2 Do método como instrumental para a pesquisa jurídica**

---

<sup>53</sup> Op. cit., p. 169-170.

Um roteiro científico para a apresentação da dissertação é sugerida por OLIVEIRA LEITE<sup>54</sup>, Eduardo de, ao propor o método cartesiano, em que pesem críticas ao mesmo, o caminho sugerido é interessante e pode apoiar a construção das idéias a serem expostas.

O método de Descartes, introduzido pelo *Discours de la Methode*, é composto de quatro regras, cada uma direcionada para uma etapa do trabalho, a saber:

Primeira etapa: regra da evidência;

Segunda etapa: regra da análise;

Terceira etapa: regra da síntese;

Quarta etapa: regra da enumeração.

A *regra da evidência* consiste em não aceitar nada como uma verdade pronta. Parte, assim, das dúvidas e das incompreensões em relação à temática, de modo a deixar claro o que se pretende problematizar.

A *regra da análise* resume-se na decomposição do tema, de modo a compreendê-lo em suas diversas facetas ou partes, com vistas à sua melhor compreensão.

A *regra da síntese* consta em reagrupar as partes que se analisou e aclarou, para que se busque uma verdade, uma vez que a regra da evidência (primeira etapa) ainda não estava a iluminar.

A *regra da enumeração* consiste em elencar os pontos significantes para aumentar o grau de certeza em relação à temática em análise no texto jurídico.

Partindo dessas quatro regras, teríamos, respectivamente, as seguintes etapas.

**Primeira etapa:** trata da REGRA DA EVIDÊNCIA, que buscará trazer as primeiras luzes de tema intrincado, um pouco menos na doutrina, bem mais na jurisprudência.

---

<sup>54</sup> Op. cit., p. 29-33.

A lei que regulamenta a profissão e o contrato de representação comercial ultrapassou, no final de 2007, 42 (quarenta e dois) anos de vigência.

Neste período, desde as primeiras instâncias da Justiça Comum e da Justiça do Trabalho, até os tribunais superiores, TST – Tribunal Superior do Trabalho e STJ – Superior Tribunal de Justiça, e inclusive STF – Supremo Tribunal Federal, são milhares as decisões judiciais sobre os contratos de representação comercial, ou ainda, sobre os que pudessem parecer contratos de representação comercial autônoma, mas que, na verdade, eram contratos de trabalho.

Outro dado relevante, nesta fase denominada de EVIDÊNCIA, o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por meio do CONCLA – Comissão Nacional de Classificação, aponta a possibilidade de representação comercial e das agências de comércio em 246 (duzentas e quarenta e seis) atividades ou segmentos econômicos (segundo o CNAE – Código Nacional de Atividade Empresarial), conforme **Anexo 1**.

O art. 5º da Lei n. 4886/65 (proibia o pagamento da comissão a representante comercial não inscrito no órgão de classe) foi declarado inconstitucional, tanto pelo STJ como pelo TST, no mais a lei tem plena vigência e eficácia.

Há também decisão isolada de uma das turmas do STJ sobre a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 4886/65.

Passada mais de uma década, o art. 2º (obrigatoriedade de inscrição no órgão de classe) é constantemente citado em decisões judiciais, o que permite deduzir que a decisão isolada de uma das turmas de Direito Privado do STJ não fez jurisprudência, entendida esta como a decisão reiterada de determinado tribunal em mesmo sentido.

A quantidade de inscrições é crescente nos COREs – Conselhos Estaduais de Representação Comercial,

órgãos de regulamentação e fiscalização da profissão, segundo informação obtida junto ao Depto. Jurídico do CORCESP – Conselho dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo, que hoje conta com cerca de duzentos mil inscritos (dados colhidos pelo CORE do Mato Grosso do Sul), devendo chegar a mais de setecentos e cinquenta mil em todo o Brasil.

Há, portanto, uma legislação vigente, com um ou dois artigos considerados inconstitucionais, no mais a lei está em pleno vigor. O número de inscritos também é crescente, o que indica uma atividade econômica em constante crescimento.

Por outro lado, crescem as divergências jurisprudenciais a respeito do tema, em especial em sede trabalhista, para caracterizar-se a autonomia ou a empresarialidade como excludentes da relação de emprego, ou, ao contrário, diante das provas produzidas pelas partes reconhecer a existência do vínculo empregatício, afastando o contrato de representação, se houver, bem como a inscrição junto ao órgão de classe, uma vez que poderiam estar atendidos os requisitos formais, mas a realidade levada aos autos demonstrar um típico contrato de trabalho (art. 9º da CLT; prevalência da realidade sobre a forma).

Amauri Mascaro NASCIMENTO<sup>55</sup> traz, de forma límpida, a dificuldade para que a **REGRA DE EVIDÊNCIA**, a primeira etapa a que nos propomos vencer, por meio da metodologia escolhida. Diz o mestre:

*“Logo, a lei [4.886/65, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.420/92] não solucionou a questão da diferença entre representante comercial autônomo e vendedor empregado. Tudo dependerá do caso concreto e do modo como a*

---

<sup>55</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 342-344.

*peessoa física que faz a intermediação de negócios, em caráter [não] eventual, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, atos relacionados com a execução dos negócios, o fará*". (O destaque é nosso).

Continua o professor Amauri:

*“Diante desse quadro, a primeira tarefa do intérprete será, por exclusão, verificar se estão afastados os dados configuradores da condição de empregado. Convencendo-se que sim, então examinará o contrato escrito de representação comercial e não aplicará a legislação trabalhista, o que explica a **DESORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA**, que ora interpreta, numa questão, que ora interpreta, numa questão, que o contrato é de representação comercial, ora que é uma relação de emprego*". (Os destaques são nossos).

Assim, para Amauri Mascaro Nascimento:

- a) A lei específica, que regula a profissão e o contrato de representação comercial, ao limitar-se, no Art. 1º, a dispor apenas “*sem relação de emprego*” não resolve a questão da configuração específica da figura do representante comercial. Apenas estabelece que, excluída a relação de emprego, pode-se adentrar a configuração da autonomia ou empresarialidade do representante<sup>56</sup>.
- b) O método proposto pelo professor Amauri, sugere que o magistrado de incumba de avaliar *a eventual exclusão da configuração de empregado*, para, então, adentrar ao contrato

---

<sup>56</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 343.

de representação, caso se julgue competente, ou remeta à Justiça Comum, no caso do magistrado entender-se incompetente (Art. 39 da lei específica, que determina ser da Justiça Comum a apreciação das lides oriundas da citada lei).

- c) Reiterando o que vaticina o autor, “**TUDO** dependerá do fato concreto” e “do **MODO** como a atividade é prestada”. (O destaque é nosso).
- d) Conclui o professor Amauri que há ***DESORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA***, pois a tal “zona grise” acaba “embaçando” a visão do magistrado (juiz, desembargador ou ministro), para dirimir de modo mais firme e seguro, quando se trata de uma figura (empregado) e quando se trata de outra (autônomo ou empresário).

Em termos jurisprudenciais, cotejemos o voto do relator Ministro Barros Levenhagen “[...] O Regional manteve o reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes. Eis os fundamentos da decisão regional, *in verbis*: ‘A distinção entre os elementos caracterizadores da pretensa relação de emprego e da invocada representação comercial autônoma situa-se em zona grise, eis que têmue a sua diferenciação, impondo-se perquirir, em obséquio ao princípio da primazia da realidade, acerca do desdobramento fático do liame, da rotina mesmo dos serviços, de onde se extrai a verdadeira natureza da relação mantida’. E, nesse contexto, irrelevante os rótulos que, a priori, possam ter sido atribuídos. No caso vertente a prova testemunhal, expressada em depoimento de supervisor de vendas, emergiu em abono à tese do libelo, no sentido de que o Recorrido não se poderia fazer substituir, com comparecimento obrigatório em reuniões, sob pena de penalidade pedagógica, cingindo-se a itinerário determinado



pelo supervisor, apresentando relatórios e utilizando material da empresa [...]”. Proc. n. TST-RR-29/2002-067-02-00.9. 4ª Turma. Decisão proferida por unanimidade em 24/08/2005. Publicada no DJ em 09/09/2005. (Os destaques são nossos).

Por fim, neste primeiro passo da metodologia, a cotejar a REGRA DA EVIDÊNCIA a que nos propusemos, parece-nos cristalino ser útil um estudo que propicie algumas referências para redução de tal zona cinzenta, obscura, indefinida, atendendo, assim, ao ideal de segurança jurídica, e em especial, como consequência, para que os tomadores de serviço se sintam com melhores parâmetros para indicar a contratação de um empregado ou de um representante comercial (ou ainda, de uma sociedade empresária de representação comercial).

O pioneiro no estudo aprofundado da Representação Comercial no Brasil, REQUIÃO<sup>57</sup>, Rubens comenta estudo de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que, após citar estudos da doutrina, conclui que cabe ao magistrado cotejar os fatos para formar sua convicção e dizer o direito. Indignado, Rubens Requião desabafa:

*“Cabe aos juízes, evidentemente, no exercício da judicatura, pesquisar, na palpitação dos processos, os elementos caracterizadores da relação jurídica, a fim de aplicar seguramente a norma jurídica correlata”.*

Continua o ilustre e pioneiro jurista:

***“Mas a distinção teórica, assentada nos princípios científicos que dão estrutura à relação jurídica é tarefa que pertence aos juristas, que não devem fugir dos caminhos intrincados que os fatos muitas vezes registram”.*** (Os destaques são nossos).

---

<sup>57</sup> REQUIÃO, Rubens. *Do Representante Comercial*. p. 54-55.

**Segunda etapa:** A REGRA DA ANÁLISE, conforme a metodologia adotada diz respeito **à decomposição das dificuldades**.

Para este passo, estamos destinando a segunda parte deste trabalho, onde elencaremos os elementos que configuram a relação de emprego, como excludente da autonomia e da empresarialidade a que se refere a lei especial sob estudo.

**Terceira etapa:** do método que elegemos, dá enfoque para a REGRA DA SÍNTESE.

Nesta parte do trabalho, deter-nos-emos na análise dos pontos em comum e nos aspectos diferenciadores, que nos permitirão partir para a quarta etapa.

A onerosidade e a não-eventualidade nos dois contratos, seja o de emprego, seja o de representação comercial são características comuns.

O elemento a ensejar, de plano, a caracterização da relação de emprego é a subordinação (*sub + ordinare*, do latim, estar sob as ordens de). Ou ainda, pôr-se sob a dependência de; sujeitar-se, submeter-se<sup>58</sup>. Já a autonomia na representação é mitigada, não há uma plena independência do representante comercial, ou seja, são exatamente os elementos amenizadores da autonomia que trazem complexidade ao tema.

**Quarta etapa:** consiste na REGRA DA ENUMERAÇÃO, ou da revisão. Embora não haja o propósito de esgotar o tema, mas apenas de enunciar determinadas características, objetivas e subjetivas, que permitam divisar quando se trata de uma figura e quando se trata de outra. Far-se-á tal desafio na forma de indicadores excludentes da relação de emprego, conforme já mencionado.

---

<sup>58</sup> Dicionário Houaiss. Versão eletrônica 1.0.5, de Agosto/2002.

### **3. Delimitação do escopo da pesquisa e esclarecimentos**

3.1 A presente pesquisa não tem por objeto:

a) a discussão da ciência do direito,  
b) das benesses ou malefícios da dogmática jurídica,

c) da hermenêutica enquanto ciência que estuda os métodos interpretativos. Os resumos apresentados sobre cada método, escolhidos apenas alguns, foram direcionados a sustentar, mais adiante, a desorientação a que se assiste no campo principiológico e de aplicação da norma, um dos fatores mais relevantes da aporia a que se estará enfrentando.

d) Esclarece-se, em que pese o rigor dos formalismos, a adoção do nome do autor em sentido corrente, ou seja, em vez de NASCIMENTO, Amauri Mascaro, será adotado Amauri Mascaro NASCIMENTO e, nas notas de rodapé, então se fará a grafia no sentido inverso, primeiro o sobrenome e depois o nome<sup>59</sup>.

e) O trabalho estará a citar “lei especial” para referir-se às Leis n. 4.886/65 e 8.420/92, no mais das vezes. Quando ocorrer de se mencionar outra lei especial, estar-se-á a citar o número da mesma ou como for conhecida (lei de recuperação judicial e de falência, p. ex.).

---

<sup>59</sup> Neste sentido, VELOSO, Valdir de Pinho. *Como redigir trabalhos científicos*, p. 198-199. Também evitaremos citar apenas o sobrenome, p. ex., NASCIMENTO, para referirmos a Amauri Mascaro Nascimento, até porque o próprio doutrinador prefere MASCARO e é conhecido no meio acadêmico e jurídico como professor Amauri. Também não adotaremos REQUIÃO, pois haveria confusão entre o pai Rubens e o filho Rubens Edmundo. A adoção do nome em sentido corrente, nos exemplos, Amauri Mascaro NASCIMENTO, Rubens REQUIÃO e Rubens Edmundo REQUIÃO visam a dar maior simplicidade e fluidez ao texto, sem perder o rigor científico da clareza, facilidade de entendimento pelo leitor e da correta indicação da autoria.

f) a numeração dos capítulos é seqüencial e independe das partes nas quais se incluam. Desta forma, a dissertação divide-se em três partes, após a introdução e antes da conclusão. Na primeira parte, o estudo busca os alicerces da ciência do direito, trata da metodologia, dos objetivos, limites e esclarecimentos. Na segunda parte, o estudo faz um relato, por doutrinador, das características específicas de cada figura jurídica objeto do presente trabalho. Na parte três, apresenta-se:

- i. A proposta de um método de averiguação para se reconhecer qual das figuras típicas em exame estar-se-á a examinar; e
- ii. Com base nos princípios trabalhistas, consumeristas e do Código Civil de 2002, elencar aqueles, genéricos ou específicos, que regem este tipo de contrato.
- iii. Os indicadores de autonomia e empresarialidade, mas também os de subordinação, para se propiciar maior clareza das situações excludentes de uma ou outra figura em estudo;

f) Não se pretende, também, discutir temas trabalhistas já tratados à exaustão em pesquisas jurídicas e pelos doutrinadores, p. ex., o conceito de subordinação, ao qual faremos referências, mas sem uma profunda digressão, pois ele não é fim, mas meio para que se alcance os objetivos propostos (indicadores de autonomia e empresarialidade como excludentes da subordinação).

g) Maior profundidade será adotada para elencar os elementos configuradores da subordinação jurídica, da autonomia e da empresarialidade, vez que, por meio deles se poderá ensaiar um conjunto de indicadores que permitam a redução das dificuldades para discernir a figura típica que se está a tratar no caso concreto.

h) Como elemento balizador e integrador da norma, estar-se-á a dar especial atenção aos princípios jurídicos que regem o contrato de representação comercial.

i) Os elementos de interpretação e integração da norma em conjunto com as características das figuras jurídicas objetos do estudo pretende-se condensá-la em indicadores.

Indicador tem, entre seus significados:<sup>60</sup>

1. Que ou o que fornece roteiros para matérias diversas (diz-se de lista, livro, folheto, página de jornal etc.);
2. Que ou o que fornece indicações de pesos e medidas diversas (diz-se de instrumento, dispositivo etc.);
3. Que ou aquele que guia.

Neste sentido, nossa proposta é a de fornecer um roteiro, um guia, um conjunto de indicações, um procedimento para a avaliação de juristas, magistrados, advogados, jurisdicionados, em especial, representante e representada no correto delineamento das figuras típicas já mencionadas, quais sejam, as de empregados, autônomos ou empresários.

Objetiva-se, assim, a construção de melhores referências para o ideal de segurança jurídica, tendo em vista que decisões contraditórias trazem maior dificuldade de aplicação do instituto e, até mesmo, o seu desuso, em função dos riscos que, observada a lei ou não, se está a correr.

---

<sup>60</sup> Dicionário Houaiss, versão eletrônica 1.0.5.

## **PARTE DOIS – DA CARACTERIZAÇÃO DAS FIGURAS JURÍDICAS**

### **4. Da contextualização da representação comercial como espécie do gênero distribuição.**

Para contextualizar a temática da profissão regulamentada de representação comercial e do contrato típico, alguns dados históricos, enciclopédicos e jurídicos podem ajudar a demonstrar a tão comentada zona grise ou cinzenta como se tornou lugar comum na doutrina e na jurisprudência.

Apesar de reservas à figura do intermediário em tempos mais remotos, visto como um atravessador que serviria para encarecer o produto e se enriquecer às custas do trabalho alheio.

Desde a Idade Antiga e Idade Média, a figura deste intermediário foi se consolidando, observando-se que os artesões, por exemplo, eram especializados na arte do fazer, mas não lhes era vantajoso sair para vender, uma vez que deixavam de se dedicar a algo que faziam bem, para tornarem-se negociantes, exigindo atributos que muitas vezes não tinham.

O gênero distribuição tem como espécies a representação comercial, a revenda, as concessionárias de veículos (reguladas pela Lei Ferrari, n. 6.729/79), os atacadistas, os franqueados, os corretores, os comissários etc.

Todos esses intermediários estão envolvidos com as vendas indiretas, ou seja, aquelas que não são realizadas diretamente pelo fabricante, como é o caso, de veículos, combustíveis, livros e bebidas.

Os contratos de distribuição, em regra atípicos, requerem capital para instalação da empresa de revenda, bem como para manter determinado estoque de mercadorias, para o atendimento da demanda em prazo razoável.

As questões que se colocam para o fabricante estão mais ligadas às práticas concorrenciais, de concessão de crédito ao revendedor, e de maior ônus fiscal.

Com relação às práticas concorrenciais, como o bem a ser comercializado torna-se patrimônio do revendedor, o que, em tese, permite-lhe a adoção de práticas comerciais distintas daquelas previstas pelo fabricante.

Uma segunda questão que se coloca é a necessidade de capital para o revendedor, em função de instalações, equipamentos, contratação de profissionais e de toda a infra-estrutura empresarial necessária à comercialização dos produtos e serviços.

Uma prática comum entre fabricantes e revendedores é da concessão de crédito para a manutenção de estoques, o que, também, acaba por encarecer o produto além de trazer dificuldades de manter um fluxo de caixa positivo quando os produtos são vendidos para as lojas ou consumidores finais a prazo.

Assim, as empresas fabricantes acabam sendo forçadas a abrirem uma linha de crédito para o revendedor, e em tempos mais difíceis, nem sempre o revendedor consegue quitar seus débitos com as empresas fabricantes, sendo comum a dependência econômica do distribuidor em relação ao fabricante.

Além da exigência de capital por parte do revendedor e de maior ônus fiscal, o valor do produto acaba se elevando, pois impostos como Imposto de Renda, COFINS, PIS, FINSOCIAL etc. são duplamente tributados, ou seja, pagos pelo fornecedor ao emitir a nota fiscal de venda para o

revendedor e, novamente, pelo revendedor, ao emití-la para o lojista ou consumidor.

Para evitar que o distribuidor acabe por praticar uma política mercadológica diferente da planejada pelo fabricante, os contratos, neste segmento, tornam-se cada vez mais complexos. Não é incomum que extensos contratos de distribuição regulem formas de atuação do distribuidor para que a imagem do produto, os serviços oferecidos, o preço a ser praticado etc. não destoem do que é de interesse do fabricante ou, como é comum dizer, de sua “política de marketing”.

Neste cenário, apresenta-se como uma alternativa mais viável a representação comercial tendo em vista:

- a) a baixa inversão de capital,
- b) o controle das práticas comerciais pelo fornecedor<sup>61</sup> (fabricante, atacadista),
- c) o custeio do processo de venda pelo representante e
- d) a redução do valor da mercadoria pelo não pagamento de impostos federais em duplicidade (PIS, COFINS, FINSOCIAL e Imposto de Renda), uma vez que o bem objeto da venda passa da propriedade do fabricante (ou fornecedor) para as mãos do cliente, diretamente.

## **5. DA ZONA GRISE: UMA APORIA?**

Neste capítulo do trabalho, pretendemos demonstrar que a expressão vaga “zona cinzenta”, que poderia ser zona prateada ou zona chumbo, para significar

---

<sup>61</sup> Controle de práticas comerciais não implica controle de gestão da representação em si, em termos de itinerário, horário, local de funcionamento, estrutura administrativa, quantidade de representadas nos contratos sem exclusividade etc. Entende-se por práticas comerciais a política de preços e descontos, de prazo de pagamento e de entrega, dos serviços agregados ao lojista ou ao cliente, da assistência técnica etc.



zona de indefinição, de dúvida, de elementos probatórios insuficientes ou contraditórios.

Como veremos, a quase totalidade dos autores afirmará que “depende do exame acurado dos fatos”.

Podemos citar, também, Amauri Mascaro NASCIMENTO<sup>62</sup>, dentre inúmeros autores, que criticam a redação deficiente do art. 1º da Lei n. 4886/65 (reitere-se que o art. 710 do novo Código Civil utiliza palavras e expressões semelhantes).

Pretende-se demonstrar, também, que não se trata de aporia, de beco sem saída, de inexistência de respostas adequadas. A “zona grise” continuará a existir, entretanto, a se utilizar os indicadores propostos, à luz dos princípios que informam a matéria e considerando a natureza híbrida da lei, ela estará reduzida a alguns poucos casos.

## **5.1 A zona grise para a doutrina**

### **5.1.1 Considerações gerais**

O grau de atração que a expressão *zona gris*, *grise*, *grígea* ou *cinzenta* tem sobre a doutrina e a jurisprudência chama a atenção.

Raros são os fundamentos de decisões judiciais ou o ensinamento de nossos doutrinadores que não fazem referência a tal zona.

De início, nota-se que zona cinzenta é uma expressão vaga e está a se referir àquilo que se tem dificuldade de definir.

---

<sup>62</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 343-344. Afirma o professor Amauri, referindo-se à Lei n. 4886/65 “*logo, a lei não solucionou a questão da diferença entre o representante comercial autônomo e vendedor empregado*”.

Expressão vaga é aquela imprecisa, genérica, ambígua, plurívoca. No entender de Nelson NERY JR, ao se referir a um conceito legal indeterminado, cuja conceituação é semelhante, lembra exemplos como ordem pública (CC, 122), atividade de risco (CC, 927 parágrafo único), divisão cômoda (CC. 2.019).<sup>63</sup>

Zona cinzenta está assim a informar a dificuldade de enquadramento em uma figura jurídica típica, no caso em tela, o empregado, o autônomo e o empresário.

A proposição da última parte deste trabalho tem por objetivo reduzir tal espaço cinzento e oferecer critérios objetivos para o enquadramento na figura jurídica apropriada.

Não se pretende, pois, oferecer mecanismos ou procedimentos com vistas à eliminação de tal zona gris, mas tão somente, sua redução, de modo a restar poucas hipóteses de não enquadramento, aquelas em que o magistrado terá de se debruçar de forma ainda mais aprofundada sobre os fatos, mas tendo referenciais mais claros com relação:

- a) *aos conceitos das figuras jurídicas típicas objeto do estudo, mediante sua criteriosa caracterização;*
- b) *ao método de análise para enquadramento nas figuras jurídicas típicas e dos critérios de convencimento do magistrado (não entraremos, neste ponto, nos aspectos discricionários e vinculados na apreciação da prova);*
- c) *aos aspectos factuais típicos (independência de horários, atividade exercida para várias representações, p. ex.);*
- d) *aos princípios jurídicos (da autonomia privada mitigada, em função do dirigismo estatal, prevalência da realidade sobre a forma, da continuidade do contrato, da proibição da alteração in pejus, p. ex.); e*

---

<sup>63</sup> FRANCIULLI N., Domingos et alii (coord.). *O Novo Código Civil. Homenagem ao Prof. Miguel Reale*, p. 427-428.

e) *da natureza jurídica híbrida da lei especial*, dispondo sobre:

- e.1) *temas sociais relevantes* (aspectos protetivos, como a proibição da alteração *in pejus*, do crédito privilegiado em caso de falência, do foro privilegiado, da indenização em caso de denúncia vazia do contrato, do pré-aviso, p. ex.),
- e.2) *temas de direito administrativo* (funcionamento e fiscalização dos órgãos de classe, Cores e Confere e fiscalização da aplicação das respectivas contribuições para custear o sistema),
- e.3) *temas de direito tributário* (sistema de contribuições para os órgãos de classe, comissão incidente sobre “o valor total da mercadoria”<sup>64</sup>) e
- e.4) *temas de direito de empresa* (figura jurídica do empresário, formas de comercialização do produto, responsabilidade pela concessão de crédito, sistema de informações mercadológicas e do cliente, responsabilidade perante o cliente dos pedidos e propostas aprovados, p. ex.).

Embora fuja do escopo do trabalho ora em desenvolvimento, seguem breves notas sobre o item e.3, acima descrito (temas de direito tributário), apenas para elucidar a complexidade da matéria e o seu caráter híbrido.

Até meados dos anos 90, foram inúmeras as confusões sobre o significado da expressão legal indeterminada “*valor total da mercadoria*”. Vejamos:

- i) Houve quem entendesse que sobre o valor total não se incluía impostos.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> Incluído pela Lei n. 8.420/92, promovendo alteração no texto da Lei n. 4.886/65.

<sup>65</sup> SAAD, Ricardo Nassim. *Representação Comercial*, p.62 e 63, em posição corajosa, mas solitária. Curioso notar que os acórdãos citados pelo autor não corroboram suas teses.

- ii) Para outros incidem impostos, exceto IPI, por ser valor destacado na nota fiscal (posição esta adotada até mesmo pelo Corcesp – Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo, de cujo órgão se espera uma posição mais favorável àqueles a quem, por dever de ofício, deve defender e fiscalizar).
- iii) Para Rubens Requião havia dúvidas sobre a incidência do ICMS, mas que restaram superadas pela Lei n. 8.420/92, devendo incidir, portanto, sobre sua totalidade.
- iv) A lucidez e o profundo conhecimento de Rubens Requião, inclusive na área tributária, muito contribuíram para a elucidação do tema. Seus ensinamentos foram decisivos para que os tribunais logo abraçassem a tese de que os impostos fazem parte do valor da mercadoria, onde o comerciante (contribuinte de direito) é mero repassador ao fisco, do imposto cobrado do cliente (contribuinte de fato).<sup>66</sup>
- v) Atualmente a posição jurisprudencial é unânime, tanto na trabalhista, quanto na comum, neste sentido.
- vi) A guisa de exemplo, reproduzimos parte de acórdão, **onde o IPI é considerado pago pelo consumidor**, titulado de **“contribuinte de fato”** e não pelo **“contribuinte de direito”**, a sociedade empresária, que é **mera repassadora do imposto**. "(...) O IPI é tributo de natureza indireta, uma vez que o contribuinte de fato é o consumidor final da mercadoria objeto da operação, **visto que a empresa, que repassa no preço da mercadoria o imposto devido, recolhendo posteriormente aos cofres públicos o imposto já pago pelo consumidor final, e, em consequência, não assume a respectiva carga tributária**. Opera-se, assim, no caso do IPI, a substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, inadmitindo-se a repetição do

---

<sup>66</sup> *Do Representante Comercial*, p. 224 e 225.

indébito e a compensação do referido tributo, sem a exigência da prova da repercussão. 7. Precedentes desta Corte. 8. Recurso Especial provido." STJ – RESP 411478 – PR – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 28/10/2002". (Os grifos e destaques são nossos).

vii) Interessante notar que ocorre quase que uma “desobediência civil”, onde inúmeras sociedades empresárias, incluindo as de maior porte, preferem não pagar as comissões incidentes sobre impostos, excluindo-os do valor total das mercadorias (base de cálculo para as comissões) e, se for o caso, discuti-la judicialmente. Em nosso entender, seria o caso de o Ministério Público, quer Estadual, quer do Trabalho, avaliasse a situação e propusesse termo de ajuste de conduta ou, se for o caso, ação civil pública.

### **5.1.2 As considerações dos doutrinadores sobre a zona grise**

A seguir, vamos ilustrar com breves excertos da doutrina e da jurisprudência que, ao tratar da figura jurídica típica do representante comercial, citam, quase que imperativamente, a da “zona grise” para indicar indefinição entre a figura jurídica do empregado e do autônomo.

Para Rubens Requião *“Ora, o contrato de trabalho é uma especialização moderna, ditada pelas conquistas do Direito Social, da locação de serviços, (...). O contrato de representação comercial, embora de elaboração recente, não disfarça a mesma origem, sendo um desdobramento técnico do mesmo instituto da locação de serviços. Questões de fundo econômico mescladas com postulados de Direito Social determinaram, pelas necessidades práticas do mundo dos negócios, a distinção entre as duas categorias jurídicas,*

*descendentes da mesma fonte. Daí as dificuldades de estabelecer os lindes<sup>67</sup> de cada uma delas, pois as suas fronteiras são diluídas por “**nebulosa zona grígea**” a que tanto se referem os juristas<sup>68</sup>. (Os grifos são nossos).*

Para Fábio Ulhoa Coelho, “*Ainda hoje [a lei especial já completou 42 (quarenta e dois) anos], há advogados e magistrados que se valem de princípios do direito do trabalho, em especial o da tutela do hipossuficiente, no equacionamento de questões relacionadas ao representante, **concluindo por distorcidos pleitos e decisões**. Para a adequada compreensão dos contornos da atividade de representação – e, até mesmo, para entender **os motivos ensejadores da confusão** por vezes estabelecida com o regime laborista –, devem-se discutir a natureza e os requisitos do contrato (...).*”<sup>69</sup> (Os grifos são nossos.)

Os ensinamentos de Fábio Ulhoa COELHO oferecem indícios razoáveis do que pretendemos demonstrar ao elencar e justificar os indicadores de autonomia e empresarialidade. Menciona o autor, no trecho acima transcrito: *princípios, natureza e os requisitos do contrato*.

Curioso também notar que o ilustre comercialista (hoje de Direito de Empresa) chega a conclusões semelhantes à de Amauri Mascaro Nascimento.

Em determinado trecho, onde coteja o contrato de trabalho em relação a outros contratos, Sérgio Pinto Martins afirma “*A questão de o trabalhador prestar serviços externos não irá dirimir a **zona cinzenta** que se revela entre a relação de emprego e o trabalho autônomo*”.<sup>70</sup> (Os grifos são nossos).

---

<sup>67</sup> A palavra “linde” é utilizada pelo autor como sinônimo de limite, borda.

<sup>68</sup> Op. cit., p. 59-74.

<sup>69</sup> *Curso de Direito Comercial*, V.3, p. 113-114.

<sup>70</sup> *Direito do Trabalho*, p. 152-153.

Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, em sua rebuscada forma de se expressar, declara que **a zona gris adensou-se, com a Lei n. 4886/65, certos elementos que se reservava ao trabalho subordinado.**<sup>71</sup> (Os grifos são nossos).

Para Alice Monteiro de Barros, *“a qualificação, em concreto, de uma determinada relação como de trabalho subordinado ou autônomo poderá ser difícil e controvertida, principalmente nas hipóteses que se situam na chamada zona grise, isto é, zona cinzenta ou fronteira habitada por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos (...).”*<sup>72</sup> (Os grifos são nossos).

Para Maurício Coutinho Delgado, a confusão que se estabelece ao caracterizar a figura do empregado ou do representante autônomo traz ao julgador enormes dificuldades. Afirma que *“(...) são também recorrentes, nesta área, casos de relações sociojurídicas turvas, imprecisas, cujos elementos fático-jurídicos não transparecem com clareza em sua estrutura e dinâmica operacional”*. Em outro trecho de sua robusta obra, o autor continua *“O operador jurídico, porém, em tais situações fronteiriças, deverá examinar, topicamente, os elementos que compõem a relação sociojurídica efetiva (...).”*<sup>73</sup> (Os grifos são nossos).

Para Amauri Mascaro Nascimento, o magistrado deve, em primeiro lugar, verificar os elementos que caracterizam o empregado e, sendo o caso de afastá-los, passará a examinar o contrato escrito do representante comercial autônomo. Ao criticar a má redação, em especial, do art. 1º da Lei n. 48856/65 e a metodologia utilizada para a

---

<sup>71</sup> *Relação de Trabalho. Estrutura e supostos*, p. 556-563.

<sup>72</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 294-296.

<sup>73</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 594-599.

aplicação desta ou daquela lei, desabafa o ilustre doutrinador que tais razões *“explica[m] a desorientação da jurisprudência, que ora interpreta, numa questão, que o contrato é de representação, ora que é uma relação de emprego”*.<sup>74</sup>

## **5.2 A zona grise para a jurisprudência trabalhista**

Para a justiça Comum não há maiores interesses na discussão da existência de dificuldades para se desvendar um contrato de representação comercial que, de fato, é um contrato de emprego. Isto se dá porque é da especializada trabalhista a competência em razão da matéria (CF/88, art. 114, I), para processar e julgar reclamação trabalhista que reivindique a existência de vínculo empregatício entre o suposto representante e a tomadora dos serviços, representada ou empregadora.

Para a Justiça Comum, por outro lado, basta a disposição do art. 39, da Lei n. 4886/65, que estabelece ser dela a competência para julgar os dissídios oriundos desta lei.

Evidente que, com a expressão “relação de trabalho” há debates na doutrina sobre a competência para julgar as lides dos representantes autônomos.

Embora fuja do escopo do presente trabalho, há interpretação extensiva, que entende estar sob a competência da justiça laboral toda lide envolvendo prestadores de serviço, inclusive autônomo, excetuando-se pessoas jurídicas. Esta é a interpretação extraída de convenção da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho.

Outra visão, no sentido oposto, portanto restritiva, é a de Sérgio Pinto MARTINS, a quem se deve aguardar legislação regulamentadora, nos termos do inciso XI da Emenda, que dispõe: “outras controvérsias decorrentes da

---

<sup>74</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 341-344.



relação de trabalho, na forma da lei”. Acontece aqui, que não se está a falar de “outras controvérsias” conexas à relação de trabalho, mas da própria relação de trabalho, portanto, com enquadramento no inciso I e não no inciso XI, como é do entendimento do polémico autor.

Visão intermediária é a de Carlos Henrique Bezerra Leite, entendendo que, se alguma lei especial anterior à EC n. 45/04 determinar expressamente outro órgão do judiciário, então a este caberá a competência (seria o caso dos representantes comerciais, por força do art. 39, da citada lei).

Também em posição intermediária, a nosso ver, Pedro Paulo Teixeira Manus, que entende haver, em determinados casos, relação de consumo, o que atrairia a competência para a justiça comum.

Retornando à discussão da famigerada zona cinzenta, como bem assinala Amauri Mascaro Nascimento, *a jurisprudência é oscilante e reconhece a dificuldade da plena configuração das figuras típicas em estudo. A zona grise encontra lugar em inúmeros acórdãos:*

Observe-se parte do voto do relator, em recente acórdão do TST: “(...) O Regional manteve a sentença que reconheceu o vínculo empregatício entre as partes, aos seguintes fundamentos: Segundo sempre se tem apontado, reconhecida a prestação de trabalho presume-se de emprego o contrato. Tal presunção resulta hoje verticalizada pela norma do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, vigente a partir de 05.10.88, que inclui no rol dos direitos assegurados aos trabalhadores a relação de emprego. Assim, cabia à recorrente, que invoca a contratação excepcional – contrato de representação comercial autônoma - afastar a presunção retro, comprovando sua tese. Desse ônus não se desincumbe; ao contrário, os dados existentes no feito favorecem a versão

do recorrido, como se passa a examinar. Trata-se da famosa zona gris. Sublinhe-se que os vendedores autônomos, representantes comerciais, trabalham **POR CONTA PRÓPRIA**, ainda que, em suas atividades, fiquem sujeitos a um certo comando da empresa para a qual fazem vendas. Como se trata de uma zona limítrofe, para que se entenda configurado o contrato de emprego é fundamental a prova de que, na prática, havia fiscalização da atividade diária do vendedor, não apenas na elaboração dos roteiros, mas na própria condução da atividade (...). Portanto, trata-se de trabalho **POR CONTA ALHEIA**, em oposição ao **POR CONTA PRÓPRIA**, típico dos autônomos. (...) Além de vender, colocando os produtos no mercado, fazia cobranças, como referem as testemunhas ouvidas. À evidência, necessitava este permanentemente de seus serviços. (...). TST - RR 805480/2001.9, 3ª Turma. Relator: MINISTRO ALBERTO BRESCIANI. Julgado em 03/10/07. Publicado no DJ em 26/10/2007. (Os grifos são nossos).

Acórdão: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E VÍNCULO DE EMPREGO. A distinção entre vendedor empregado e representante comercial **é sutil**, situando-se, no dizer da doutrina moderna, em "zona gris", ou seja, de difícil diferenciação (...). TRT-02, 7ª Turma, Rel. Juíza Yone Frediani. RO n. 20030172653, Julgado em 14/04/2003, publicado no DJ em 09/05/2003. (Os grifos são nossos).

Acórdão: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL. CONFIGURAÇÃO. (...) Como se pode verificar da leitura dos textos de lei, existe uma **zona gris** entre o trabalho prestado pelo representante autônomo e pelo vendedor empregado. (...) TST - AIRR n. 1147/2004-005-04-40.3. 1ª Turma. Rel. Min. Dora Maria da Costa. Julgado em 10/10/2007. Publicado no DJ em 09/11/2007. (Os grifos são nossos).

Acórdão: TST – RR n.805480/2001.9 - 3ª Turma. Rel. Min. Alberto Bresciani. Julgado em 03/10/2007. Publicado no DJ em 26/10/2007. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. (...) Trata-se da famosa **zona gris**. Sublinhe-se que os vendedores autônomos, representantes comerciais, trabalham POR CONTA PRÓPRIA, ainda que, em suas atividades, fiquem sujeitos a certo comando da empresa para a qual fazem vendas. Como se trata de uma *zona limítrofe*, para que se entenda configurado o contrato de emprego é fundamental a prova de que, na prática, havia fiscalização da atividade diária do vendedor, não apenas na elaboração dos roteiros, mas na própria condução da atividade.

Acórdão: TST - AIRR n. 704280/2000. 5ª Turma. Rel. Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa. Julgado em 21/02/2001. Publicado no DJ em 16/03/2001. “(...) No campo da ciência jurídica, ao lado de casos típicos, em relação aos quais não há dúvida, existem figuras intermediárias que se situam nas chamadas '**zonas grises**', cujo enquadramento apresenta-se difícil, ensejando certa complexidade. Esse fato ocorre, muitas vezes, quando se torna necessário realizar o enquadramento do vendedor como trabalhador subordinado ou como representante comercial autônomo (...)”. (O grifo já constava do original).

## **6. Das características da subordinação**

Para o estudo dos indicadores de autonomia e empresarialidade, faz-se necessário um resumo dos elementos que caracterizam a subordinação, pois é ela a “*vis atractiva*” de maior vigor para a configuração do empregado (CLT, 3º).

Como a subordinação é originada de um contrato de trabalho, a doutrina tem professado pela “*subordinação jurídica*”, como o elemento caracterizador de maior relevo<sup>75</sup>,

---

<sup>75</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 334-344 e 419.

daí a razão de nos debruçarmos, mesmo que sem maiores aprofundamentos, sobre o tema:

Para **Amauri Mascaro Nascimento**<sup>76</sup>, subordinação é *“uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir para o empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará”*.

Para o autor, *“A subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas”*.

Comentando sobre a origem romana do contrato de trabalho subordinado, o autor a identifica com a *“locacio operarum”*, explicando que o contrato recai sobre o trabalho (*“operae”*).

Mais adiante, o autor reitera que *“trabalho subordinado é aquele no qual o trabalhador volitivamente transfere a terceiro o poder de direção sobre o seu trabalho, sujeitando-se como consequência ao poder de organização, ao poder de controle e ao poder disciplinar deste”*. (Os grifos são do autor).

Decorrem das explanações do autor:

a) Uma restrição a autonomia da vontade (de origem latina: *sub* = baixo; *ordinare* = ordenar). Assim, a subordinação indica dependência, sujeição a ordens de outrem.

b) Transferência para o empregador do poder de direção a respeito das atividades que desempenhará.

O poder de direção dá-se em três dimensões:

Primeiro, o poder de organização. Ao empresário, cabe estruturar os meios de produção e a forma do exercício das atividades; ao contratante, portanto, é dado o poder ou a

---

<sup>76</sup> *Op. cit.*, p.334-435.

prerrogativa de verificar o que é mais urgente, prioritário e o que é secundário. Dessa forma, distribui-se a força de trabalho à sua disposição da forma que julgar mais útil ao empreendimento.

Segundo, o poder de controle, que é conseqüente às atividades de fiscalização e direção por outrem, visa a melhorar a produtividade e a obter os resultados desejados.

Terceiro, o poder disciplinar, implica em penalidades por inobservância às leis, ao contrato, ao regulamento da empresa e aos costumes do lugar.

Por fim, cabe ressaltar a definição de empregado para o autor: “*é a pessoa física que com ânimo de emprego trabalha subordinadamente e de modo não eventual para outrem, de quem recebe salário*”. Assim, a definição de Amauri Mascaro Nascimento coaduna-se com a doutrina majoritária, de onde se extrai que empregado é:

- a) Pessoa física, na linguagem tributária, ou pessoa natural, na linguagem do direito civil;
- b) Presta os serviços pessoalmente;
- c) Trabalha de forma não eventual;
- d) Recebe salário, resultado então, em contrato oneroso;
- e) É subordinado, havendo limitação da autonomia da sua vontade.

6.2 Para **Sérgio Pinto Martins**<sup>77</sup> o fundamento legal da figura de empregado é descrita no art. 3º da CLT que se completa com o poder de direção, encontrado no art. 2º. Ao explicar as teorias que tratam do poder de direção, menciona a subordinação, daí decorrendo, portanto, os mesmos três poderes a que se referem a maioria dos autores.

Entende que o poder de organização decorre, inclusive, do direito de propriedade. Entende que daí decorre

---

<sup>77</sup> *Direito do Trabalho*, p. 193-196.

o regulamento de empresa, a definição das atividades, dos locais e horários de trabalho, p. ex.

No poder de controle, inclui-se a atividade de fiscalização, como revistas ao final do expediente, a adoção de controle de horário por cartão de ponto, o monitoramento do empregado que trabalha em local mais distante por meio de computador (internet ou intranet), verificação de equipamentos que pertencem ao empresário, etc. Durante o expediente, o empregado estará à disposição do empregador, mesmo que por algum momento, não tenha nada a fazer.

No que tange ao poder disciplinar, após repassar por diversas teorias que o fundamentam, explica o autor, que ao dar ordens e não as vendo cumpridas, utilizará de penalidades (advertência verbal, advertência escrita e suspensão, observada a restrição a que se refere o art. 474 da CLT). Esclarece também que o poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé e com finalidade pedagógica.

Para o autor *o empregado é a pessoa física que presta, pessoalmente, serviços de natureza continua a empregador, sob subordinação deste e mediante pagamento de salário*. Valendo do art. 3º e do conceito de poder diretivo oriundo do art. 2º da CLT, a exemplo da maioria dos doutrinadores também reconhece cinco elementos essenciais: 1) pessoa física; 2) não-eventualidade na prestação dos serviços; 3) dependência; 4) pagamento de salário; 5) prestação pessoal dos serviços.

Para **Délio Maranhão**<sup>78</sup>, o conceito de empregado, oriundo do conceito de contrato de trabalho *strictu sensu*, refere-se à *pessoa física (empregado) que se obriga, mediante o pagamento de uma contraprestação (salário), a prestar serviço não eventual em proveito de outra pessoa, física ou*

---

<sup>78</sup> MARANHÃO, Délio et alli. *Instituições de Direito do Trabalho*. V.1, p. 235-243.

*jurídica (empregador), a quem fica juridicamente subordinado (por força do contrato de trabalho).*

O autor considera, a exemplo dos demais já citados, que a subordinação é jurídica, uma vez que nasce de um contrato de trabalho. Para MARANHÃO a subordinação é fonte de deveres e direitos. Também elenca três ângulos do poder diretivo: a) poder de comando, compreendendo as diretrizes para a utilização e aplicação da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato; b) **poder de controle**: dá-se pela verificação do exato cumprimento da prestação de trabalho; c) poder de aplicar penas disciplinares, em caso de inadimplemento de obrigação contratual.

Para **Alice Monteiro de Barros**, empregado é a pessoa física que presta serviço de natureza não-eventual a empregador mediante salário e subordinação. Os pressupostos que devem coexistir são: 1) pessoalidade; 2) não-eventualidade; 3) salário e 4) subordinação jurídica.

Em face do trabalho intelectual, a autora aceita a existência do poder diretivo, nas dimensões organizativa, de controle e disciplinar, entendendo haver, entretanto, atenuação da subordinação jurídica (movimento residual de controle).

**Otávio Pinto e Silva**<sup>79</sup>, na esteira de VILHENA, a seguir comentado, conceitua subordinação como “*quantidade e intensidade de ordens permanentes de serviço a que está sujeito o trabalhador*”.

Para **Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena**, ao adotar uma visão objetiva da subordinação, traz conceitos mais complexos e de maior dificuldade de compreensão e síntese. A seguir, elencaremos os elementos mais relevantes para o autor, a caracterizar a subordinação<sup>80</sup>:

---

<sup>79</sup> Subordinação, autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho, p.16,

<sup>80</sup> *Relação de Emprego. Estrutura legal e Supostos*, p. 521 a 526

a) O trabalho não se separa da pessoa do trabalhador. Assim, a relação de imediaticidade está com o trabalho e não com a pessoa (o que excluiria análises mais subjetivas, como o *animus conthraendi*, p. ex.);

b) A intervenção do poder jurídico do empregador na conduta do empregado, com fim específico de manutenção e adequação da atividade do prestador em favor da empresa;

c) O exercício do poder de direção limita-se às atividades do prestador, integrado na dinâmica de produção do empregador;

d) Deve-se respeitar a natureza da função que o empregado realiza na empresa, que podem ser intercalados, no todo ou em parte, no sentido que desejar o credor (empresário), com vistas aos objetivos de produção;

e) O que se integra na empresa, não é o trabalhador, mas a sua atividade. Assim, o que subsiste é uma integração da força de trabalho do prestador na atividade do tomador.

f) A dependência do trabalhador em relação ao tomador dá-se pelo vínculo de integração do labor do empregado para, na soma dos esforços, atingir as expectativas do empregador.

g) A inserção não se dá pela pessoa do prestador (empregado), mas pela inserção ou integração da atividade laborativa na atividade empresarial.

Continua a autor, para arrematar sua tese sobre o aspecto objetivo da subordinação: “o elemento que liga o empregado ao empregador é a ATIVIDADE que recai sobre o trabalho e não sobre a pessoa”. E ainda “A subordinação é uma forma de exteriorização da relação de trabalho, que se preenche de atos entre pessoas”. (Os grifos são nossos).



**Mauricio Coutinho Delgado**<sup>81</sup> também adota a subordinação objetiva defendida por VILHENA, mas admite existir um pólo reflexo e combinado do poder de direção.

Para o autor “A subordinação corresponde ao pólo antitético<sup>82</sup> [antagônico] e combinado do poder de direção existente no contexto da direção de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado comprometer-se-ia a acolher o poder diretivo do empresarial no modo da realização da sua prestação pessoal de serviços. Ainda reforça que “Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo, ela atua sobre o modo da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador.

Em sintonia com boa parte da doutrina, o doutrinador define empregado como aquele que trabalha de forma não eventual, prestando “*intuitu personae*” (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade.

Esclarece, por fim, que o fenômeno sócio-jurídico da relação de emprego deriva da conjugação de certo elementos inarredáveis (elemento fático-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação.

Para **Pedro Paulo Teixeira Manus**<sup>83</sup>, a subordinação para um empregado que tem pouca ou nenhuma qualificação técnica, constatar-se-á uma quase total ingerência do empregador em suas atribuições, sendo menos acentuada em ocupações de formação mais elevada, como é o caso dos profissionais liberais.

---

<sup>81</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 301 e ss.

<sup>82</sup> Segundo o Dicionário Houaiss, ed. Eletrônica 1.0.5, **antitético** significa “o que constitui ou encerra antítese; antagônico, contrário”.

<sup>83</sup> *Direito do Trabalho*, p.62 a 66.

MANUS, assim, traz-nos um fator relevante para o propósito do presente trabalho: a subordinação comporta gradações.

Após percorrer, com detalhes os aspectos configuradores da configuração do empregado, MANUS conclui: *“Em síntese, temos já algumas características que compõem o contrato de trabalho: é o empregado sempre pessoa física, que presta serviços subordinados ao empregador, sendo tais serviços contínuos e não eventuais e tendo sempre a prestação de serviços caráter oneroso”*.

Em conclusão ao estudo doutrinário sobre a figura do empregado, tendo, como foco central, a subordinação jurídica, podemos afirmar que:

- a) Ela recai sobre o modo, sobre a forma como é executado o trabalho, exigindo maior ou menor ingerência do empregador;
- b) No quesito pessoalidade, há infungibilidade, a dizer, não comporta fazer-se substituir;
- c) A diferenciação clássica, ainda vigente, e que muito ajuda na clarificação da subordinação diz respeito ao poder diretivo do empregador que é, didaticamente, composto por três partes que se complementam: o poder de organizar o trabalho; o poder de fiscalizar e controlar o trabalho e o poder disciplinar, nas gradações de advertência verbal, escrita, suspensão, para chegar ao ápice, que é a rescisão do contrato por justa causa.
- d) A subordinação comporta gradações. Há certos tipos de trabalho que um superior hierárquico dá ordens contínuas, não permitindo maior liberdade ao empregado. Há casos em que o superior hierárquico pouco vê ou pouco interfere na relação de emprego, como é o caso de profissionais liberais ou de responsáveis por filiais ou unidades mais distantes, a despeito dos meios informáticos e do

teletrabalho, acabam por ter maior independência para desenvolver seus misteres.

- e) Nítida é a redução do grau de autonomia da vontade do empregado, que atua por conta de outrem e não sofre os riscos da atividade econômica.
- f) São elementos essenciais para a configuração do empregado, fruto da combinação dos arts. 2º e 3º da CLT:
  1. Pessoa física ou natural (exclui-se, portanto, a pessoa jurídica da relação de emprego);
  2. Pessoalidade (presencialidade);
  3. Não-eventualidade;
  4. Onerosidade;
  5. Subordinação jurídica. A adjetivação “jurídica” é mencionada para registrar ser ela, a subordinação, conseqüente de um contrato de trabalho.

## 7. DAS CARACTERÍSTICAS DA AUTONOMIA

No tocante ao Direito Romano, **Amauri Mascaro NASCIMENTO**<sup>84</sup> destaca que a “*operae*”, do latim, significa trabalho e relacionava-se à atividade humana, que daria origem ao empregado nos tempos mais atuais (*locatio operarum*).

Já o *contratto d’opera* correspondia à atividade de autônomos, com expectativa de resultado, de um obra, a *opus*. Assim, a *locatio operis* daria origem ao contrato do autônomo. Cabe ressaltar que, mesmo autônomo, o contrato, tal qual o Direito das Obrigações hoje qualifica, tanto pode ser de meio (serviços advocatícios, por ex., mas que encerra, também, uma promessa de fim, ou de colocar todos os esforços – atividade de meio – para se obter o melhor resultado possível) ou, como na sua origem (“opus”), um contrato de resultado,

---

<sup>84</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 335-344.

como é o caso do representante comercial ou do médico que realiza cirurgia estética etc.

Entre as características ou elementos que configuram a autonomia, são citados pelo autor:

- a) Trabalho por conta própria;
- b) Propriedade dos instrumentos de trabalho, embora possa ser relativizada (p. ex., um pedreiro que realiza serviço autônomo, mas usa a escada ou um tapume do contratante);
- c) Pagamento em função do resultado (comissões para representantes comerciais, p. ex.)
- d) Modo da prestação do serviço, a indicar independência e liberdade, mesmo que mitigadas.
- e) Detém o poder de direção da própria atividade. Neste ponto, também atenuada, no caso da representação comercial, pois os aspectos negociais são estabelecidos pelo tomador do serviço.

**Paulo Emilio Rodrigues de Vilhena** comenta que há casos onde se conclui pela não subordinação, a despeito do fenômeno integrativo do prestador nas atividades do tomador e de certa colaboração do prestador. Tal fenômeno se desenvolve dentro de tal flexibilidade, com exercícios de poderes jurídicos, que não se pode falar em relação de emprego.

Tal flexibilização do trabalho autônomo pode ser distinguido por dois aspectos:

- a) Predeterminação da prestação, como a intermediação de negócios mercantis, p. ex.,
- b) Reserva ao prestador de se auto-organizar.

É de Vilhena um dos conceitos mais respeitados sobre o trabalho autônomo: *“Autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de execução”*. (O destaque é nosso). Aduz os seguintes fundamentos:

- a) Liberdade de organização e execução do próprio trabalho. O trabalhador autônomo pode valer-se de substitutos ou auxiliares. Neste ponto, vale lembrar que o verbo utilizado é *“pode”* e não *“deve”*.
- b) Liberdade de disposição do próprio trabalho, sobre a livre base do contrato de troca (escambo);
- c) Liberdade técnica, a dizer, *no modo de fazer acontecer suas atividades* e liberdade econômica, em função do risco que assume ao exercer sua atividade.

**Sérgio Pinto Martins**<sup>85</sup> lembra que a Lei n. 8.212/91, previdenciária, é quem traz, no âmbito jurídico, a conceituação de autônomo: *“pessoa física que exerce por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”*.

Em algumas passagens, o autor leciona como, no seu modo de entender, é caracterizada a figura jurídica do autônomo:

- a) Pessoa física ou natural, excluindo-se, assim, a pessoa jurídica;
- b) Atua por conta própria;
- c) Habitualidade, a dizer, aquele que trabalha com continuidade;
- d) Assume os riscos da atividade econômica;
- e) Exerce livremente sua atividade, no momento que o desejar, segundo sua conveniência;

---

<sup>85</sup> *Direito do Trabalho*, p. 151-156.

- f) O autor faz ressalva à lei previdenciária citada, por que nem sempre o autônomo exerce atividade urbana, como pode acontecer com o agrônomo ou veterinário;
- g) Como regra, é dono de seus instrumentos de trabalho, mas não se pode considerar um requisito essencial, mas apenas indicativo da autonomia.
- h) Não lhe é exigido curso de nível superior.

Para **Otávio Pinto e Silva**<sup>86</sup>, são características jurídicas para a configuração da autonomia:

- a) Finalidade da prestação do serviço. Assim, a autonomia se caracterizaria mais por contratos de resultados e menos por contratos de meio, embora ambos possam compor o objeto do contrato. Assevera o autor que a tendência, para o autônomo, está mais ligada a atividades acessórias, enquanto as nucleares tendem a ser designadas a empregados.
- b) Resultado do trabalho. Reitera os argumentos já apresentados, uma vez que as atividades podem ser, também, de meio.
- c) Trabalho por conta própria. Com base em Annibal Fernandes, cujos estudos se vocacionam para a área previdenciária, conceitua autônomo como aquele que exerce habitualmente e por conta própria, atividade profissional remunerada.
- d) Assunção do risco do trabalho. No caso do representante comercial, p. ex., é dele o custeio do processo de vendas, que pode compreender:
  - d.1) a prospecção de clientes;
  - d.2) a divulgação do produto (ou o reforço, no caso das empresas que fazem propaganda de forma mais agressiva),

---

<sup>86</sup> *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas relações de trabalho*, p. 83-92

- em termos de marca, utilidade, diferenciais, características, benefícios e vantagens;
- d.3) do agenciamento do pedido propriamente dito;
- d.4) da gestão da entrega do objeto do pedido (logística); se for o caso; e
- d.5) do pós-vendas, em caso de trocas, reclamações,
- e) Propriedade dos instrumentos de trabalho. Em regra, deve o autônomo ter controle dos meios que emprega para a produção de algo para o qual foi contratado.
- f) Modo de execução do trabalho. Valendo-se dos ensinamentos de VILHENA, o autor insiste ser este o ponto mais relevante para caracterizar o autônomo. Vale dizer, cabe ao profissional ajustar o preço com o contratante, os serviços a serem efetuados e respectivos prazos, não estando vinculado a horário, a fiscalização do tomador e podendo até mesmo, a depender do serviço contratado ou da forma de atuação do autônomo, vir a contratar auxiliares, condição essa que é acessória e não principal, para a caracterização do autônomo.

Para **Maurício Coutinho Delgado**<sup>87</sup>, o que separa o autônomo do empregado é a subordinação jurídica. Traz, em seu estudo, as seguintes considerações:

- a) O trabalho autônomo pode ser fungível. E, se o autônomo se faz substituir por outros auxiliares, desapareceria a pessoalidade, requisito essencial para a caracterização de empregado (infungível, a dizer, não pode se fazer substituir);
- b) Na autonomia, afirma, a direção central do modo como habitualmente presta o serviço ou realiza a obra preserva-se com o prestador do serviço. (O grifo é nosso);

---

<sup>87</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 334-339.

- c) Pode haver a infungibilidade da pessoa jurídica contratada para exercer os serviços de forma autônoma. Assim, estaria vedada a terceirização, mediante um contrato *intuitu personae*. Anotamos este dado como relevante para o contrato de representação comercial, vez que a lei específica permite a contratação de outros representantes, denominados pelo Confere – Conselho Federal dos Representantes Comerciais, como sub-representantes;
- d) O autônomo pode ter um lugar próprio para sua sede, seja um escritório, uma oficina ou sua própria casa, hoje muito conhecida com a expressão inglesa “*home office*” (escritório em casa).
- e) Admite-se a “cláusula rígida de pessoalidade”, reforça GODINHO, para exemplificar o caso do representante comercial autônomo, pessoa física ou natural, com cláusula de exclusividade, para exercer seus misteres apenas para aquela empresa representada, sem que isso signifique subordinação.
- f) A verificação da subordinação ou da autonomia é feita avaliando-se o modo como a atividade exercida, em outras palavras, como se apresenta o poder diretivo. Se o prestador contratado está a dirigir sua própria atividade, estaremos diante de autônomo, se o contratante tem ingerência de forma mais intensa na maneira como executa o serviço contratado é provável tratar-se de subordinação.

Para **Délio Maranhão**<sup>88</sup>, ordens, diretivas e orientações são comuns para autônomos. O que se ressalta é a forma como são dadas. Se não tem ingerência na gestão da própria representação, possivelmente não indicará subordinação, por outro lado, é comum a adoção de diretrizes comerciais, no caso de representantes comerciais autônomos.

---

<sup>88</sup> *Instituições de Direito do Trabalho*, p. 311-315.



Autônomo, para o autor, pode manter organização própria, contratar auxiliares, assumindo, de todo modo, o risco da atividade que exerce.

Ressalta ainda que à época dos romanos, os profissionais liberais não recebiam salário como contraprestação, mas donativos, socialmente obrigatórios, que eram chamados de *honoraria* ou *numera*. Isso se dava porque os profissionais liberais não eram considerados objeto da locação, daí, então, a origem da palavra honorários.

Para **Rubens Requião**<sup>89</sup>, com base na doutrina italiana, aduz três elementos mais relevantes para a configuração do autônomo:

- a) Elemento organizativo. Será necessária ao agente autônomo uma relação externa de produção, com sua própria estrutura e iniciativa, exigindo a colaboração das partes, tomador e prestador do serviço, para o êxito do que foi pactuado.
- b) Elemento funcional. O agente autônomo tem interesse confluyente e convergente do contratante dos serviços, tendo-se em mira o resultado final efetivo e benéfico para ambos.
- c) Elemento econômico. Ao atuar por conta própria e, portanto, sob risco, o agente autônomo é interessado continuamente na conclusão dos negócios e seus resultados que, no caso da representação comercial, não basta a aprovação do pedido, a entrega do bem ou a execução do serviço, mas é preciso, também, que o cliente quite a fatura correspondente ao pedido que fez. Só assim, o resultado será produtivo para o tomador, quanto para o prestador do serviço.

---

<sup>89</sup> *Do representante Comercial*. p. 65.

Para **Pedro Paulo Teixeira Manus**<sup>90</sup>, trabalhador é gênero do qual empregado e autônomo são espécies.

Valendo-se da etimologia da palavra, MANUS esclarece que autônomo é *aquela que tem vida própria*, o que está a indicar grau de liberdade e independência a respeito do modo e forma de realização de suas atividades. (O destaque é nosso).

Cabe ao autônomo ajustar os serviços e o preço, desenvolvendo suas atividades em horário de sua conveniência, sem fiscalização do destinatário sobre a forma de realizar seus misteres, podendo contar com terceiros, se lhe convier.

MANUS lembra também que o empregado inexistente sem a figura do empregador, o que não ocorre com o autônomo, que pode prestar serviços a diversos tomadores de serviço, sejam eles particulares, como uma dona de casa que contrata um encanador ou uma sociedade empresária, que contrata serviços de manutenção de software, p. ex.

Arremata, ressaltando que uma das características de maior relevo para o autônomo é a liberdade relativa à forma e ao modo de execução de tais serviços. (o grifo é nosso).

Em breves linhas, podemos concluir que o autônomo, nas suas raízes romanas, estava mais direcionado para contratos de resultado (*opus*) do que para contrato de meio que, nos tempos atuais, também pode integrar as atividades autônomas.

Assim, o autônomo:

- a) Deve ter iniciativa, para ajustar serviços e preços, como para prospectar outros clientes, exceto nos casos de exclusividade,

---

<sup>90</sup> *Direito do Trabalho*, p. 69.

- b) Deve ter, como regra, os próprios instrumentos de trabalho, embora tal característica não seja relevante para sua configuração;
- c) Deve atuar por conta própria, ou seja, sob risco. Todos os meios para fazer o negócio progredir cabe ao autônomo. Essa talvez seja a razão da preferência por representantes comerciais em vez de revendedores ou franqueados, pois nestes últimos, é bem maior a necessidade de inversão de capital para dar fôlego ao negócio.
- d) Ressalte-se que a evolução, tanto autônomos, quanto profissionais liberais, desde o direito romano, já não abarca apenas os contratos de resultado, mas também os de meio, como é o caso do advogado, que deve ser diligente, mas não pode garantir o resultado útil do seu trabalho (que o juiz profira sentença em favor de seu cliente).
- e) Em tese, os autônomos não estão incluídos nas atividades nucleares da empresa, mas nas acessórias. E mesmo que pudessem ser contratados para as atividades nucleares, eles estariam, provavelmente, adstritos a alguma expertise complementar às atividades mais centrais do tomador dos serviços. Essa menção é feita pela doutrina, mais para lembrar que, nas atividades mais centrais da tomadora dos serviços, podem estar os seus segredos de negócios e o que se quer é afastar eventuais riscos concorrenciais, na hipótese de o prestador ter acesso a tais informações.
- f) Para VILHENA, acima citado, o lugar da prestação também é característica essencial, mas poucos doutrinadores dão relevo a esta questão. É evidente que um advogado pode atuar em seu próprio escritório e dar plantões em horários específicos junto às dependências do cliente ou, ainda, ser convocado para reuniões específicas. Assim, o lugar da prestação nem sempre é útil para configuração da autonomia.

- g) O elemento organizativo está entre as características relevantes do autônomo. Não apenas quanto a ter uma sede, um espaço próprio, que pode ser num cômodo de sua residência, mas a estruturar o trabalho de maneira que tenha controle sobre seu próprio negócio: telefone, internet, papelaria (papel para carta, envelope, cartão de visitas etc.), emprego de auxiliares, se for o caso, amostras do material a ser vendido, brindes, fluxo de caixa, contabilidade (que normalmente é contratada externamente), capital inicial e capital de giro, uma vez que financia algumas despesas para depois receber do tomador, ao entregar a obra ou parte dela.
- h) O elemento funcional também é característico do autônomo, que é um empresário de si mesmo, ou de um grupo, em regra pequeno, de pessoas. No elemento funcional nota-se com maior nitidez a prevalência de um contrato de colaboração, pois o funcionamento dos serviços ou dos produtos que sejam alvo do contrato com o autônomo, serão mais eficazes se contarem com a colaboração do tomador, bem na esteira da lealdade e boa-fé, que prevê mútua cooperação, proteção e ajuda (art. 422, CC/02)
- i) O elemento econômico também está a se ressaltar como figura estruturante da atividade autônoma uma vez que, exatamente por correr riscos, por dispor do seu tempo, há de se esperar um resultado econômico, que só virá da conclusão do negócio, exigindo-lhe forças para facear um período de despesas que podem ser maiores que as receitas.
- j) Outro elemento de relevância, quanto contrastado com a subordinação jurídica, é o modo e a forma como a atividade é realizada. Assim, o grau de ingerência do tomador na maneira de trabalhar do prestador, pode desnaturar a

independência e liberdade para realizar o trabalho, levando, com razoável probabilidade, a uma relação de emprego.

- k) Há de se ressaltar, também, que a autonomia, no mais das vezes, tende a ser **mitigada, atenuada, minimizada, suavizada, amainada.**

*Exemplo 1:* o famoso arquiteto Oscar Niemayer é conhecido por projetar obras curvilíneas, a que ele atribui inspiração vinda das mulheres. Com seu prestígio, pode ser contratado para realizar o projeto arquitetônico de uma obra e certamente não abandonará seu estilo, muito menos as normas da arquitetura, mas poderá transigir a determinados gostos e interesses do cliente, sem perder sua identidade e sua forma de trabalhar e de ver o mundo e sua arquitetura nele inserida.

*Exemplo 2:* o trabalho de um juiz de direito, por mais que se advogue pelo livre convencimento motivado, pelas leis e princípios a reger a matéria, pelas tendências dos tribunais, poderá aplicar o que entender mais adequado, com a devida fundamentação. Mas se sua sentença for destoante a ponto de ameaçar o equilíbrio do sistema jurídico, no sopesar do tribunal, a decisão estará fadada à reforma.

*Exemplo 3:* nem o mais brilhante e oneroso decorador fará o que bem entender, se estiver a prestar serviços de sua expertise para incorporador de um conjunto luxuoso de edifícios. E, sob o argumento de sua alta especialidade, fará o projeto com plena independência e liberdade para indicar a decoração mais harmônica. Se adotar tal atitude, é provável que não seja contratado.

Ainda no terceiro exemplo, suponhamos que tal decorador deva apresentar um breve esboço prévio, para ser contratado. O autônomo (“aquele que faz suas próprias normas”) pode ter se interessado por uma determinada

concepção e as pesquisas mostrarem que moradores daquele nível social têm preferências distintas. Ou que tal decoração não se ambienta com as demais obras que se pretende vir a construir ou ainda, que o custo seja excessivo para aquele projeto, a ponto de inviabilizá-lo ou encarecê-lo desnecessariamente.

O que se está a dizer, portanto, é que os serviços de um profissional autônomo, não são prestados com plena liberdade ou com plena independência. Ela existirá sim, no campo da autogestão, da discricionariedade para gerenciar o próprio negócio. Mas dificilmente a terá, *de forma plena*, nos aspectos negociais que demandem interagir com as expectativas, desejos e necessidades dos clientes.

A autonomia será, como é, no mais das vezes, mitigada. Independência e liberdade plenas para a execução de alguma expertise será sempre utópica, pode até ocorrer, mas não é regra.

E essa é a razão pela qual deixamos de tratar da parassubordinação, um nome imponente, interessante, a causar curiosidade sobre seu significado - trabalho coordenado - posicionando-se entre a subordinação e a autonomia.

Mesmo na Itália, noticia *Amauri Mascaro Nascimento*<sup>91</sup>, a parassubordinação não produziu qualquer milagre e as disputas doutrinárias e jurisprudenciais permanecem. Em nada ajudou pra melhor discernir as figuras típicas da subordinação e da autonomia.

Por outro lado, como veremos adiante, a grande questão ligada à autonomia da representação comercial é que há uma bifurcação.

Ora ele é um autônomo puro, tendo liberdade e independência para gerir o próprio negócio, ou seja, o modo

---

<sup>91</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 341-342.

de exercer a atividade, a autodeterminação, a autogestão, a discricionariedade que deve ter a cuidar do que é seu.

Por outro, ao cuidar de determinados negócios ou serviços da empresa representada terá uma atividade coordenada, com limitação da autonomia da vontade.

Não chegará, a nosso ver, a ser subordinado, por mais que receba diretivas sobre as condições para a venda: preço, prazo de entrega, prazo para pagamento, local da entrega, descontos, brindes, bônus, promoções, campanhas etc.

Neste ponto, passa a ter um trabalho coordenado onde, nos casos que extrapolam uma política comercial ou negocial, vigente naquela empresa representada, p. ex., para todos os profissionais da área comercial, podem necessitar de ajustes que estão além da práxis organizacional ou mercadológica, aí sim, teremos um trabalho coordenado, por vezes intenso, envolvendo reuniões e tratativas as mais diversas, com vistas à conclusão do negócio, de interesse de ambos, representada e representante, configurando, assim, um verdadeiro contrato de colaboração.

## **8. DAS CARACTERÍSTICAS DA EMPRESARIALIDADE**

**Fábio Ulhoa Coelho**<sup>92</sup> traz um breve resumo da evolução do Direito Empresarial:

*Fase 1.* Direito comercial, tal como é chamado até o Código Civil de 2002, é aplicável a certa classe dos integrantes das corporações de ofício, os comerciantes. Período: da segunda metade do século XII à segunda metade do século XVI.

---

<sup>92</sup> *Curso de Direito Comercial, vol.1, p.16-28.*

*Fase 2.* Aparece a sociedade anônima. O Direito Comercial da Europa Ocidental ainda se liga às corporações de ofício dos comerciantes. Período: da segunda metade do século XVI até o século XVIII.

*Fase 3.* Com o código napoleônico, em 1.808, é abandonada a visão subjetiva, do direito dos comerciantes, para o direito dos atos do comércio. Período: século: do século XIX até metade do século XX.

*Fase 4.* O conceito nuclear do direito comercial deixa de ser os atos de comércio para ser a empresa. A partir de 1942, com a edição, na Itália, do *Codice Civile*.

Esclarece o autor que *empresa*, diferentemente da confusão de muitos autores a com “sociedade empresária”, é a *atividade econômica organizada para a produção de bens e serviços*. Se empresa é atividade, não tem natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. O sujeito de direitos é o empresário e a coisa, ou o bem, é o estabelecimento, que o conjunto de ativos e passivos da sociedade empresária.

As empresas têm estatuto próprio e, neste sentido, podem ser abstraídas da figura do empresário. Por isso mesmo, são chamadas de pessoas jurídicas.

Para ULHOA, exige-se do comercialista não só dominar conceitos jurídicos, mas também noções básicas de economia, administração de empresas, finanças, contabilidade e empreendedorismo (com especial atenção para custos e marketing).

Com base na doutrina italiana, divisam-se quatro perfis para a empresa:

- a) *Perfil subjetivo*, onde o conceito de empresa (atividade) é confundido com a do empresário, aquele se exerce atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de riscos;



- b) *Perfil funcional*, identificando a *empresa* com a *própria atividade* (que se organiza profissionalmente para a produção e circulação de bens e serviços), cujo conceito é o mais adequado;
- c) *Perfil objetivo*: a *empresa* é compreendida como estabelecimento, ou seja, com seu próprio *patrimônio*.
- d) Perfil corporativo: considerada como instituição, onde se reúnem, com objetivos comuns, empresário e seus auxiliares. Em razão da função social (CF, art. 1º, IV, “fins sociais do trabalho e da livre iniciativa e CF, art. 170, III, “função social da propriedade”), a empresa tem fronteiras que vão além dos seus limites físicos.

Importante ressaltar o art. 966, CC/02:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços.

Para **Bruno Mattos e Silva**, empresário é quem realiza a empresa. Empresário, assim, é o organizador da atividade econômica, pois ela agrega os vários fatores de produção. O escopo é a produção de bens e serviços para o mercado.

Para o autor, empresário é aquele que conjuga fatores de produção (fator de organização) com vistas a obter bens e serviços, finais ou intermediários, cuja circulação servirá ao mercado.

São elementos da atividade empresária:

a) *Atividade econômica*: produção ou circulação de bens ou serviços. A atividade econômica compreenderia, assim, tudo aquilo que fosse objeto de especulação lucrativa, mesmo que potencialmente, como no caso de algumas

empresas públicas, cuja possibilidade de inversão de capital se dá-se ao longo prazo;

b) *Atividade organizada*: conjugação de fatores de produção. Os fatores de produção podem ser objetivos e subjetivos. Os objetivos são a natureza da atividade, o capital e o trabalho; os subjetivos são o trabalhador e seu conjunto de competências, o proprietário, detentor dos bens naturais ou do conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que darão origem ao capital, e o patrimônio, a significar, em linguagem de direito comercial, o estabelecimento.

c) *Bens ou serviços destinados ao mercado*. Dá-se quando o empresário se interpõe entre o capital e o trabalho e oferece os bens e serviços produzidos a terceiros, que são os destinatários finais ou novos intermediários dessa produção;

d) *Atividade profissional*. Caracterizam-se pela continuidade, pela habitualidade de atos empresariais não isolados, com o intuito de lucro. Profissão, assim, é meio de vida. É dizer que os lucros obtidos pela atividade econômica organizada, realizada de forma profissional, habitual, constitui-se meio de vida;

e) *Nome próprio e risco profissional*. O nome próprio da pessoa jurídica é a expressão última de sua personalidade, é sua identificação com o mercado, bem como a separação dos patrimônios individuais dos sócios, cuja soma empregada alcançará o capital, que responde pela criação de patrimônio de afetação, para determinadas atividades (o art. 50, do CC/02, p. ex., inclui confusão patrimonial, como requisito para a desconsideração da personalidade jurídica).

**Ricardo Fiúza**<sup>93</sup>, afirma que o empresário é a pessoa que, em caráter profissional, desempenha qualquer

---

<sup>93</sup> Novo Código Civil Comentado, p. 869-870.

atividade econômica produtiva, no campo do direito privado, substituindo o comerciante, com o que alguns doutrinadores não concordam, ao entender que comerciante pode subsistir quando se fala em compra e venda, em atividades mercantis, ocasião em que os conceitos seriam comuns.

Ressalta FIUZA que o novo código eliminou a diferença o tratamento diferenciado entre atividades civis, estas sem o escopo de lucro e atividades comerciais, aí sim, buscando atividades mercantis que gerassem rentabilidade.

Em resumo, com a teoria da empresa, temos:

a) De origem italiana, busca disciplinar a matéria que diz respeito à atividade econômica daqueles que, profissionalmente e de forma organizada, visem ou não a fins econômicos, abandonando o conceito de atos de comércio;

b) A teoria da empresa exige formalidades diversas para o registro, para o fim de resguardar direitos e deveres da atividade empresarial;

c) A atividade há de ser organizada, onde os fatores de produção são colocados para a geração de novos bens ou serviços com vistas a servir a determinados mercados;

d) A profissionalidade não é apenas habitualidade ou continuidade, mas também o conjunto de competências a suportar os fatores de produção e seus objetivos;

e) O destino da organização profissional da atividade econômica é a circulação de bens ou serviços;

f) O nome da sociedade empresária também está a lhe prestar personalidade jurídica, em conjunto com a marca e com a imagem como ela pretende se identificar perante o mercado consumidor (No art. 13 do Código de Defesa do Consumidor, há referência à terminologia *comerciante*).

g) Pela Lei Complementar 123, de 14/12/2006, instituiu o que se convencionou chamar de “lei geral da micro e pequenas empresas” e, no regime tributário, juntou alíquotas de diversos impostos em único percentual, a depender do faturamento, com pequenas reduções de tais tributos, mas, essencialmente simplificadora em termos de obrigações acessórias (documentos informativos) ao fisco, em especial, à Receita Federal.

h) Curioso observar que as sociedades empresárias de representação comercial não foram contempladas pela simplificação tributária pelo Simples Nacional (ou lei geral, art. 17, Lei Complementar 123/2006), ao contrário de empresas que, em regra, possuem profissionais liberais, como é o caso dos escritórios de contabilidade.

i) O art. 2.037 do CC/02 dispõe sobre a aplicação aos empresários e sociedades empresárias, o que não dispuser em contrário ao estabelecido no CC/02.

j) Em termos de direito comercial, *o autônomo é visto como a pessoa física que, sem vínculo com a pessoa que a contrata, executa trabalho profissional, podendo valer-se de alguns poucos auxiliares e, como regra, sem estabelecimento (patrimônio específico para fazer frente aos fatores de produção).*

k) O direito de empresa abarca: 1) regime jurídico da atividade econômica organizada para fins de produção ou de circulação de bens ou serviços para o mercado (“empresa”), 2) do agente que exerce essa atividade (“empresário”), e 3) dos bens utilizados nesta atividade (“estabelecimento”).

l) A maior parte das sociedades empresárias de representação comercial são microempresas, normalmente o representante é um parente ou amigo, o que, em função de

contrato de colaboração e trato sucessivo, permite maior aproximação da figura do empregado.

m) O Direito de Empresa está submetido a princípios constitucionais, a destacar: 1) dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV), 2) função social da propriedade (CF/88, art. 170, III) e 3) tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (CF, art. 170, IX).

## **PARTE TRÊS – DOS INDICADORES**

### **9. DOS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL**

Para **Fábio Ulhoa Coelho**<sup>94</sup>, distribuição é gênero, do qual a representação comercial, por ex., é uma das espécies.

O autor denomina distribuição por intermediação para as revendas, aquelas que compram o produto para revender, de modo que os bens e serviços passam à sua propriedade.

Já a distribuição por aproximação é a que se refere à representação comercial, ou seja, não há propriedade e nem mesmo posse, a não ser excepcionalmente, dos bens e serviços a serem agenciados, com vistas a obter propostas ou pedidos.

A conceituação desta modalidade de contrato é a seguinte: é aquele em que uma das partes, o representante, obriga-se a obter pedidos de compra de produtos fabricados [e serviços] ou comercializados pela outra parte (representado).

É contrato típico, detalhadamente disciplinado pela Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92. Explica ainda que o melhor fosse chamá-lo de agente, pois não há

---

<sup>94</sup> *Curso de Direito Comercial*, p. 92-100.

mandato da representada, obrigando-a a realização dos negócios, até porque a conclusão depende da aceitação da própria representada. Assim, o agenciamento seria uma promessa de venda, que ainda não está concluída.

Interessante observação de ULHOA, relevante para nossa pesquisa, “*é a de que, ainda hoje, há advogados e magistrados que se valem de princípios de direito do trabalho, em especial da tutela do hipossuficiente, no equacionamento das questões relacionadas ao representante, concluindo por distorcidos pleitos e decisões.*”

*Para a adequada compreensão dos contornos da atividade de representação – e, até mesmo, para entender os motivos ensejadores da confusão, por vezes estabelecida com o regime laborista -, devem-se discutir a **NATUREZA e os REQUISITOS do contrato** [...]”.* (os grifos são nossos)

Além da citação de fragmentos da doutrina de ULHOA neste ponto, voltaremos a cotejar os elementos do contrato de representação oferecidos pelo autor.

Ao tratarmos do contrato de representação, daremos ênfase às características específicas, embora, por uma vez ou outra, em função da temática em estudo, poder-se-á abordar aspectos mais genéricos dos contratos.

Para fins desta investigação, permitimo-nos dar mais um passo, qual seja, da análise dos princípios e da natureza da legislação que regula a profissão e o contrato de representação comercial, o que faremos após cotejar os ensinamentos de alguns doutrinadores.

Para **Rubens Requião**<sup>95</sup>, os serviços comerciais para as praças mais distantes eram realizadas pelos mascates, vendedores ambulantes, muitas vezes no lombo de

---

<sup>95</sup> *Do Representante Comercial*, p. 2-61.

mulas. Abasteciam consumidores diretamente, mas também determinados lojistas do sertão.

Até 1.850, a seu ver, a figura mais próxima era a do comissário, que agia em próprio nome, mediante comissão.

A partir desta data, então a figura do representante comercial começa a aparecer, inicialmente com a alcunha de “cometa”, por passar naquela praça de “tempos em tempos”.

O Direito Comercial, à época, classificou essa categoria como agentes intermediários do comércio.

A primeira preocupação com essa categoria de “intermediários do comércio”, enquanto “*longa manus*” dos fabricantes da época, surgiu na França, por Decreto expedido em 1.946, no sentido de oferecer-lhes alguma proteção social, construindo uma figura baseada no *mandato de interesse comum*, para gerar vínculos mais permanentes entre o mandante e o mandatário.

A indenização era equivalente a dois anos de comissão, em função da jurisprudência que se firmou na Corte de Cassação.

Na Itália, Vivante, em 1905, noticiava as movimentações de tais intermediários do comércio, vindo a incluí-los no *Progetto Preliminare*, art. 78, em 1920.

Em 1942, com a unificação do direito privado na *Itália*, instituiu-se, no art. 1.742, o contrato de agência, no *Codice Civile*.

Art. 1742. Pelo contrato de agência, assume uma parte, estavelmente, o encargo de promover, por conta de outra, contra retribuição, a conclusão de contratos em uma determinada zona.

O Decreto n. 58-1.345, de 23 de dezembro de 1958, *Francês*, dispôs:

Art. 1. É agente comercial o mandatário que, a título de profissão habitual e independente, sem ser ligado por um contrato de locação de serviços, negocia e, eventualmente, conclui compras, vendas, locações ou prestações de serviços, no nome e por conta dos produtores, de industriais ou de comerciantes.

O Código de Obrigações, da *Suíça*, de 04/02/1949, assim prescreveu:

Art. 418-a. O agente é aquele que assume a título permanente a obrigação de intermediar a conclusão de negócios para um ou vários mandantes ou de os concluir em seu nome e por sua conta, sem ser ligado a eles por um contrato de trabalho.

Na *Alemanha*, em 10/05/1897, portanto há mais de 110 anos, onde o agente de comércio é chamado de *Handelsvertreter*, o Código de Comércio da Alemanha – HGB, assim dispôs:

Art. 84. É representante de comércio toda pessoa que, a título de exercício de uma profissão independente, seja encarregada permanentemente de servir de intermediária em operações negociadas por conta de um empresário ou de concluí-los por conta deste último. É independente quem pode organizar o essencial de sua atividade e determinar seu tempo de trabalho.

Em Portugal, por meio do Decreto-Lei n. 178, de 03/07/1986, assim dispôs sobre o contrato de agência:



Art. 1. O contrato pelo qual uma das partes, o agente, obriga-se a promover por conta da outra, o principal, a celebração de contratos em certa zona ou determinado círculo de clientes, de modo autônomo e estável e mediante retribuição.

No Direito Inglês, segundo René David<sup>96</sup>, o contrato de agência na Inglaterra é uma relação que se estabelece através do poder outorgado por uma pessoa, chamada “*principal*”, a outra pessoa, chamada “*agent*”, que o aceita para agir em seu nome. Como se percebe, a definição está mais adequada para mandato do que para contrato de agência. No direito americano, não há as normas específicas, aplicando-se as *regras gerais de interpretação dos contratos*, segundo informam Hugh W. Babb e Charles Martin<sup>97</sup>.

Nos estudos da tese de livre-docência de Rubens Requião, de 1.950, bem como em seu livro pioneiro, já citado, é apresentada a seguinte cronologia, em termos de evolução legislativa:

**Idade Antiga:** os romanos começam a aceitar a figura do intermediário como agente capaz para a transferência do efeito ou do direito, sem a presença do representado. O Título XXVI – Do Mandato, que continha diversas disposições sobre o contrato de agência, são encontrados nas *Institutas* do Imperador Justiniano.

**Idade Média:** por meio do Código Canônico, absorveu a figura da representação para facilitar as negociações. Mais adiante, seria inserido no Direito das Gentes.

**1897:** na Alemanha, as representações autônomas são reguladas detalhadamente e inspiram a legislação de outros países (arts. 84 a 92-c do HGB).

<sup>96</sup> *Les contrats en droit anglais*, p. 273.

<sup>97</sup> *Business Law*, p. 85.

**1920:** na Itália, o famoso jurista Césare Vivante declara: “*a importante classe dos agentes do comércio está regulada pela primeira vez no Código de Comércio*” (depois unificado em 1942 no Código de Direito Privado).

**1921:** a Áustria reconhece a profissão do intermediário mercantil, influenciada pelas discussões francesas e pelos códigos alemão e italiano.

**1937:** na França, são tratados como agentes comerciais ou representantes mandatários, através de um incompleto contrato-tipo (específico para “falar em nome de outrem”).

**1951:** o Japão reconhece a profissão do mercador intermediário.

**1958:** a Argentina regula o contrato de agência comercial.

**1965:** o representante comercial autônomo é regulado como profissão no Brasil, sendo criado, também, um contrato típico.

Em termos de evolução para a criação de uma legislação específica no Brasil, temos a seguinte cronologia:

**1.900:** o Visconde de Cairu, José da Silva Lisboa esboça conceituação de um tipo de intermediário do comércio, o preposto. “Chama-se de preposição o ato em que o comerciante contrata alguém, autorizando-o a tratar em seu nome, e por sua conta e risco, negócios marítimos e terrestres”. À época, valia-se da figura do mandato (semelhante ao conceito leigo de procurador), do Código Civil. Nasce o embrião do atual representante, como intermediário de negócios.

**1.949:** Ocorre o II Congresso Nacional das Classes Produtoras, reunido em Araxá, MG, levantou a bandeira para incluir no projeto de código comercial que estava sendo elaborado, a figura jurídica do representante comercial.

**1.961:** Barbosa Lima Sobrinho redige, após participação de várias comissões legislativas, um texto assemelhado ao francês de 1937, estendendo ao representante a relação empregatícia. Ocorre que já tínhamos a Lei n. 3.207/57, que regulava as atividades de vendedores

externos, viajantes e praticistas, configurados como empregados.

**1.963/1.964:** o substitutivo do senador Eurico Resende é aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde foi definitivamente votado.

**Julho/1.965:** é publicado no Diário do Congresso. Em 2.8.65 é totalmente vetado pelo presidente Castelo Branco, por tratar o que deveria ser atividade autônoma, como relação de emprego.

**Dezembro 1965:** é aprovada a Lei n. 4886, publicada em 9.12.1965, a “toque de caixa”, fruto de intensa luta de forças entre grupos de representantes e confederações econômicas, trazendo diversas atecnias de ordem redacional e de técnica jurídica, que aumentaram com as alterações introduzidas pela na Lei n. 8.420/92.

O Art. 1º da Lei 4.886/65 é o seguinte:

Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial.

Os elementos característicos do contrato de representação comercial para **Rubens Requião**<sup>98</sup> são aqueles que exigem:

- a) Atividade empresarial;
- b) Não-eventualidade das prestações;
- c) A mediação para a realização de negócios mercantis;

---

<sup>98</sup> *Do Representante Comercial*, p. 58 e 59.

d) A autonomia da atividade do agente, como a autodeterminação e discricionariedade para gerir o próprio empreendimento.

Para **Otávio Pinto e Silva**<sup>99</sup>, o contrato de agência do novo Código Civil assemelha-se ao de representação comercial.

Como características tipificadoras, o autor relaciona:

a) continuidade e onerosidade (como atributos comuns aos empregados e agentes);

b) liberdade de organização da própria atividade;

c) Assume a feição de um pequeno empreendedor, com uma capacidade própria de atuação, sem sujeição ao poder diretivo do contratante;

d) discricionariedade para estipular os respectivos contratos, dispondo, assim, de maior autonomia na conclusão dos negócios.

e) admite o contrato de colaboração, mas apenas para o autônomo e não para o empresário. Como esta conclusão parece equivocada, será tratada mais adiante, quando da conceituação da representação comercial, para dar início ao estudo dos indicadores.

Para **Alice Monteiro de Barros**<sup>100</sup>, são elementos de caracterização do contrato de representação comercial:

a) atividade empresarial;

b) não-eventualidade do serviço;

c) mediação para realização do negócio, que tanto poderá se dirigir para o recebimento de propostas ou pedidos como para a execução do negócio;

---

<sup>99</sup> *Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho*, p. 108-111.

<sup>100</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 483-485.

d) autonomia da atividade do agente, que deverá ser organizada modesta ou poderosamente com uma estrutura de produção;

e) fixação de zonas de trabalho;

f) proibição de autorizar desconto no preço dos produtos aos clientes da representada, exceto se por ela expressamente aprovado;

g) a obrigação de fornecer informações detalhadas sobre o andamento do negócio e a observância às instruções do representado (arts. 27, 28 e 29).

Para **Sérgio Pinto Martins**<sup>101</sup>, são elementos que configuram o contrato de representação comercial:

a) O mandato é essencial à representação, pois o trabalhador representa os interesses do representado, para a venda de produtos ou serviços;

b) O contrato tem caráter de não-eventualidade;

c) é possível a fixação de zona fechada, a dizer, com exclusividade para que o representante a explore, sem interferência da representada;

d) a denúncia vazia de iniciativa do representado leva ao dever de indenizar, assim como o isenta, se a denúncia se fizer por motivo justificado (arts. 35 e 36);

e) A atividade central do representante comercial é a intermediação, fazendo a aproximação do vendedor (representada) e do comprador (cliente da representada).

f) o contrato de representação é um pacto de resultado;

g) o contrato de representação é realizado sob risco do representante, pois pode agenciar e, se o cliente não pagar, também sua comissão não poderá ser reivindicada;

---

<sup>101</sup> *Direito do Trabalho*, p. 151-157.

h) ainda que a representação seja exercida por pessoa física, a atividade é empresarial;

i) o que importa é a realidade dos fatos, para a configuração da autonomia. Assim, têm peso relativo os aspectos formais: inscrição no órgão de classe, na prefeitura, INSS, contrato de representação escrito etc.;

j) normalmente o requisito subordinação é que poderá dirimir a controvérsia entre ser o trabalhador autônomo ou empregado. A quantidade de ordens, o grau de ingerência no modo de atuar e a maior regulamentação dos serviços, feita pelo tomador, elevam as possibilidades da existência do contrato de emprego;

k) representante comercial não pode ser garantidor de transação comercial entre representada e o cliente, nas vendas a prazo, por expressa vedação legal (art. 33, que veda a utilização de cláusulas *del credere*).

Para **Mauricio Coutinho Delgado**<sup>102</sup>, contrato de representação mercantil é o pacto pelo qual uma pessoa se obriga a desempenhar, em caráter oneroso, não eventual e autônomo, em nome de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos para transmitir aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Os elementos caracterizadores do contrato de representação comercial, para o autor, são:

a) Que a estrutura proposta pelo novo Código Civil não alterou a estrutura do contrato de representação e, em especial, pelo seu artigo 721, que determinada como lei de regência a lei especial n. 4.886/65, trazendo assim, aos

---

<sup>102</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 594-604.

contratos de agência os mesmos efeitos do contrato de representação.

b) Não se trata de mero mandatário, pois seus atos jurídicos de conclusão dos negócios não afetam o representado, se este não deu poderes ao representante para fazê-lo. Ao atuar no processo de divulgação e vendas do produto, torna-se um colaborador jurídico em vez de simples mandatário.

c) O contrato, bilateral, oneroso, é de resultado, ao exigir o resultado útil da atividade do representante. Assim, não basta convencer o cliente, “tirar o pedido”, encaminhá-lo à representada, entregar os produtos ou serviços e, ao final, não receber. Enquanto o cliente não pagar, a comissão não é devida. O que se percebe é um contrato de resultado levado às últimas instâncias, pois o intermediário – portanto, um vendedor – só recebe se o cliente pagar, como se ele, o intermediário, tivesse responsabilidade pela concessão de crédito (que é proibida pelo art. 43, que trata da proibição da cláusula *del credere*).

d) o contrato traz um aspecto social, ao exigir indenização por denúncia vazia por parte do tomador.

e) permite a fungibilidade do prestador laboral, a dizer, um representante pode se substituir por outro, nos caso de contrato não personalíssimo.

f) com relação à forma como os serviços são prestados, para a tipificação da autonomia deve-se considerar a intensidade, a repetição e a continuidade de ordens do tomador.

g) para o vendedor externo, praticista, viajante, é necessária a insolvabilidade do comprador como fator impeditivo do pagamento da comissão. Para os contratos de representação comercial, além da insolvabilidade, basta a

inadimplência, para que as comissões não sejam pagas ou que venham a ser quitadas apenas se houver o adimplemento.

Para **Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena** os elementos característicos do contrato de relação de autônoma da representação comercial são:

a) A fluidez dos fatos e suas constantes transformações a que estão sujeitas as relações jurídicas do contrato de representação comercial, abarca todos os ângulos supostos da ambivalência subordinação-autonomia, inclusive no trabalho realizado à distância e por meio de comunicação eletrônica;

b) Com relação à dificuldade de distinção entre subordinação jurídica e autonomia, no contrato de representação, o autor menciona que *“é de se convir que a autonomia venha escavando nas áreas abertas e superiores do mercado de trabalho, sulcos profundos e extensos na subordinação, assenhoreando-se, de forma direta e oblíqua, de enormes proporções de seus terrenos, o que obriga à revisão de conceitos, à aplicação de princípios que tornem a aplicação do Direito do Trabalho mais compatível com a sua realidade atual, valendo-se do princípio da proporcionalidade entre a garantia de um ganho e o caos do desemprego”*.

VILHENA descreve a representação comercial como uma atividade precarizada, com rendimentos sofríveis, resultante da globalização.

Ora, a realidade é bem outra. Daqueles que não gozam da configuração jurídica de empregado, os mais protegidos são – exatamente - os representantes comerciais.

E muitos deles não são hipossuficientes e muito menos vulneráveis.

A questão que se coloca é outra, a da inserção de um sem número de agentes do comércio na legalidade é fruto,



muito mais da insegurança jurídica, do que da ação impiedosa de patrões (entenda-se tomadores de serviço) exploradores e gananciosos;

c) A par da subordinação, ou de falsos autônomos, VILHENA reconhece a autonomia, mesmo que mesclada com a subordinação, daqueles que exercem a intermediação, como titulares de um contrato de simples mediação ou de comissão mercantil;

d) O autor reconhece a dificuldade inicial de rotular a profissão, vez que muitos são os termos utilizados no cotidiano: preposto, agente, representante, corretor, viajante, comissário, praticista, mediador, gestor de negócios, com ou sem mandato;

e) Há concurso do mandato mercantil na representação comercial, o que não desfigura esta, mas produz os efeitos do mandato, quando outorgado pela empresa representada (parágrafo 1º, do art. 1º, da lei especial);

f) Concebe o representante como um substituto do representado, com alguém, a falar em seu nome.

g) As questões formais, como registro no órgão de classe, na prefeitura e no INSS, embora revelem indícios de representação sob o critério formal, não subsistem sobre a questão de fundo, a dizer, da forma como se desenvolvem as relações substanciais entre representante e representada.

h) Valendo-se da doutrina italiana, VILHENA perfilha quatro elementos a identificar o caráter autônomo do contrato de representação comercial: 1) a obrigação do agente de promover a conclusão dos contratos em nome do proponente; 2) a estabilidade da relação; 3) a delimitação de zona na qual o agente deve operar; 4) o direito do agente à retribuição do serviço que presta.

i) A não-eventualidade é requisito essencial e a exclusividade requisito accidental.

j) Por mais polêmica que seja a questão, afirma VILHENA que o representante tem o dever de estreita colaboração com o representado, fidelidade e de produtividade. O item produtividade traz extrema polêmica em sede trabalhista, mas é contundente o entendimento de VILHENA, lastreado nos art. 28 e 38 da lei especial: há um dever de produtividade.

k) Valendo-se, ainda, da doutrina italiana, para VILHENA, a exemplo dos demais autônomos deve a representação comercial adotar organização própria, a detenção dos meios, métodos e execução dos trabalhos, a remuneração mediante resultado útil da atividade, bem como a assunção dos riscos do negócio.

l) a autonomia exige menor tónus de ingerência de poderes empresariais sobre as atividades do prestador. Ressalta-se que tais poderes não podem interferir no modo de operar da própria representação, embora possa interferir nos assuntos ligados aos negócios entabulados em ou em fase de conclusão entre o representante e o cliente.

Para **Amauri Mascaro Nascimento**<sup>103</sup>, são elementos configuradores do contrato comercial, pelo que se deduz do item 156, de seu *Curso de Direito do Trabalho*:

a) Assume os riscos de sua atividade;

b) Detém a propriedade dos instrumentos de trabalho, embora, como a maioria dos autores, faz restrições a essa característica como elemento configurador;

c) Sua remuneração depende de resultado de trabalho imediato. Se não houver o pagamento das compras

---

<sup>103</sup> P. 425-429.

efetuadas pelo cliente, não gerará, por conseguinte, o direito ao recebimento das comissões;

d) Há o que chama de “determinação prévia das prestações singulares”, a dizer, a tipificação de seu trabalho é de intermediação de negócios em nome do representado, segundo diretrizes por este estabelecidas;

e) Para a consubstanciação da autonomia o fundamento central é o modo como a atividade é prestada.

f) A configuração da autonomia para o representante é necessário que detenha o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo os seus critérios pessoais.

g) Organiza os meios de produção ou a prestação de serviços, com resultados próprios, ao sabor de sua discricionariedade.

h) O representante tem o poder de controle e fiscalização sobre a maneira de realizar o trabalho, subordinando-se, em aspectos técnicos, à representada, em especial, ao que diz respeito aos negócios a serem entabulados com os clientes.

i) Representantes comerciais não estão sujeitos ao poder punitivo ou hierárquico, a dizer, não podem receber ordens sobre como fazer o seu trabalho, não é permitido à empresa representada qualquer tipo de advertência ou suspensão.

Para **FÁBIO ULHOA COELHO**, “a representação comercial autônoma é contrato interempresarial, isso é, constituinte de vínculos obrigacionais entre empresarial.

São características do contrato de representação comercial:

a) Contrato interempresarial, a dizer, um contrato entre empresários. Essa conceituação é de sobremaneira

relevante para o presente trabalho, que defende exatamente esta tese: a configuração da autonomia ou da empresarialidade exige – necessariamente – a configuração da figura legal de empresário, quer seja autônomo com inspiração empreendedora (neste sentido, VILHENA, acima citado), quer seja empresário nos exatos termos do art. 966, do CC/02.

b) O representante é, por mais exígua que seja sua atividade, um empresário.

c) Mesmo que o representante pessoa física ou microempresa revestida de forma de sociedade limitada, de que são sócios marido e mulher e cuja sede é a própria residência da família são, ainda assim, exercentes de atividade autônoma de natureza empresarial.

d) Um dos traços marcantes deste intermediário mercantil é a atividade de colaboração da criação ou da consolidação de mercado para os produtos do representado.

e) O representante é subordinado empresarial, mas não pessoal (vide item “f”, a seguir). Para ULHOA, há diretrizes comerciais e normas de cunho mercadológico às quais o representante se submete.

f) O representante é autônomo em relação ao empresário. A significar, assim, que não cabe à representada imiscuir-se na forma de organização e gestão de sua própria empresa de representação (local do escritório do autônomo, itinerário, horário de trabalho, gestão contábil ou financeira, adoção ou não de auxiliares (sub-representantes, p. ex.) e empregados.

g) Como profissão regulamentada, o exercício da representação exige inscrição em órgão de classe, além das demais formalidades (inscrição na prefeitura, INSS etc.).

h) A lei, embora comercial, traz aspectos sociais como a indenização, o pré-aviso, a proibição de alteração *in pejus*, o foro privilegiado, entre outros.

i) ULHOA arremata afirmando que há subordinação empresarial, que por menor que seja a empresa de representação, uma vez que ela se encontra subordinada às orientações e supervisão do representado [nos aspectos ligados a relação representante – cliente]. Se a subordinação não for empresarial, mas pessoal, o contrato não é regido pelas leis comerciais, mas pelo direito do trabalho.

De início, importante citar os arts. 27 a 29 da lei especial, que permitem melhor configurar os aspectos específicos de autonomia e empresarialidade.

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

(Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

a) condições e requisitos gerais da representação;  
b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;

c) prazo certo ou indeterminado da representação

d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação; (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;

f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;

h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes:

i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;

j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 28. O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o

andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.

Art. 29. Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado.

Do exposto pela doutrina selecionada e pelos três artigos acima transcritos, incluem-se entre os elementos configuradores do contrato de representação comercial:

a) Contrato típico, uma vez que regulado por lei, bilateral, interempresarial, consensual em tese, mas com fortes características de contrato de adesão;

b) É entendido majoritariamente pela doutrina e expresso pela própria lei, sua regência pelo direito comum e pelas normas do direito comercial;

c) Em que pese ser um contrato comercial, mercantil, empresarial, apresenta forte matiz social, tendo inspiração na própria CLT (pré-aviso, justo motivo, foro privilegiado, crédito privilegiado em caso de falência ou reparação da representada, proibição de alteração *in pejus* etc.);

d) Trata-se de contrato de resultado. Ou seja, exige o aproveitamento útil dos esforços dos profissionais ligados à representação comercial, não bastando os esforços de vendas, mas a liquidação do preço pelo cliente. O contrato, portanto, exige risco, podendo a representação empenhar seus melhores esforços e, ao final, não ser por eles recompensada (por insolvência do comprador, p. ex.);

e) O contrato deve ser escrito. É o que dispõe o art. 40 da lei específica. Na sua ausência, prova-se pelos meios legais permitidos (art. 332 e ss. do CPC).

f) Trata-se de contrato de colaboração porque há a formação de uma carteira de clientes, que são atendidos rotineiramente pelo representante.

É esperado intenso relacionamento entre representada e representante, em especial, naqueles casos onde as vendas extrapolam as fronteiras do preço estabelecido, do prazo para pagamento e entrega etc. Neste caso, eles trabalham juntos, não para um controlar o outro, mas para viabilizar proposta comercial que beneficie a ambos, representada e representante (e, em tese, o próprio cliente).

g) Trata-se de contrato de trato sucessivo, exigindo fidúcia. Mesmo em se tratando de empresa de representação de maior porte, com vários representantes, ainda assim à representação cabe zelar pelo nome, imagem, marca, integridade, além de vantagens e benefícios dos produtos ou serviços sob sua responsabilidade. Corroborando o contrato como de trato sucessivo, vale lembrar que a empresa de representação, por seus agentes, pratica atos reiterados e cotidianos em nome da representada.

h) É, em essência, um contrato de intermediação de bens e serviços do fornecedor, seja ele um fabricante ou um distribuidor.

i) É um contrato de distribuição por aproximação, pois o representante não compra o produto (embora possa ter a posse, art. 710, parte final, do CC/02), mas meramente o divulga e colhe os pedidos.

j) Há certa confusão entre os doutrinadores sobre a questão da existência de mandato na representação comercial. Se visto como a “concessão de poderes para praticar atos em nome do representado”, normalmente em



caráter gratuito, raras são as situações em que o representante é mandatário, uma vez que poucas empresas, ao menos de modo expresso, lhe permitem concluir negócios. E, precisando representar a empresa em juízo, como seu preposto, é evidente necessitar do mandato que se materializará numa procuração.

A questão do mandato está, portanto, cingida à sua qualificação. Se não onerosa, eventual, para praticar atos com alguma formalidade, como a conclusão de pedidos, representação em juízo da empresa representada, então, como mencionamos no item anterior, são raras as situações em que se verá o representante como mandatário.

Por outro lado, se adotarmos a premissa de que o contrato autoriza certos poderes ao representante, como margem de negociação do preço, prazo de pagamento, prazo de entrega, bônus, brindes, há uma espécie de mandato mercantil, pois o representante tomará determinadas decisões, dentro dos limites impostos pelas diretrizes empresariais, que a obrigarão.

Também a figura do mandato fica atenuada com relação à “conclusão dos negócios”. Na mais das vezes, é da representada o poder de aprovar o pedido ou a proposta.

No cotidiano, entretanto, a maior parte das representadas processa o pedido de forma automática, muitas vezes por meios informáticos.

Se o preenchimento do pedido estiver correto, o cliente não estiver sob restrição de crédito e houver estoque, o pedido é “automaticamente” aceito.

Não há ato formal de aceite, embora se reconheça que a responsabilidade pelo mesmo é da representada, mas sem nenhum formalismo (lembre-se que, no mais das vezes, o mandato é exteriorizado por procuração).

Assim, é atribuído ao mandato um poder que ele não tem.

Caracteriza-se a representação comercial, como *mandatário* (possui uma série de poderes, outorgados por contrato, para entabular uma série de negociações), nos ensinamentos de Sérgio Pinto Martins, acima citado, ou *mero colaborador mercantil* (já que o mandato seria não oneroso e neste caso episódico), nas palavras de Maurício Coutinho Delgado, há importância é, no mundo dos fatos, pouco relevante.

A relevância jurídica estará, também, atrelada ao mundo dos fatos, pois, se uma empresa representada, mesmo com procedimentos automáticos, vier a aceitar o pedido e depois, por alguma razão (falta de matéria prima, problemas logísticos, quebra de máquinas etc.) não vier a entregar o produto, a comissão à empresa de representação será devida.

A pretensão aqui é mostrar apenas que a denominação “colaborador jurídico” ou “mandatário” acaba não gerando maiores repercussões. Se entendermos como mandatário, em sentido mais lato, o contrato estará a conferir alguns poderes à empresa de representação. O mesmo ocorre com o “colaborador jurídico”, de modo que as denominações pouco influenciam na caracterização da representação comercial.

k) O contrato de representação é complexo porque nele atuam matizes de direito comercial, de direito civil, de direito administrativo, de direito tributário, de direito previdenciário e, por analogia, de direito do trabalho (ou de direito social, como preferem alguns doutrinadores).

l) Embora nascido com vocação para ser regido pelas normas do direito comum e do direito comercial, em especial, há elevado volume de reclamações trabalhistas,

alegando contrato de trabalho sob o véu da autonomia do contrato de representação.

m) Como a Justiça Laboral se embaralha na configuração da relação de emprego ou na relação empresarial (de trabalho), por falta de critérios mais objetivos, não chegamos, ainda, a um caos, mas a expectativa dos jurisdicionados por um mínimo de segurança jurídica incentiva empresários a arriscarem-se, do que valer-se de uma lei, que embora contenha defeitos e atecnias (no art. 44, caput, trata do crédito privilegiado do representante e no parágrafo único do mesmo artigo trata de prescrição, p. ex.), assegura alguns direitos sociais ao representante e disciplina de forma firme a relação comercial.

n) Os juízes trabalhistas, nos mais de mil acórdãos estudados, valem-se de princípios do direito laboral para decidir temas de direito empresarial, o que, aumenta o grau de incerteza entre os jurisdicionados, a ponto de gerar uma desobediência civil, em especial nas micro e pequenas empresas e desestimular a formalização dos contratos de representação comercial.

## **10. DOS ELEMENTOS EXCLUDENTES DA RELAÇÃO DE EMPREGO: INDICADORES DE AUTONOMIA E DE EMPRESARIALIDADE**

### **10.1 DA NATUREZA HÍBRIDA DA LEI**

A Lei n. 4886/65, com as alterações introduzidas pela Lei n. 8.420/92, pode ser classificada, sem maiores aprofundamentos, nos seguintes ramos do direito que mostra seu caráter híbrido e complexo:

#### **i. Direito Administrativo**

Os artigos abaixo guardam relação com o Direito Administrativo em face da natureza paraestatal dos órgãos de classe, a dizer, sobrevivem das taxas de inscrição e anualidades, emissão de identidades profissionais e serviços correlatos. Assim, temos, exemplificativamente:

a) O art. 6º, que cria os órgãos regionais e federal;

b) Dos arts. 7º a 25 e art. 47, a lei trata do funcionamento dos órgãos, da sua composição, competências, forma de eleição etc.

## **ii. Direito Tributário**

a) O art. 32, parágrafo 4º, ao dispor sobre a base de cálculo da comissão, *in verbis*: “as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias”.

Sob o aspecto tributário, a questão que se coloca é: o que significa e qual é a abrangência do conceito legal indeterminado “valor total das mercadorias”? Por exemplo, é o valor que consta da nota fiscal? O IPI é valor destacado, a dizer, anotado à parte na nota fiscal. Essa anotação “à parte” teria o condão de isentar o IPI e incluir os outros impostos?

Não pretendemos aqui adentrar à matéria, mas apenas registrar que já se encontra pacificada em diversos tribunais estaduais, mas não claramente no STJ, sobre a inclusão de impostos no valor total das mercadorias. A tendência é pela inclusão dos impostos, mas há quem defenda com veemência estar o IPI excluído.

b) Os arts. 7º, parágrafo 2º e 17 estabelecem as competências para cobrança de contribuições e emolumentos, que são espécies de tributos.

## **iii. Direito de Empresa**

a) Artigo primeiro, que regulamenta a profissão de representação comercial, determinando caráter de autonomia e empresarialidade como elementos caracterizadores;

b) Parágrafo primeiro, do art. 1º, que trata da aplicação “dos preceitos próprios da legislação comercial”, nos casos de mandato mercantil;

c) Arts 2º a 5º que tratam da condição de comerciante e das exigências para a inscrição. Embora não diga respeito ao tema em análise, vale ressaltar que o art. 5º foi considerado inconstitucional pelo STJ, uma vez que proibia o pagamento de comissões aos prestadores não inscritos no órgão de classe para realizar a intermediação mercantil.

d) Art. 27, *caput* e alguns de seus parágrafos e alíneas, que tratam dos elementos constitutivos do contrato mercantil interempresarial entre representada e representante;

e) Dos arts. 28 a 33, a lei trata de temas exclusivamente ligados ao direito empresarial, com algumas exceções que apontaremos no próximo tópico (Direito Social);

f) Dos arts. 37 a 46, exceto arts. 39, 42, parágrafo 2º, 44, parcialmente e 45, na mesma esteira do item anterior, todos ligados ao direito de empresa, com algumas raras exceções em algum inciso ou parágrafo, que serão alvo de análise no tópico seguinte (Do Direito Social);

#### **iv. Do Direito Processual Civil**

a) O art. 30 dispõe sobre a possibilidade de o representante atuar como preposto da representada em alguma ação judicial. Como observa Rubens Requião, trata-se de artigo inócuo, uma vez que o CPC já trata da matéria e, nos casos que não estejam na alçada dos Juízos Especiais Cíveis, o *jus postulandi* é reservado a advogado e não ao

representante. REQUIÃO<sup>104</sup> comenta “A representação em juízo, propriamente dita, é privativa de advogados. A lei não foi feliz na redação do artigo. (...) A lei poderia dispensar-se de invadir área processual.”

b) O art. 39 dispõe sobre a competência e o foro privilegiado do representante:

**Art. 39. Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas.**

#### **v. Do Direito Social**

Em que pesem críticas à expressão “direito social”, ela tem sido correntemente usada<sup>105</sup>, quando trata de garantias e vantagens próprias da profissão regulamentada de representação comercial.

Fortemente inspirada na CLT, a lei traz uma série de termos e garantias que lembram uma “mini CLT”, exemplos: pré-aviso; justo motivo; proibição de alteração *in pejus*; foro privilegiado para o representante; proibição de retenção de comissões, exceto nos casos de justo motivo; crédito

<sup>104</sup> *Do Representante Comercial*, p. 208-209.

<sup>105</sup> STJ e STF assim já se pronunciaram sobre o tema, à luz da Lei n. 4886/65. A título de exemplo, Recurso Especial n. 9.144/MG (registro n. 91047414), de relatoria de Nilson Naves, publicado no DJU em 01/07/1991: “(...) O que está em jogo é a lei e a lei é de caráter social, como se encontra ressaltado no RE n. 81.128, sobrepondo-se, em consequência aos pactos (...)”.

privilegiado em caso de falência e prescrição de 5 anos, a exemplo da trabalhista, sem entretanto impor prazo de dois anos após a denúncia do contrato.

Entre os artigos de caráter social da lei, podem ser enumerados:

a) O art. 1º faz referência à atividade que deve ser exercida sem relação de emprego.

b) O art. 27, j, estabelece indenização por denúncia vazia ou por iniciativa do representante, por justo motivo (art. 36).

c) O parágrafo 1º do art. 27 estabelece indenização quando o contrato for rompido pela representada antes do seu término (metade do tempo restante multiplicado pela média das comissões do período de atividade).

d) O art. 35 estabelece os casos de justo motivo para denúncia de contrato pela representada, ocasião em que não terá indenização a pagar;

e) Antecipação do pagamento de comissões, mesmo que ainda não recebidas dos compradores, no caso de denúncia vazia do contrato (art. 31, parágrafo 5º);

f) Proibição de alteração contratual em prejuízo do representante, ocasião em que lhe serão garantidas, da data da alteração em diante, comissões sobre a média auferida nos seis últimos meses, devidamente corrigidas;

g) Concessão de pré-aviso, de parte a parte, para a denúncia do contrato, ou indenização correspondente à média dos três últimos meses;

h) Embora de natureza de direito empresarial, a vedação da cláusula *del credere* é mais uma proteção legal ao representante.

O que ocorria é que, com a cláusula *del credere*, o representante, em relação à transação comercial da qual era intermediário, se tornava garantidor da mesma, uma espécie

de avalista. Se o comprador não pagasse, caberia à representação fazê-lo.

A cláusula vedada pela Lei n. 8.420/02, vigorou por mais de 26 (vinte e seis) anos, de 12/1.965 a 05/1.992.

Notícias colhidas junto ao Corcesp – Conselho dos Representantes Comerciais de São Paulo e, pessoalmente, com Rubens Edmundo Requião, que participou do projeto de lei que deu azo à Lei n. 8.420/92, dão conta que a alteração deste tópico da lei – cláusula *del credere* - em 1.992 foi imperiosa, uma vez que muitas empresas de representação foram à ruína.

Nota-se, desta forma, que a razão da alteração legislativa foi motivada por cunho mais social que empresarial.

Se o cliente não pagasse, o representante deveria pagar. Sabiamente, a legislação a partir de 1.992, em seu art. 43 vedou a cláusula de garantia, ficando assim proibido o representante de avalizar qualquer compra dos clientes da representada, da qual é intermediário.

Essas práticas ainda são entabuladas e parecem querer se eternizar, dada a cultura da impunidade, que agravada com a da sonegação produz “soluções” engenhosas, como a venda do produto para o representante e então este vende para o cliente, ou então, a assinatura de notas promissórias ou cheques pós-datados que são entregues à representada para dar suporte financeiro à venda. É evidente que são nulas tais manipulações e provada a fraude, libera-se o representante da obrigação.

i) Também para proteger a representação comercial, o artigo 36 trouxe as seguintes hipóteses em que o prestador de serviço, por sua iniciativa e diante de justo motivo, tem a prerrogativa da denuncia do contrato, para fazer jus à indenização (1/12 sobre o total das comissões



percebidas, devidamente corrigidas) além de pré-aviso, ambos indenizados.

j) O art. 45 proíbe a rescisão do contrato de representação enquanto permanecer afastado, em gozo de benefício de auxílio doença concedido pela previdência social.

Em conclusão:

a) Trata-se de lei de poucos artigos, 49 (quarenta e nove) no total. Destes, 25 (vinte e cinco) incidem de maneira mais taxativa sobre a relação representada e representação e os demais dizem respeito a competências, organização, formas de arrecadação etc. dos órgãos de classe;

b) Embora pareça uma lei despreziosa e pouco glamorosa para boa parte dos doutrinadores ligados ao assunto, a lei acabou pouco estudada e algo esquecida, não contribuindo para melhorar a qualidade das decisões judiciais;

c) Neste sentido, rendem-se homenagens a Rubens Requião, por dedicar-se a tema que não lhe daria grandes projeções no cenário jurídico.

d) Seu estudo profundo, com elementos fortes de direito comparado, mostrou que tal profissão é exercida no mundo todo, passando por Argentina, Japão, Estados Unidos, União Européia (Diretiva 653/87, portanto, com mais de 20 (vinte) anos de vigência uniforme na União Européia). Só na Alemanha, o tema é positivado há mais de 110 (cento e dez) anos.

e) A legislação que regula a profissão e o contrato de representação comercial aparenta ser simplória, embora não o seja, conforme acima demonstrado. Sua natureza híbrida traz complexidade para sua interpretação e aplicação;

f) Ao ser oscilante em suas decisões, a Justiça Laboral desencadeia insegurança no tomador do serviço. Assim, restam-lhe duas opções: a formalidade ou a

informalidade. Se optar pela informalidade, corre os riscos inerentes à ilegalidade. Se optar pela formalidade, vê-se à mercê da insegurança jurídica.

g) Dados da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e de alguns conselhos regionais de representantes, dos quais tivemos acesso por meio da Assessoria Jurídica do Corcesp – Conselho dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo, estima-se que mais de dois milhões de intermediários mercantis habitam o mercado informal, com as conseqüências funestas a que já se conhece ao habitar a ilegalidade.

h) A complexidade da lei, que adentra a campos que neste estudo foram comentados como o do direito administrativo, tributário, processual civil, previdenciário e aqueles do campo social, assemelhados ao direito do trabalho, tornando-a híbrida e requerendo cuidados na sua aplicação, daí a razão de ocuparmos algum espaço deste trabalho para traçar breves linhas sobre a hermenêutica, sem ideologizá-la, como pretende, por ex., o estudioso autor gaúcho Lenio Luiz Streck, em sua obra *Hermenêutica e(m) Crise*, carregado de intensas reflexões e de crítica contundente.

i) Dado a esse caráter multifacetado da lei, o que parece ser razoável, e Fábio Ulhoa Coelho<sup>106</sup> percebe bem o engano, é se pretender colocar numa forma mais protecionista, legislação com matizes de direito empresarial, com outros enfoques e princípios, p. ex. (a maior parte dos

---

<sup>106</sup> *Curso de Direito Comercial*, p. 113-114. Reiteramos o comentário do autor: “*Ainda hoje, há advogados e magistrados que se valem dos princípios do direito do trabalho, em especial o da tutela do hipossuficiente (...), concluindo por distorcidos pleitos e decisões. Para a adequada compreensão dos contornos da atividade de representação - e, até mesmo, para compreender os motivos ensejadores da confusão por vezes estabelecida com o regime laborista -, devem-se discutir a natureza e os requisitos do contrato (...)*”.

artigos da lei em estudo dispõe sobre as formas de intermediação).

j) ULHOA sugere que se faça a discussão da natureza e dos requisitos do contrato. Entretanto, parece-nos ser ainda mais valioso estudar, mesmo que de forma simplificada, os princípios que a regem a lei objeto do presente trabalho. É o que se passará a fazer.

## **10.2 Dos princípios de regência da lei**

Como demonstrado, a lei que regula a profissão e o contrato de representação comercial tem suas normas mais concentradas em direito empresarial, embora sejam relevantes as normas de direito social.

Assim, buscaremos no direito das obrigações, e em especial, dos contratos, elementos que sejam o manancial informador das normas de caráter mercantil ou empresarial.

Neste ponto, daremos ênfase, também, ao direito consumerista, que guarda relação com a mercancia, ou a dizer, usando a terminologia legal, as atividades de intermediação realizadas pela representação comercial.

Em seguida, ressaltaremos princípios já praticados no cotidiano do magistrado trabalhista, válidos para os aspectos sociais da lei.

Neste ponto, a nosso ver, ocorre a bifurcação.

A bifurcação a que nos referimos antes e retomamos agora é exatamente esta:

- a) Há um conjunto de normas sociais, que pretendem minimizar possível vulnerabilidade da representação comercial frente à representada;
- b) Há, na maior parte da lei, normas de caráter empresarial e como tal devem ser tratadas.

Esse entendimento é fundamental para o encaminhamento que se dará ao presente trabalho.

Há princípios distintos a serem aplicados pelo juiz trabalhista, que, também pelos nossos estudos (já reiteradamente citados neste trabalho) e experiência advocatícia, não são alvo de preocupação ou vocação do magistrado.

Há, ainda, muitos “juízes da CLT”, descurando-se de que há muito, o juiz trabalhista atua na maior parte dos ramos do direito, havendo assim, o que a doutrina convencionou chamar de “o diálogo das fontes”. Breves exemplos ilustram a abrangência das fontes legais e jurídicas de que se vale o juiz trabalhista: CC/02 quando trata da responsabilidade civil; CPC, ao tratar da prova, direito previdenciário, na execução de suas verbas, direito administrativo, ao emitir documentos para liberação de pagamentos obtidos em execução ou expropriação ou ao administrar os funcionários da vara, direito tributário ao calcular determinadas incidências de imposto de renda etc. Com o alargamento das competências advindas da EC 45/04, maior será o desdobramento do magistrado para compreender e aplicar, em especial, normas de direito civil e eventualmente, de direito de empresa.

Fran Martins<sup>107</sup> ensina que: *“(...) as regras relativas aos contratos e às obrigações do direito romano, direito de natureza civil, serviram de base aos contratos e obrigações comerciais, quando o direito mercantil começou a tomar forma, na Idade Média. Ainda hoje essa parte do direito comercial se rege pelas normas do direito civil, com pequenas restrições. E sendo o direito romano a fonte dos contratos e das obrigações do direito civil moderno, compreende-se por que, na Idade Média, ao procurar-se contratos e obrigações,*

---

<sup>107</sup> Curso de Direito Comercial, p. 3-4.

*se recorreu ao direito civil, que então como hoje era o direito comum ou geral, ao qual deveriam sujeitar-se todas as pessoas”.*

Assim, os princípios que regem a lei em estudo são:

a) De direito das obrigações e dos contratos no que se refere aos aspectos mercantis ou de intermediação. Em uma palavra, ao que se refere à negociação. O representante comercial é, na essência, um negociante, que ao convencer o cliente, faz o agenciamento de pedidos e propostas em nome de outrem, é assim, um terceiro, um “*longa manus*”.

b) Já citados, os artigos da lei são inúmeros, como os que exigem informações de mercado, do próprio cliente e da concorrência, além de atuação com vistas à EXPANSÃO DOS NEGÓCIOS do representado; a obediência às diretrizes de política comercial: preço, descontos, prazos para pagamento, prazo para entrega, local de entrega, bônus, campanhas, promoções, forma de transmissão e encaminhamento dos pedidos, zona de atuação, desconto de duplicatas, benefícios da lei de recuperação de empresas e de falência (Lei n. 11.101/05) etc.

c) Há, também, os princípios ligados aos aspectos sociais da lei, cuja fonte é o direito do trabalho e o consumerista.

d) Com relação ao direito do trabalho, incluem-se o pré-aviso, o justo motivo, a proibição da alteração *in pejus* etc.

e) Com relação ao consumerista, temos a responsabilidade objetiva da representada. Importante ressaltar que, se a representação comercial, no afã de “*empurrar o produto*”, faz propaganda enganosa, responde pelo ato ilícito, quer por chamamento ao processo, quer por ação regressiva.

f) Ressalta-se que, se configurada a relação de emprego, as normas protetivas do direito do trabalho são os princípios de regência, conforme exposto na Parte I deste trabalho.

Os princípios que regem a lei especial em estudo são:

**a) De natureza civil ou empresarial:**

a.1) *Autonomia privada*, a dizer, da autonomia da vontade mitigada, que se submete a costumes e às leis que vigem para aquela operação mercantil.

a.2) *Da boa-fé objetiva*, que inclui, entre tantos outros, a mútua proteção, o dever de não concorrência;

a.3) *Da eqüidade contratual*. Em tese, como já afirmamos ao longo deste trabalho, o contrato de representação é consensual, embora, no cotidiano, os contratos tendem a ser de adesão, onde o poder de negociação da empresa de representação não vai além da área de atuação (arts. 27; 32, parágrafo 7º; 34 a 37, p. ex.);

a.4) *Da conservação do contrato* (art. 27,j e parágrafos 1º a 3º e 34, p. ex.);

a.5) *Da equivalência contratual* (art. 27; 32, parágrafos 5º e 7º; 33, 35 a 37, p. ex.);

a.6) *Da transparência e da informação* (art. 28 e 30, p. ex.);

a.7) *Da solidariedade*, em especial, por tratar-se de um contrato de colaboração (art. 28 e 38, p. ex.);

a.8) *Da função social*, em especial pelo alicerce dos princípios constitucionais da finalidade social da propriedade e do fim social da livre iniciativa, que transbordam as fronteiras organizacionais, para exigir eticidade nos negócios, quer da representada, quer do representante (art. 28 e 38, p. ex.);

**b) de natureza social:**

b.1) *da vulnerabilidade da representação comercial*, como regra (art. 27 *caput* e todas as alíneas e parágrafos, em especial, alínea “j”, que trata da indenização; 32, parágrafos 2º, 3º 5º e 7º, p. ex.);

b.2) *da proteção dos rendimentos e do tratamento igualitário* (art. 32, parágrafo 7º; art. 34 a 37, em especial art. 36, alínea “c”);

b.3) *da proteção ao afastado pela previdência social* e em gozo dos benefícios inerentes (art. 45);

b.4) *Da não-eventualidade*, equivalente ao princípio da conservação dos contratos do CC/02 (art. 27,j e parágrafos 1º a 3º e 34, p. ex.);

### **10.3 Da metodologia para a aplicação dos indicadores**

Alguns autores sugerem uma metodologia, ou ao menos, alguns passos para se reconhecer quando se trata de autônomo ou empresário e quando se trata de empregado.

Valer-nos-emos dos ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento, Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena e Fábio Ulhoa Coelho.

**Amauri Mascaro Nascimento**<sup>108</sup>, após descrever um quadro caótico na aplicação da lei, sugere que: “(...) a primeira tarefa do intérprete será, por exclusão, verificar se estão afastados os elementos configuradores da condição de empregado. Convencendo-se que sim [que estão excluídos os elementos que configuram a relação de emprego], então examinará o contrato escrito da representação comercial e não aplicará a legislação trabalhista, o que explica a desorientação da jurisprudência, que ora interpreta, numa questão, que o

---

<sup>108</sup> *Curso de Direito do Trabalho*, p. 343-344.

*contrato é de representação comercial, ora que é uma relação de emprego”.*

O método proposto pode ser assim resumido:

1. Analisa-se se não há subordinação jurídica e infungibilidade do prestador dos serviços de intermediação;

2. Verifica-se se há configuração de pessoa jurídica regular, com exclusão do que prevê o art. 9º (fraude, desvirtuamento etc.);

3. Verifica se o contrato é oneroso e não eventual, embora sejam características comuns. Não se enquadrando nestes dois requisitos, pode-se tratar de temporário, avulso, eventual, trabalho beneficente etc., o que não implicaria relação de emprego, nem de representação comercial autônoma.

4. Afastados os três itens acima, o magistrado reconhecerá tratar-se de um contrato autônomo, no caso, aplicável a lei específica.

A crítica que se pode fazer ao método é: *como saber se há subordinação jurídica ou não?* Aí está a chamada zona cinzenta entre as figuras do autônomo e do empresário em relação à do empregado. A indagação permanece: trata-se de uma aporia?

Para **Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena**<sup>109</sup> *“pode-se afirmar que o elemento básico, que se encontra na raiz de quaisquer negócios jurídicos analógicos à representação comercial autônoma (...) e o contrato de trabalho, consubstancia-se na atividade substantiva do prestador, que, pelo ou para o titular do negócio principal, pratica atos materiais, ou materiais jurídicos, a quem cabem, direta ou indiretamente, total ou parcialmente, seus resultados principais. Sobre o dado permanente da intermediação, variam*

---

<sup>109</sup> *Relação de Emprego. Estrutura e Supostos*, p. 552-53



*as formas jurídicas da prestação que se diversificam segundo a imputação dos riscos e dos resultados ou segundo o grau de intervenção da vontade do credor (...) da obrigação na atividade do prestador”*. (O grifo e os destaques são nossos).

Em síntese, podemos extrair do método proposto por VILHENA:

1. *A análise da atividade substantiva do prestador*. Cabe aqui ressaltar que a atividade substantiva é a intermediação de negócios ou a preparação dos negócios. Se a atividade substantiva do prestador for, por exemplo, cobrar mais que intermediar, poderá estar-se fora do que VILHENA chama de “atividade substantiva do prestador”. A colaboração é prevista (art. 38 da lei especial), não o seu desvirtuamento.

2. A segunda parte do método proposto, e que é crucial na visão do autor, é *o grau de intervenção do tomador dos serviços nas atividades exercidas pelo prestador*.

A primeira parte do método, que trata da “atividade substantiva do prestador” é extremamente útil ao magistrado para descaracterizar o contrato de representação comercial, quando, p. ex., o representante ocupa a maior parte do seu tempo preenchendo cadastros e fazendo cobrança. A sua proposta de “exclusão”, neste ponto, estará realizada. Entretanto, não se saberá, ainda, tratar-se de um prestador de serviços autônomos ou subordinados.

A segunda parte do método se propõe, então, a adentrar ao grau de densidade de ordens do tomador na esfera do prestador.

Para VILHENA quanto maior a regulamentação, maior a ingerência e, portanto, maior a probabilidade da subordinação.

Cabe aqui fazer uma correção de rumo. A quantidade de diretivas não é relevante, se ligada ao negócio, à venda, ao agenciamento, à prestação de serviços ao cliente.

Neste ponto, a representação comercial está à mercê da representada e não há nenhuma razão para se coibir intensa interação e colaboração com vistas à busca de resultados comuns: vender, com rentabilidade, para determinado cliente!

O que o método Vilhena pode desnudar, e o autor insiste neste ponto ao longo das páginas dedicadas ao assunto, é a proibição, ou o grau mínimo de ingerência, na maneira de trabalhar do prestador de serviço. Em outras palavras, cabe exclusivamente ao prestador decidir se irá valer-se ou não de auxiliares, se alugará ou não um escritório, se trabalhará de manhã, à tarde ou o dia todo, se irá primeiro à cidade A ou à cidade B, se utilizará ou não de meios informáticos etc.

**Fábio Ulhoa Coelho**<sup>110</sup> admite dois tipos de subordinação, a empresarial e a pessoal.

Ocorre a subordinação empresarial em contratos de colaboração, a dizer, ela é intrínseca a eles (distribuidores, revendedores, concessionários, comissários, franquia, licença de marca, agenciamento de publicidade, agentes de comércio e distribuição), pois dirigida ao negócio, a dizer: há uma intensa colaboração e interação, parte a parte, para a expansão dos negócios.

A subordinação pessoal, em qualquer tipo de contrato, mesmo os de colaboração, leva à configuração da relação de emprego, pois o tomador acaba se imiscuindo na forma de gestão e discricionariedade do prestador do serviço.

Para ULHOA os contratos de colaboração empresarial podem se relacionar ao escoamento de mercadorias, onde um dos contratantes (empresário colaborador) se obriga a criar, consolidar ou ampliar o

---

<sup>110</sup> *Curso de Direito Comercial*. Vol. 3, p. 92-100.

mercado para o produto do outro contratante (empresário fornecedor).

Dois são os tipos de distribuição dos produtos ou serviços, distribuição-intermediação e distribuição-aproximação.

Na distribuição-intermediação estamos falando da revenda, que participa da cadeia de consumo, adquirindo o bem e para adicionar suas despesas e lucro e revendê-lo.

Na distribuição-aproximação se encaixa o agente de comércio, ou representante comercial, cujo papel é o preparar a venda, de aproximar as partes e de angariar o pedido.

Para que exista a colaboração, ensina ULHOA, é necessária a orientação geral por conta de um dos contratantes (fornecedor), à qual forçosamente se submete o outro (colaborador).

As partes devem manter plena autonomia como sujeitos de direito, e muitos dos aspectos da organização empresarial são definidos exclusivamente por ele, o prestador do serviço, sem nenhuma ingerência do fornecedor, *in casu*, a empresa representada.

A depender do tipo de contrato, verifica-se uma gradação na subordinação, uma certa dependência de uma das empresas envolvidas na colaboração (o colaborador-prestador, o representante comercial, no caso), em face de outra (o colaborador-fornecedor, a empresa representada, no caso dos nossos estudos).

Essa particularidade pode levar ao debate sobre a natureza empresarial, mercantil ou trabalhista, em especial quando se tratar de representação comercial.

A metodologia proposta por ULHOA separa a distribuição-intermediação, que são revendas, franquias, concessionárias etc., e que fogem ao objeto de nosso estudo.

Interessa às análises ligadas a metodologia a que nos propomos oferecer, o que diz respeito à distribuição-aproximação, ou seja, da representação comercial.

Neste caso, ULHOA admite uma gradação de subordinação empresarial, mas entende que deve ser mantida a independência da representação enquanto sujeito de direito, no que tange a sua organização e forma de operação, admitindo aí alguma interferência, como é o caso da exigência, pelo tomador do serviço, de determinadas técnicas de divulgação, operação, aparência, layout, preço, abatimentos, prazos, forma de tratar o cliente etc.

Embora o estudo se dirija a todos os profissionais que militam com o Direito, sejam eles os ditos operadores do direito, juristas em geral, magistrados, advogados, promotores, procuradores, professores, escritores, consultores etc., ele também tem a pretensão de alcançar os jurisdicionados, em especial o agente de comércio ou representante comercial e a representada, empresa esta que toma os serviços de intermediação.

Para a descrição dos passos da metodologia proposta ter-se-á em mente o magistrado, com as ressalvas do parágrafo anterior, a fim de propiciar um enfoque específico, mas que aproveita aos demais profissionais e estudantes da área jurídica, bem como ao representante ou agente e à representada.

Com base nesses estudos a metodologia proposta é a que segue:

### **Passo 1. Da competência: a questão da pessoa jurídica como postulante a relação de emprego.**

Como o trabalho não pretende discutir questões processuais, mas apenas tipificar algumas figuras jurídicas,

não se adentrará ao tema dos pressupostos e condições da ação, mas apenas tangenciaremos a questão da competência.

Nas controvérsias que envolvam representantes que postulam direitos como se empregados fossem, o passo inicial é o de verificar se uma das figuras típicas em estudo estão presentes (empregado, autônomo ou empresário): aquele que atuava (ou atua) como representante alegará uma série de fatos que julga conduzem-no à figura típica de empregado. Neste ponto, antes da verificação das questões de mérito, como a onerosidade do contrato, a subordinação e não-eventualidade, um ponto que clama por redobrada atenção é tratar-se ou não de pessoa jurídica.

Se acaso o reclamante apresentar-se como pessoa física, entabulando a ação em seu nome pessoal, não restará ao magistrado alternativa, senão a instrução do feito para, ao final, verificar tratar-se de empregado ou autônomo.

Pode o reclamante, por outro lado, apresentar-se como pessoa jurídica.

Como o presente trabalho não pretende discutir se a representação comercial foi atraída para a competência da justiça trabalhista, em função da EC 45/04, não se tratará do tema, visto que apenas queremos verificar a existência das figuras típicas do empregado, do autônomo ou do empresário. Uma vez tipificadas, então poder-se-á discutir a competência.

Para a figura típica do empregado, não há qualquer celeuma, ela é da competência da justiça laboral (art. 114, I, CF/88 e arts. 2º e 3º da CLT).

Se for o caso da figura típica do autônomo, em interpretação ampliativa da expressão “relação de trabalho”, a competência seria, também, da Justiça Laboral. Há, entretanto, vários doutrinadores que entendem de forma diversa e nos reservamos não adentrar à matéria.

No que tange à pessoa jurídica é certo que não poderá, com já afirmamos, reivindicar relação de emprego. A questão é se a pessoa jurídica pode estar incluída na “relação de trabalho”. Embora uma ampla maioria, tanto na doutrina, como na jurisprudência, insista que se pessoa jurídica for, sem vícios que a desnaturem, a competência é da justiça comum.

Há alguns poucos doutrinadores, entretanto, que começam a admitir, na relação de trabalho, a inclusão da pessoa jurídica, assunto ao qual também não adentraremos, por fugir ao escopo do trabalho.

Se o representante admite ser pessoa jurídica, na qualificação coloca o CNPJ, a sede da empresa, junta a inscrição no órgão de classe e a letra inicial de sua inscrição é “j”, a indicar pessoa jurídica para o Core – Conselho Estadual dos Representantes Comerciais e, entendendo o magistrado que a EC 45/04 não trouxe para a competência da justiça trabalhista as pessoas jurídicas de que trata a Lei n. 4.886/65, pelo princípio da instrumentalidade das formas, deverá declinar, de ofício, da competência, que é absoluta, e encaminhar a lide à Justiça Comum.

## **Passo 2. Da ineficácia dos critérios formais da representação comercial para a configuração da relação de emprego.**

Parte da jurisprudência entende que, em não se provando a relação de emprego de forma robusta, deve-se valer dos critérios formais.

Entre os critérios formais incluem a inscrição:

- a) Na prefeitura do município onde atua o representante;
- b) Inscrição no órgão de classe;
- c) Inscrição junto ao INSS;

d) Contrato de representação comercial.

Atuam na configuração de emprego os princípios da prevalência da realidade sobre a forma, mais conhecido como princípio da primazia da realidade e o questionado princípio do “*in dúbio pro misero*”.

O TST tem sido firme na aplicação do princípio da primazia da realidade, distribuindo corretamente o ônus da prova e até mesmo determinando sua inversão, para que a representada/reclamada junte aos autos provas que o representante/reclamante não tem condição de fazê-lo, como é o caso de relatórios informatizados que possam demonstrar a existência de controle, ou não, do trabalho à distância (teletrabalho).

Por outro lado, diversas turmas de alguns tribunais regionais têm-se valido de uma interpretação reducionista para a configuração do vínculo de emprego, afastando o princípio da prevalência da realidade sobre a forma e aceitando a inexistência de inscrição no órgão de classe, a falta de contrato escrito etc. como motivos suficientes para ensejar a relação de emprego.

Também atua o desgastado e pouco aceito princípio “*in dúbio pro misero*”, que informa, em havendo dúvida, deve-se decidir em favor do reconhecimento da relação de emprego, mais favorável ao postulante.

Os princípios trabalhistas e a teoria geral da prova, se observados, levariam a negar a relação de emprego ou devolveriam o processo à primeira instância para ampliar a instrução, mediante colheita de provas mais eficazes.

Cabe ainda ressaltar que o representante comercial, autônomo ou empresário, nem sempre é a parte vulnerável ou hipossuficiente.

### **Passo 3: Da aplicação dos indicadores**

Os indicadores, tratados no próximo tópico, tem como premissas:

a) A aceitação dos princípios informadores do direito das obrigações e dos contratos, para a análise das provas de cunho de direito de empresa, a que preferimos aqui chamar de “*aspectos negociais*”, ou seja, aquelas ligadas às negociações para o agenciamento de pedidos ou propostas.

b) Tratar-se de um contrato de colaboração, onde as partes mutuamente se apóiam para a busca de um mesmo objetivo: a venda, o escoamento de produtos e serviços da empresa representada. E, por se tratar de um contrato de colaboração, e da sua essência que haja interação entre as partes.

Por mais absurdo que pareça, há turmas de determinados tribunais que entendem como fato configurador da relação de emprego a existência de reuniões entre o representante e a representada.

Ora, se é da essência do contrato de colaboração que as partes tenham intensa interação para formular propostas que lhe dêem vantagem competitiva à representada para realizar a venda que é o objetivo maior da intermediação feita pela representação comercial, e é este mesmo representante o detentor de informações para a especificação da proposta a ser apresentada ao cliente, então, como não permitir que eles se falem?

c) A obediência por parte do prestador do serviço de intermediação, o representante comercial, das diretivas e diretrizes comerciais é um dever legal e, normalmente, contratual. Neste aspecto, a lei é categórica e, enquanto não considerada inconstitucional, ela está no mundo jurídico e deve ser respeitada.



Para ULHOA, já citado, há subordinação empresarial.

A palavra subordinação pode ser substituída por coordenação, haja vista que, na representação comercial, em função de suas peculiaridades e do trabalho à distância, como regra, há intensa troca de informações entre as partes, não se configurando exatamente uma subordinação (do latim, *sub + ordinare*, estar sob as ordens de outrem), mas sim, de um trabalho conjunto, onde o representante tem informações mais privilegiadas e atualizadas do mercado, da concorrência e do cliente. Essas informações alimentam a representada, que pode melhor avaliar suas possibilidades comerciais, operacionais, financeiras etc. para, em conjunto com o representante, avaliar as alternativas que permitam um ganho conjunto.

Deste embate, nasce uma proposta, que pode redundar num pedido. Impedir este embate, essa discussão, essa troca de informações, é proibir ou dificultar o representante de intermediar, de negociar, de transigir, de vender.

O judiciário trabalhista, por um viés protecionista, deixa de enxergar o mundo dos negócios sob a ótica empresarial, acabando por prejudicar quem deveria proteger.

#### **d) A subordinação como excludente da autonomia e da empresarialidade**

Os indicadores apresentados a seguir excluem a subordinação jurídica, permitindo o reconhecimento da autonomia ou da empresarialidade.

Isso se deve porque, sob o alicerce dos princípios constitucionais da função social da propriedade e do fim social do trabalho e da livre iniciativa, bem como sob a égide dos princípios ligados ao Direito das Obrigações, e em especial,

dos Contratos, deve o magistrado se guiar para excluir a subordinação e fazer prevalecer a autonomia ou a empresarialidade.

A dizer e a enfatizar: não se propõe que o magistrado atue à luz de princípios protecionistas para analisar os contratos de representação comercial, mas à luz dos princípios do Direito de Empresa e do Direito das Obrigações e dos Contratos, cujos alicerces se assentam, em especial, na lealdade, boa-fé e fim social do contrato.

Os indicadores, construídos pela pesquisa de quase mil acórdãos e mais de cinquenta autores de obras que versam sobre o tema, são norteados pelos princípios acima mencionados e prevalecem se observadas as premissas que estão colocadas.

Por outro lado, constatado pelo magistrado a sua ineficácia, ou seja, tais indicadores não atendem ao que as provas indicam, então vigoram os princípios do Direito do Trabalho, entre eles, o princípio da proteção ao trabalhador, que é a parte mais vulnerável numa relação de emprego.

Passa a vigor, também, as premissas para a subordinação jurídica, advindas do poder diretivo do empregador, que se conjugam por três poderes, o organizativo, o de fiscalização e o disciplinar.

É importante notar que, ao contrário do que pretende Amauri Mascaro Nascimento, não é possível primeiro verificar a autonomia e, se inexistir, então se poderia constatar a subordinação, por exclusão. O que se estaria a fazer seria uma análise em bloco, um “bloco de fatos a indicar a autonomia” e, não sendo robusto o suficiente, então se analisaria “o bloco de fatos a indicar a relação de emprego”. Uma vez constatada, se tipificaria a figura jurídica do empregado.

O método que ora se propõe não é um método de “blocos”, mas, sim, do confronto individualizado das diversas provas produzidas e da sua catalogação. O processo de exclusão se faz, conforme se propõe, a cada fato trazido ao conhecimento do magistrado.

Exemplificativamente, teríamos:

“O fato A” indica subordinação;

“O fato B” indica autonomia;

“O fato C” indica empresarialidade;

“O fato D” indica autonomia,

“O fato E” indica subordinação e assim por diante, num processo contínuo. No sopesar dos indicadores, concluir-se-á pela figura típica que se está a tratar.

Outra questão relevante para os indicadores é a sua densidade, ou a capacidade de, por si só, indicar a figura do empregado, p. ex. Suponhamos que o “representante” atuasse sob ordens de como realizar o seu trabalho e apresentasse relatório de visitas, com os respectivos horários e clientes contatados. Esse indicador, por si só, configuraria a subordinação e, somado aos demais elementos de tipificadores de empregado, seria, portanto, reconhecida a relação de emprego.

Haverá, assim, diferentes graus de densidade dos indicadores, quer sejam eles conclusivos por si mesmos, quer sejam um dado circunstancial, que exige juntar-se a outros para, então, levar a conclusão de determinada figura típica.

O trabalho apresentará, também, analogia às cores, já que o presente estudo pretende reduzir ou trazer elementos que permitam diminuir tal “zona cinzenta”.

Utilizar-se-á, apenas para fins didáticos e simbólicos, as cores: branca, prata, cinza, chumbo e preta, a indicar:

- a) Subordinação, cor branca;
- b) Circunstâncias de mediana densidade, a indicar subordinação, cor prata;
- c) Circunstâncias que indicam dúvida, cor cinza;
- d) Circunstâncias de mediana densidade, a indicar autonomia ou empresarialidade, cor chumbo.
- e) Autonomia ou empresarialidade, cor preta.

#### **10.4 Dos indicadores e suas justificativas**

**Marly Antonieta Cardone**<sup>111</sup>, em sua obra *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho*, primeira edição na década de 1970, procurou listar, para diferenciar dos viajantes e pracistas, empregados, e regulados, além da CLT, pela Lei n. 3.207/57, uma série de indicadores da relação de emprego.

CARDONE classificou em três tipos:

- 1) Elementos de certeza, como a obediência a regulamento de empresa e fixação de horários de viagem pela tomadora dos serviços;
- 2) Elementos excludentes, como o pagamento do ISS e o registro no órgão de classe;
- 3) Elementos de indício, como o uso de papel timbrado da empresa e utilização de material da empresa, p. ex., de talonário de pedidos.

A classificação proposta pela autora, que tem origem na doutrina argentina, em especial em Mario L. Deveali<sup>112</sup>. A lista da autora ainda é citada por diversos doutrinadores, como Alice Monteiro de Barros<sup>113</sup> e a jurisprudência também é farta ao utilizá-los, mesmo desprovidos de nexos de realidade e perdidos no tempo.

---

<sup>111</sup> P. 32-37.

<sup>112</sup> *Lineamentos de Derecho del Trabajo*, p. 361-388.

<sup>113</sup> Curso de Direito do Trabalho, p. 484.

Como veremos, tais elementos são inservíveis quando cotejados com a evolução tecnológica e dos negócios, em pleno século XXI.

Vejamos a classificação pioneira de CARDONE e algum exemplo mais substantivo:

1. *Elementos de certeza*: p. ex., obediência a métodos de vendas da empresa.

O exemplo citado pode até ser um “elemento de indício”, jamais de certeza.

Há produtos cuja complexidade demanda instruções do tomador do serviço para que a venda seja feita.

Venda, afirma Marly A. Cardone, “é transferir, em nome próprio ou alheio, o domínio de determinada coisa, por preço certo”. Importante notar que nem sempre a venda é concluída pelo vendedor ou pela representação comercial, mas pela empresa fornecedora. Daí a se falar em “angariar pedidos”, “agenciar propostas” etc.

É assim com determinados fármacos, softwares e até mesmo produtos menos sofisticados, como é o caso da construção civil. Neste último segmento, a aplicação de vedantes, onde não é preciso destruir para reconstruir (quebrar a parede e refazê-la, p. ex.); a aplicação de reboco chamado “camada sobre camada” que, se o vendedor não souber das suas características, vantagens e aplicabilidade, não venderá.

2. *Elementos de indício*. A autora lista, p. ex., o uso de papel timbrado da empresa, bem como pastas, talões de pedidos, lápis etc.

Além da ausência de qualquer nexos causal com subordinação ou autonomia, o “elemento de indício” apontado neste exemplo perdeu-se no tempo (a editora LTR afirma que a primeira edição se deu no início da década de 1970 e a obra deve ter sido escrita no final dos anos 60).

Desde pequenas empresas de calçados, confecção, artesanato, até grandes corporações têxteis, de manufatura, de confecção, atacadistas etc., observaremos que a quantidade de produtos, serviços e respectivas especificações é gigantesca e se altera a todo momento. Ora não se tem o item em estoque, ora o preço se altera, ora se tem promoções, ora o prazo de entrega pode ser reduzido ou postergado.

Com o advento da informática, da internet e dos celulares, tornou-se impraticável para médias e grandes empresas operacionalizar uma venda a ser transcrita em talões de papel, com cópias em carbono e ainda, o talonário deve ser da representação comercial e não da tomadora do serviço. Se o talonário for da tomadora de serviço, seria reconhecida a relação de emprego!

A primeira pergunta que se faz é: se o talonário (supondo existir em papel, o que é a minoria) fosse da representada, isto indicaria relação de emprego? Indicaria que a representação está cumprindo ordens ou sendo fiscalizada porque usa um talonário da empresa representada?

Uma pequena fabricante de calçados, suponhamos, produzirá sapatos femininos, masculinos e infantis. Também poderá fabricar sandálias, chinelos e botas. Os produtos serão numerados de acordo com o tamanho (número trinta, por exemplo, para uma criança, número quarenta, p. ex., para um adulto). Imaginemos as combinações por tipo de calçado, tamanho, modelo, tipo de material, tipo de solado etc. Uma pequena fábrica, como exemplificado, poderá chegar a ter mais de mil itens.

Pergunta-se: o que justificaria não utilizar os meios informáticos e de comunicação à distância para angariar o pedido e para transmiti-lo à empresa representada?

Como se vê, o indicador (uso de talonário próprio), além de desatualizado, prejudicaria o cliente, a empresa representada e a empresa representante.

Ainda neste caso, há inúmeros vendedores, senão a maioria, que usam canetas com o logotipo da empresa, porque elas são utilizadas também como brinde. Muitos usam camiseta da representada, porque estes itens também são itens oferecidos como brinde a balconistas das lojas.

3. *Elementos excludentes*, p. ex., pagamento de imposto sobre serviços e registro no órgão de classe.

Pagar o ISS e a anuidade do conselho nunca foram elementos excludentes.

O raciocínio é simples: pode a representação pagar o ISS e a anuidade do conselho e receber ordens da empresa que representa.

Não há como conceber como elementos excludentes os aspectos formais da representação, a indicar sua regularidade, uma vez que, pelo princípio da primazia da realidade e pela aplicação do art. 9º da CLT, as provas poderão indicar que o “representante” recebia ordens, tinha horário pré-estabelecido pela tomadora e que havia pouca ou nenhuma discricionariedade para gerir seu próprio negócio.

Como se pode constatar, os itens citados não podem ser vistos como excludentes, pois não guardam nenhuma relação entre subordinação, de um lado, e autonomia ou empresarialidade, de outro.

Assim, embora útil alguns dos elementos indicados pelo trabalho pioneiro da autora, a maior parte deles se perderam no tempo. E, ainda, na maior parte das vezes, não guardam nexos causais com os requisitos para a tipificação das figuras jurídicas de empregado, autônomo e empresário.

Vários outros autores também ensaiam listas de fatores que identificam o empregado ou o autônomo. Na maior

parte das vezes, são frutos de sua experiência como magistrado, advogado ou estudioso do assunto. Não foi encontrada, entretanto, qualquer outra lista estruturada, além da preparada por Marly A. Cardone.

Assim, o que se propõe é elencar indicadores que sejam contemporâneos, que respeitem a evolução tecnológica e que classifique a representação comercial como atividade empresarial e autônoma, com diferenças substanciais em relação ao empregado.

Também vale ressaltar que serão observadas as premissas já enunciadas, entre elas, os princípios oriundos do Direito das Obrigações e dos Contratos e os aspectos híbridos da Lei n. 4.886/65, em especial do direito empresarial e do “direito social”.

Como já mencionado, os indicadores estarão classificados da seguinte forma: indicador de subordinação, cor branca; circunstâncias de mediana densidade, a indicar subordinação, cor prata; circunstâncias que indicam dúvida, portanto a densidade caberá ao magistrado decidir, ao cotejar e sopesar as provas trazidas aos autos, cor cinza; circunstâncias de mediana densidade a indicar autonomia ou empresarialidade, cor chumbo e, por último, indicador de autonomia ou empresarialidade, cor preta.

Importante lembrar, como já se ressaltou, não se tratar de lista terminativa de indicadores.

De início, serão tratadas as circunstâncias que tem o condão de excluir a autonomia e a empresarialidade, levando a concluir pela subordinação que, se presentes os demais elementos, teremos então a tipificação de empregado.

### **1. Indicador de alta densidade, a configurar subordinação:**

#### *1.1 Poder de organização*



a) definição de itinerários, pela representada, de forma cotidiana;

b) emissão regular, pela representada, de lista de visitas a clientes, com horários pré-determinados (muitas vezes elaborados por área de telemarketing);

c) custear as despesas do processo de vendas (eliminando o risco que é inerente à atividade empresarial ou autônoma), seja por meio de valor fixo, ajuda de custo, ou antecipação regular de comissões não vinculadas às vendas realizadas;

d) definir horário de trabalho do representante;

e) exigir a presença física do representante nas dependências da empresa, quer por algum período de tempo, como de manhã e a tarde, quer seja integralmente (dia inteiro).

f) estabelecer local de trabalho nas dependências da empresa para o representante, bem como, oferecer os instrumentos de trabalho, tais como telefone, computador e internet.

### *1.2 Poder de controle*

a) exigir, de forma não eventual, relatório de visitas, com relação de horários e clientes visitados;

b) exigir cumprimento a regulamento de empresa (não se incluindo, por evidente, procedimento para captação e transmissão de pedidos);

c) dar ordens para fazer ou deixar de fazer alguma atividade ligada à gestão do próprio negócio da representação, imiscuindo o tomador, na forma de autogovernar do prestador;

### *1.3 Poder disciplinar*

a) advertir ou dar broncas no representante, em função do desempenho das suas atividades. A avaliar, no caso, a intensidade e a freqüência como ocorreram. Se

regulares ou se a maneira de se dirigir ao representante exigir postura de submissão do mesmo, restaria configurada a subordinação;

b) realizar “avaliação de desempenho”, com ênfase para a maneira de trabalhar da representação, e forma de utilização do tempo e da elaboração de itinerários;

c) realizar convenções ou congressos de vendas para comparar, publicamente, a produtividade de cada representação, de modo a constranger aqueles com menor rendimento, utilizando tais comparações, desta forma, para fins punitivos.

ULHOA e VILHENA, já citados, aditem controle de produtividade, cujo enfoque é o resultado das vendas na região, em comparação com a concorrência, ou ainda, por dados históricos (análise da evolução das vendas, verificação de períodos de baixa e alta estação etc.) e cujas finalidades não são punitivas, mas que vise a entabular estratégias para o aumento dos negócios em tais regiões. Neste caso, estaria excluída a subordinação.

**2. Circunstâncias de mediana densidade**, não suficientes, por si mesmas, a indicar subordinação. A circunstância está, então, a depender de outros elementos.

### *2.1 Poder de organização*

*a) Eventual ajuda de custo ou de adiantamento de comissões.*

Importante observar se tais circunstâncias têm o condão de desfigurar o risco inerente à atividade empresarial da representação comercial. Exemplo: a cada três meses, a representada adianta mil reais por conta de comissões, independente da existência ou não de vendas efetivadas naquele período. Neste caso, estar-se-á minimizando riscos da atividade própria da representação, que inclui o custeio do processo de vendas;

b) *Custeio parcial ou integral de instrumentos de trabalho.*

Muitas vezes, por economia de escala, a representada obtém junto a uma operadora de telefonia celular, p. ex., vantagens com relação à aquisição do equipamento e do custo de transmissão de dados e voz;

Se a representada, no caso, é mera intermediária, esforçando-se para trazer uma economia para a representação, não se está a indicar subordinação. Por outro lado, se a representada, além de conseguir a vantagem (redução de custos de telefonia), participa ou paga todas as despesas, então estamos diante de uma circunstância de mediana densidade para a configuração da relação de emprego.

c) *Concessão de contador da empresa para a escrituração fiscal e contábil da representação.*

Nada impede a representada de indicar um bom contador ao representante, já a utilização do contador da própria reclamada pode aparentar fraude e, com base no art. 9º da CLT, caberá ao magistrado uma análise mais minuciosa;

d) *Coincidência de datas entre a abertura da empresa ou da inscrição do autônomo com o início das atividades de representação.*

Quando se constata que o registro no órgão de classe, na prefeitura, no registro civil de pessoas jurídicas (sociedades empresárias) são coincidentes com o início da prestação de serviços de intermediação, deve o magistrado verificar a possibilidade de fraude, onde um contrato de representação autônoma nada mais é que um véu a disfarçar, dissimular, esconder, uma relação de trabalho.

Não há qualquer ilicitude na coincidência de datas, mas há casos detectados pela jurisprudência onde tais

circunstâncias relevaram-se fraudes a encobrir contratos de trabalho;

*e) Vendedores empregados que passam a atuar como representantes comerciais autônomos.*

Neste caso, em tese, não se estaria diante de nenhum ilícito.

A questão a verificar é se as condições pelas quais a representação foi concedida está a indicar melhoria significativa de ganhos e de oportunidade de progresso.

Normalmente, quando feita em grande quantidade, pode revelar fraude. Noticiamos caso da Xerox, na obra *Representação Comercial e Distribuição*, em artigo de nossa autoria, onde, segundo a relatora do acórdão, já havia mais de cem decisões, da mesma empresa, anulando a passagem de empregado para representante e ordenando o retorno à condição de empregado<sup>114</sup>;

*f) Elevada ingerência do modo de conduzir o processo de vendas.*

Esta questão é algo delicada e merece cuidados. Vendas triviais, p. ex., de commodities ou de produtos padronizados, não requerem qualquer interferência do tomador do serviço, a empresa representada. Assim, a ingerência ou até a elaboração de um manual de vendas poderia ser tido como forma de invasão na maneira de trabalhar da representação.

Por outro lado, a complexidade dos produtos, processos, serviços e das soluções, crescem de tal maneira, que muitos deles exigem treinamento do vendedor, a começar pelos detalhes, características, vantagens, benefícios, resultados e utilidade do produto, serviço ou solução.

---

<sup>114</sup> BUENO, J. Hamilton e MARTINS, Sandro G., p. 92-99. O acórdão é do TRT da 2ª Região, registro: 00176200205102003. Relatora: juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

Constata-se, muitas vezes, que não basta conhecer intrinsecamente o produto, como também, da forma de demonstrar para o cliente, em outras palavras, de qual maneira, mais didaticamente se desenvolve o processo de vendas, como ele deve se desenrolar com vistas à compreensão do comprador e do seu convencimento para realizar a aquisição.

A regra neste caso poderia ser assim enunciada: para produtos, serviços e soluções mais complexos, é tolerável que a representada invada o campo técnico (como deve ser desenvolvido o processo de vendas) da representação.

No caso de produtos mais padronizados, a ingerência da representada pode ser um fator de média densidade para a configuração da relação de emprego.

#### *g) concessão de benefícios e facilidades*

A concessão de benefícios é uma espécie de salário indireto. O empregador em vez de dar contrapartida pelo serviço prestado em dinheiro prefere oferecer certas facilidades, como convênio médico, auxílio alimentação, vale transporte, cesta básica, seguro de vida etc.

Não é o caso dos contratos interempresariais. A Pirelli não oferece benefícios aos funcionários da Ford ou vice-versa, suas relações são interempresariais. Da mesma forma, a Volkswagen não oferece benefícios aos funcionários das concessionárias.

Nada obsta, entretanto, que a representada intermedeie negociações entre uma seguradora e uma empresa de representação, em condições mais favoráveis que as de mercado, possibilitando, inclusive, a adoção de valores em níveis idênticos aos da representada, mas o negócio em si é realizado entre a prestadora do benefício, da vantagem ou da facilidade diretamente à empresa de representação, seja

ela uma sociedade empresária, seja um autônomo com uma estrutura mais estrita, contando com nenhum ou com poucos colaboradores.

Dessa forma, a concessão de benefícios, vantagens e demais utilidades à empresa de representação implica em custeio, pela representada, de despesas próprias da representação, reduzindo-lhe os riscos de sua atividade e fazendo prosperar indicadores de mediana intensidade na configuração da subordinação.

## *2.2 Poder de controle*

*a) concessão de crachá, domínio da representada para correio eletrônico (e-mails), uniforme e cartão de visitas.*

Os contratos de distribuição, gênero, do qual é espécie o contrato de representação comercial, são contratos de colaboração interempresarial e, como tais, exigem esforços conjuntos para escoamento de produtos e serviços (cf. ULHOA, já citado).

A presença da colaboração, no entanto, não retira o caráter interempresarial do contrato. O representante autônomo, no mais das vezes, é empresário de si mesmo, embora possa contratar auxiliares. No caso de sociedades mercantis, a organização profissional é uma marca registrada.

Assim, elementos identificadores da personalidade empresarial não podem ser confundidos. A representação ABC, p. ex., é uma empresa e a Fabricante ou Fornecedora XYZ, p. ex., é outra empresa.

Em função desta distinção, a representação deve ter cartão de visitas com seu próprio logotipo e em algum espaço deste, pode constar: representante autorizado e então revelar as representadas que se ligam àquela representação.

Com relação à construção de um sítio eletrônico (*site*) ocorre o mesmo fenômeno. A empresa de representação

deve ter seu próprio site, sua filosofia de trabalho, as empresas representadas, as formas de contato etc.

Confundir as identidades não é admissível. Os empregados, que trabalham por conta do empregador e estão integrados à empresa, com ela se identificam. A representação comercial, por outro lado, devido à sua autonomia e empresarialidade tem personalidade própria e assim deve se apresentar, seja mediante cartões de visita, e-mails, crachás ou sítios na internet (com domínio próprio).

A confusão das identidades pode indicar subordinação, em grau de mediana densidade, a depender de outros fatores para a sua plena configuração.

*b) Controle à distância.*

Seja por via telemática ou mesmo por telefone, pode a representada controlar os horários de atividade do prestador do serviço de intermediação.

Se há controle regular e comprovado da vigilância do empregador, então o grau de densidade de ingerência do tomador na atividade do prestador está a indicar subordinação, em tese, de mediana intensidade, mas que pode, por si só, a depender da comprovação da ingerência, da sua forma e da periodicidade que este indicador, por si só, seja suficiente para indicar a relação de trabalho.

*c) exigência de cota mínima de produção.*

Trata-se de uma das questões mais polêmicas e, como agravante, o judiciário trabalhista tem entendido pela via dos princípios protecionistas e não pela via do direito empresarial.

A exigência de uma produção mínima está ligada à própria sobrevivência da representação e do aproveitamento razoável do mercado consumidor.

Há métodos de levantamento de mercado que permitem mensurar uma faixa de produção e é razoável que,

sob o aspecto empresarial, o mercado seja bem explorado, para a “*expansão dos negócios*” e à “*promoção dos produtos*” (art. 28, parte final, da Lei n. 4.886/65).

A questão toma certa complexidade quando a “cota mínima” toma ares punitivos.

É dado à representada remanejar clientes se a representação não consegue vender, sem motivos sólidos (oferta mais favorável da concorrência, estoque alto, mercado recessivo), por um período razoável de tempo (a ser medido pelo ciclo de vendas, ou seja, da periodicidade mínima para angariar novos pedidos).

Por outro lado, se há ameaça constante da exclusão de clientes ou de parte da área de atuação do representante, apesar do esforço de vendas de forma regular e consistente, então há uma aproximação da subordinação, há uma densidade razoável a indicar indevida ingerência do tomador na forma de atuar do prestador o que, ao lado de outras circunstâncias pode levar ao reconhecimento da relação de emprego.

Importante ressaltar que tais fatos devem ser suficientemente provados e não se pode aceitar a mera alegação de tais circunstâncias.

d) *Inexistência de documentos formais: inscrição na prefeitura, órgão de classe, INSS e contrato de representação*

Embora parte do judiciário, em não encontrado provas mais robustas a elidir a relação de emprego, na falta dos documentos formais apontados, acabam, por esta circunstância, reconhecendo o vínculo de emprego.

Como já comentamos este é um lamentável engano, já que a própria justiça laboral tem como um de seus norteadores o princípio da primazia da realidade.



Por outro lado, entretanto, há de se reconhecer que a falta de tais documentos são circunstâncias que agravam a possibilidade de reconhecimento da relação de emprego, a exigir outras circunstâncias fáticas para que se vislumbre a tipificação de empregado.

### *2.3 Poder punitivo*

#### *a) Eventuais ameaças por desempenho inadequado*

Quando representada e representação firmam um contrato de intermediação em determinada zona, é de se esperar que os resultados apareçam, que as vendas se concretizem, que os pedidos sejam angariados.

É possível que um estudo de marketing da representada tenha superestimado o potencial de determinado mercado ou que a representação não esteja se esforçando o suficiente, quer por comissão pouco recompensadora, quer por representar outras empresas com maiores possibilidades de ganhos, quer por inépcia, por incompetência ou até mesmo por desinteresse.

Como não é dado à representada imiscuir-se na forma de trabalhar e, menos ainda, no horário destinado às vendas dos produtos daquela representada, resta-lhe avaliar os resultados das vendas, se está a falar de clientes novos, é possível comparar com a concorrência, se os clientes já fazem parte da carteira da representação, então dados históricos e de evolução das vendas podem ajudar.

À empresa tomadora dos serviços caberá reavaliar seus parâmetros para aquele mercado em particular e, em constatando pelo seu potencial, restar-lhe-á verificar a configuração de desídia e proceder à denúncia por justo motivo, ou em não havendo provas mais substanciais, denunciar o contrato sem justo motivo.

O que não está facultado à tomadora de serviços é ameaçar a representação, quer seja por meio de reuniões, e-mails, recados etc.

É razoável, por outro lado, que a representada, com base nos dados do contrato, notifique a representante do descumprimento de determinada cláusula contratual, como, p. ex., a ineficácia das vendas por determinado período, concedendo à representação determinado prazo para reverter a situação.

Ao menos três alternativas podem ser vislumbradas: 1) inércia do prestador, o que ensejaria a rescisão por justo motivo, 2) a justificativa de que realmente não atuou naquela região específica, mas que passará a fazê-lo e 3) que o mercado está saturado, ou que a concorrência tem feito ofertas imbatíveis etc.

O caso 3 (três), acima indicado, a título de exemplo, é o que requer maiores cuidados. Se a representada aceitar as alegações e rever sua política comercial para aquela área de atuação, o problema estará temporariamente resolvido.

Se a representada não aceitar as alegações, então caberá à mesma transacionar a substituição do representante ou até mesmo denunciar o contrato. Se o fizer, atrairá para si o ônus da prova que constitui seu direito de rescindi-lo por um motivo justo. Tais motivos serão alvo de especificação e de prova.

*b) convocação para treinamentos de vendas, de natureza comportamental, sob pena de denúncia de contrato.*

Mesmo que previsto em contrato, treinamentos comportamentais estão ligados à motivação dos profissionais de vendas.

A motivação, por sua vez, está relacionada à dedicação a essa ou àquela representada, no caso de não

haver pacto de exclusividade. Diz respeito, também, ao interesse da representação na disposição do seu tempo, de modo que esse tipo de treinamento se classifica como uma invasão na forma de gestão da própria representação, o que se configura grau mediano de densidade para a tipificação da relação de emprego.

*c) convocação para treinamento técnico ou comercial de produtos padronizados*

Da mesma forma do item anterior, a ausência de complexidade do produto ou serviço como causa determinante para a venda, não é admissível tal comando do tomador sobre o prestador do serviço e, mesmo constando em contrato, é circunstância de mediana densidade para a configuração da subordinação.

O mesmo não ocorre, como afirmado em outro indicador, quando se tratar de produtos, serviços, soluções ou processos complexos em que o conhecimento detalhado pelo representante, tanto do produto, como do processo de venda, impede o agenciamento do pedido ou proposta.

**3. Circunstâncias que indicam dúvida (zona cinzenta).**

Tais circunstâncias, por exclusão, não estarão nos demais tópicos (circunstâncias a indicar subordinação, tópicos 1 e 2, acima e 4 e 5, a seguir abordados, circunstâncias cuja densidade podem indicar autonomia ou empresarialidade).

Aqui se enquadram casos fronteirços e o magistrado valerá da sua identidade física com as testemunhas, documentos e demais provas para reconhecer ou não a relação de emprego.

Suponhamos representante que não tenha nenhuma documentação, nenhum aspecto formal é atendido.

Por outro lado, atende a diversas representadas e há recebimento de comissões regularmente em todas elas. Neste caso, embora em “zona grise”, é bastante provável a configuração da autonomia ou da empresarialidade.

Ou, em circunstância oposta, tenhamos um representante que atua com exclusividade para uma representada, possui toda documentação formal absolutamente regular e atualizada, atua nas dependências da empresa com regularidade, utiliza-se de computador e telefone da empresa, seu horário de trabalho varia entre 6 a 8 horas por dia e há testemunhas que afirmam que tal representante “dirime suas dúvidas com o chefe de vendas”. Neste segundo caso, a probabilidade de relação de emprego é elevada.

**4. Circunstâncias de mediana densidade, não suficientes, por si mesmas, a indicar autonomia ou empresarialidade.** A circunstância está, então, a depender de outros elementos.

Para tratar dos tópicos 4 e 5, relativos às circunstâncias a indicar autonomia e empresarialidade, utilizaremos da estrutura de Giuseppe Giordano, citado por Rubens Requião<sup>115</sup>: a) elemento organizativo; b) elemento funcional; c) elemento econômico.

#### *4.1 Elemento organizativo*

As circunstâncias a seguir descritas são indicadores de mediana densidade, não suficientes para elidir a subordinação em face do princípio vigente na especializada trabalhista, da prevalência da realidade sobre a forma e do art. 9º da CLT.

#### *a) Regularidade empresarial e profissional.*

---

<sup>115</sup> *Apud* REQUIÃO, Rubens. *Do Representante Comercial*, p. 63-66. A obra de Giordano é *Il Contratto di Agenzia*, p. 93 e ss.

A documentação relativa à constituição da sociedade empresária ou dos serviços autônomos está regular e atualizada.

b) *Existência de sede própria, instrumentos próprios de trabalho, cartão de visita em nome da empresa de representação, sítio eletrônico também específico da representação.*

c) *Existência de carteira de clientes anterior à contratação.*

Neste caso, além de atrair outros clientes, a representação já possui um conjunto de compradores que se convencem a fazer pedidos de produtos da nova representada.

A relevância desta circunstância está a demonstrar a independência do prestador, elemento relevante para a configuração da autonomia ou da empresarialidade.

d) *Atuação em cidade ou região distinta da sede ou filial da empresa à qual se reporta.*

Quando a sede da empresa ou alguma filial guarda certa distância do local onde a representação comercial atua, maiores as circunstâncias a revelar menor ingerência do tomador.

#### *4.2 Elemento funcional*

a) *Utilização de instrumentos informáticos e de comunicação à distância.*

No dizer de Giordano, "o interesse do agente não é divergente ou contrastante, mas convergente e confluyente com aquele da empresa com a qual tem em comum a destinação do serviço". (Os grifos são nossos).

Assim, na contramão do pensamento que tende a dominar o judiciário trabalhista, os meios informáticos, como computadores, notebooks, palmtops, celulares, tornam funcional, produtiva, célere, eficiente, eficaz, a atividade da representação, tornando o pedido, antes manuscrito, agora

informatizado e transmitido eletronicamente, a evitar erros e a tornar mais satisfatório o atendimento ao cliente.

Como se tornou modismo imaginar que qualquer meio informático é forma de controle, a indicar subordinação, as circunstâncias aqui apresentadas caminham em sentido contrário, elas são fatores relevantes de competitividade, de agilidade, de prontidão, elementos esses de grande valor para o cliente, coroando o contrato de colaboração que é típico para os sistemas de distribuição e escoamento de produtos.

*c) Realização de pesquisas de mercado*

Desde que eventuais e que não desvirtuem a atividade preponderante da representação comercial, que é a intermediação de produtos e serviços, as pesquisas de mercado assumem extrema relevância para que se tenha informações suficientemente qualificadas a suportar novas estratégias mercadológicas, bem como para o lançamento ou extinção de produtos, elaboração de campanhas e promoções etc. com vistas ao aumento das vendas.

*d) iniciativa*

Há, de parte de diversos doutrinadores, entendimento de que há exigência de iniciativa como elemento configurador da autonomia e da empresarialidade.

Dessa forma, estabelecida a área de atuação, o representante deve possuir suficiente independência e liberdade para abrir novos clientes e novos mercados.

A empresa tomadora dos serviços pode até indicar clientes, apoiar os esforços de construção da carteira do representante, por outro lado, o que se denomina “carteira fechada”, indicando que aqueles são os clientes, nem mais, nem menos, nem outros, em regra está a dar maior densidade da ingerência do tomador e, assim, fornecer elementos a configurar a relação de emprego.

*e) Elaboração conjunta de propostas*

Em face da colaboração que se exige das partes para o fim de angariar propostas, o trabalho conjunto, *como se fosse uma equipe*, é esperado e deve ser estimulado. Para estruturar a proposta o representante apresenta dados singulares do cliente, do mercado e da concorrência e a empresa representada avalia alternativas de composição de produtos, de preço, de formas de pagamento e entrega, de eventuais bônus ou descontos.

Esse trabalho conjunto, ao contrário do que muitos juízes trabalhistas vêem como indício de subordinação é circunstância indicadora de autonomia e empresarialidade. Os princípios informadores são os do direito das obrigações e dos contratos (boa-fé objetiva, p. ex., onde se inclui o dever de proteção recíproca, o dever de informação, de transparência e lealdade, de cooperação etc.).

#### *4.3 Elemento econômico*

*a) Custeio do processo de vendas.* Elemento preponderante para a configuração dos agentes do comércio (art. 710, CC/02) ou da representação comercial (art. 1º, da Lei n. 4.886/65). Se a representação não corre os riscos da sua atividade econômica, consistente em encontrar clientes e realizar os atos preparatórios para a conclusão do pedido, estará desnaturada.

*b) palestras e orientações aos lojistas e seus vendedores.*

As vendas são realizadas num elo da cadeia de fornecimento, a revenda, e muito raramente ao consumidor final. Normalmente são lojistas os clientes da representação comercial.

Com a crescente complexidade dos produtos, se o balconista ou o vendedor que tem contato com o cliente não conhecer a utilidade do produto, suas vantagens e diferenciais, dificilmente realizará a venda.

Assim, se a representação comercial orienta, seja por contato direto, por palestras ou demonstrações, as vendas acontecem, criando um ciclo virtuoso: o vendedor ganha, o lojista ganha, o representante ganha, a representada ganha, os empregados e fornecedores da representada também ganham. Isso para não dizer que o governo, enquanto gestor das finanças públicas. Também ganha, por fim, a própria sociedade.

*c) Participação de feiras, congressos e convenções de vendas ou do segmento econômico*

Também aqui há “confusão”, nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento, pois há inversão de entendimento por muitos magistrados trabalhistas, exatamente aqueles que insistem em ser “juízes da CLT”.

A participação em fóruns de divulgação de produtos e de aprendizagem e reciclagem profissional são essenciais para a intermediação de vendas. O custo deve ser absorvido pela representação, embora nada impeça a representada, se for também de seu interesse, participar parcialmente dos custos, nos justos termos de um contrato de colaboração, com vistas a benefícios comuns.

## **5. Circunstâncias de alta densidade a configurar, por si mesmas, a autonomia e a empresarialidade**

A decretação de autonomia ou empresarialidade pelo magistrado se dá pela existência de todas as circunstâncias abaixo descritas, observando-se, as particularidades da autonomia e da empresarialidade:

a) Existência de regularidade formal, sede própria, instrumentos próprios de trabalhos, eventual emprego



de auxiliares ou sub-representantes (art.42, Lei n. 4.886/65). No caso de autônomos espera-se, ao menos, uma estrutura mínima, podendo utilizar-se de um cômodo de sua residência para realizar os contatos e demais atividades administrativas, contar com alguns auxiliares, se necessário, entre outros requisitos.

b) Independência e liberdade para dispor do próprio tempo, autogestão de seu próprio negócio, elaboração de itinerário segundo suas conveniências.

c) No caso de sociedades empresárias, o atendimento dos requisitos configuradores do empresário, conforme disposição do art. 966 do CC/02. Há que haver profissionalidade (habitualidade, onerosidade e um conjunto de competências que permita a execução dos serviços com a expertise requerida); organização do sistema de gestão e de intermediação; deve estar voltada para a circulação de bens e serviços. Cabe também à sociedade empresária cumprir com diversas formalidades legais (inscrição na prefeitura, INSS, órgão de classe e Receita Federal), além da escrituração fiscal e contábil.

#### 10.5 Sugestão de Súmula ao TST

Em face das constantes divergências jurisprudenciais, sugerimos que o TST aprove enunciado a garantir maior uniformidade nas decisões e estímulo para que os tomadores de serviço regularizem e formalizem os contratos de representação comercial:

Enunciado TST xxx

1. A Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92, que trata da regulamentação da profissão e do contrato de representação comercial observará:
  - a) O *nomem iuris* de “agente comercial”, conforme adotado pelo art. 710 do CC/02 e pela legislação alienígena (Diretiva 653/87, da União Européia, p. ex.);
  - b) O contrato deve ser escrito, nos termos do art. 27 da lei especial, e, não existindo, deve o magistrado se socorrer dos meios de prova admissíveis.
2. O contrato de agência, art. 710, CC/02 (denominado de representação comercial pela lei especial) é contrato de colaboração e sobre ele incidem normas de Direito de Empresa e dos contratos, nos termos do CC/02, no que couber.
3. As diretivas da tomadora dos serviços relacionados aos negócios com os clientes são atividades de coordenação e não geram relação de emprego.
4. A ingerência do tomador na gestão e discricionariedade para organizar o próprio negócio de agência comercial indica probabilidade de subordinação que, cotejados com os demais elementos probatórios, poder-se-á configurar a relação de emprego.
5. Para o cotejo das provas, o magistrado aplicará o princípio da prevalência da realidade sobre a forma, não se admitindo critérios formais para a configuração do vínculo de emprego.

## **CONCLUSÃO**

1. Agentes comerciais, conforme adotado em outros países, inclusive União Européia, ou representantes comerciais, nos termos da legislação brasileira, são intermediários para distribuição e escoamento de produtos. Assim, não se trata de uma invenção brasileira, mas de atividade comum na maior parte dos países.

2. No Brasil, a Lei n. 4.886/65 regulamentou a profissão e o contrato de representação comercial. A lei n. 8.420/92 introduziu alterações na lei originária, alterando diversos de seus artigos, mais consentâneos com os tempos atuais.

3. Embora o novo Código Civil trate do tema nos arts. 710 a 721, há pacificação na doutrina da vigência da Lei 4.886/65 e suas alterações introduzidas pela Lei n. 8.420/92. O art. 721 dá ao contrato de agência (art. 710) direitos e obrigações semelhantes ao da lei especial.

4. Ao longo de 42 (quarenta e dois anos) vê-se diante de uma aparente aporia, a dizer, “um beco sem saída”. Em outras palavras, aporia significa sem saída ou sem solução. Não é o caso, como se pretendeu demonstrar no presente trabalho. A questão está na interpretação equivocada da justiça laboral, que aplica princípios protetivos em normas de cunho eminentemente empresarial ou comercial (ex. arts. 28, 29, 31, 32 e 33 da lei especial, que tratam de abatimento de preços, prazo de entrega, tempo para aceite do pedido, entre outros).

5. As divergências doutrinárias, em sede trabalhista, tendem a ocorrer pela não consideração do caráter híbrido da lei (trata de temas de direito empresarial, tributário, administrativo, processual civil e de “direito social”). Assim, o que se propôs neste trabalho é a utilização de princípios próprios de cada área do direito. Assim, se a norma

é de cunho empresarial, prevalecem os princípios próprios desta área do direito e assim por diante.

6. Os indicadores, embora não terminativos, atendem à natureza híbrida da lei, aos princípios informadores de cada ramo do direito e um método de verificação por indicador, com classificações específicas e com graus de densidade diversos de ingerência do tomador no modo de atuar do autônomo ou empresário.

7. Os indicadores relevam, de forma clara e inequívoca, aqueles que indicam subordinação, autonomia e empresarialidade. Indicam também as circunstâncias de grau mediano de densidade, tanto em termos de subordinação, quanto em termos de autonomia e empresarialidade.

8. A adequada utilização dos indicadores e seus supostos, trará maior segurança jurídica aos jurisdicionados e pode contribuir para tirar da informalidade mais de dois milhões de profissionais que praticam a intermediação por conta própria e em nome de outrem, sem entretanto, estarem protegidos pelo que se denominou, na justiça comum, de “direitos sociais”, bem como de suas obrigações, como empresários, quer com uma estrutura mais enxuta, no caso do autônomo, quer com uma estrutura mais organizada e profissionalizada, no âmbito empresarial.

9. Tomamos a liberdade, também, de sugerir ao TST que emita Orientação Jurisprudencial ou Súmula, para reduzir a insegurança jurídica e estimular a formalização de milhares de contratos, que operam na clandestinidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Direito Constitucional do Trabalho*. LTR, 1997.
- CARDONE, Marly A. *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho*. LTR, 1998.
- CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Comercial*. Saraiva, 2005.
- COUTINHO, G. F. FAVA, M. N. (coord.) *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. LTR, ANAMATRA, 2005.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na Legislação Trabalhista*. LTR, 2002.
- \_\_\_\_\_. GUNTHER, Luiz Eduardo (coord.). *O impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho*, 2003.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Forense, 2005.
- DELGADO, Maurício Coutinho. *Curso de Direito do Trabalho*. LTR, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. Saraiva, 2004.
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. MENDES, Gilmar F. MARTINS FILHO, Ives G. da S. *O novo Código Civil. Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. LTR, 2005.
- MANRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. LTR, 1998.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Execução da Sentença Trabalhista*. Atlas, 2005.
- \_\_\_\_\_. ROMAR, Carla T. M. *CLT Anotada*. Malheiros, 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 2004.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. Saraiva, 2001.
- NERY, Rosa M. B. B. de A. *Vínculo Obrigacional: Relação Jurídica de Razão (Técnica e Ciência de Proporção)*. Tese de Livre Docência. São Paulo: PUC. 2004.
- PEREIRA, Adilson C. *A subordinação como objeto da relação de trabalho*. LTR, 2004.

- PASTORE, José. *A Agonia do Emprego*, LTR, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O desemprego tem cura?* Makron Books, 1998.
- PINTO E SILVA, Otávio. *Parassubordinação, autonomia e subordinação nas relações de trabalho*. LTR.
- PROSCURCIN, Pedro. *Do Contrato de Trabalho ao Contrato de Atividade*. LTR.
- \_\_\_\_\_. *O Trabalho na Reestruturação Produtiva*. LTR, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O moderno Direito do Trabalho*. LTR, 1994.
- ROMITA, Abraão S. *A subordinação no contrato de trabalho*. Forense, 1979.
- SOUZA, Otávio Augusto dos Reis. *Nova Teoria Geral do Direito do Trabalho*. LTR, 2004.
- REQUIÃO, Rubens. *Do representante Comercial*. Forense, 2005. 9ª ed., atualizada por Rubens Edmundo Requião.
- REQUIÃO, Rubens E. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. Saraiva, 2003.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. LTR, 2002.
- SAAD, Ricardo Nacim. *Representação Comercial*. Saraiva, 2003.
- SICHES, Luis Recansés. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa, 1973.
- VILHENA, Paulo Emilio de R. *Relação de emprego: estrutura e supostos*. LTR, 2006.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *RT*, n. 744, São Paulo: RT, outubro 1997.
- ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Da prescrição intercorrente. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil – uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. São Paulo: RT, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. In: *Justitia*. v. 156. São Paulo, out.-dez. 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BOITEUX, Fernando Netto. *Contratos mercantis*. São Paulo: Dialética, 2001.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos e títulos empresariais*. São Paulo: Atlas, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Relação de trabalho: uma questão da competência da justiça do trabalho. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos e FERREIRA, William Santos (coords.). *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Contrato individual de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *O novo procedimento sumário*. São Paulo: RT, 1996.

FORGIONI, Paula. A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: RT, 2005.

LACERDA, Galeno. *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LOJO, Mário Vitor Suarez. Novo bloco de constitucionalidade: plenitude da justiça do trabalho. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro e ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coords.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Método, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do artigo 202 do novo Código Civil. In: CIANCI, Mirna (coord.). *Prescrição no novo Código Civil – uma análise interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. Competência da Justiça do Trabalho para julgar questões relativas a relações de trabalho. In: *Repertório de Jurisprudência IOB*, vol. II, n. 9/2005, 1ª quinzena de maio de 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: RT, 2000.

MOTA, Mauricio Jorge. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de direito civil – constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NALIN, Paulo Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova competência da Justiça do Trabalho (uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988). In: SILVA, Bruno Freire e MAZZEI, Rodrigo (coords.). *Reforma do Judiciário – análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*. Curitiba: Juruá, 2006.



PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: RT, 2003.

REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

———. Representação comercial – contrato a prazo determinado reiteradamente prorrogado. In: *RT*. n. 435, São Paulo: RT, janeiro 1972.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. O contrato de representação e o novo Código Civil. O contrato de agência e distribuição. O poder de denunciar o contrato sem prazo determinado e o dever de indenizar os investimentos realizados pelo representante ou pelo agente. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 31. Curitiba: O Instituto, dezembro 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAAD, Ricardo Nacim. *Representação comercial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAITOVICH, Ghedale. *Comentários à lei do representante comercial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – contratos em espécie*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

## **ANEXOS**

1. Segmentos econômicos onde atuam os agentes de comércio e representantes comerciais, segundo o IBGE.
2. Documento do Circesp – Conselho dos Representantes Comerciais do Estado de São Paulo (número estimado de representantes comerciais inscritos em todo o Brasil e previsão de representantes informais, chamados de “prepostos”).
3. Acórdãos trabalhistas (TST e TRTs): 722 (setecentos e vinte e dois).
4. Acórdãos da Justiça Comum (STJ): e TJ (estaduais): 735 (setecentos e trinta e cinco)
5. Lei n. 4.886/65, alterada pela Lei n. 8.420/92, que regula a profissão e o contrato de representação comercial.
6. Diretiva 87/653 – Regula a atuação dos agentes comerciais na Comunidade Européia.

## ANEXO DOIS

**De:** juridico [mailto:juridico@sircesp.com.br]  
**Enviada em:** quinta-feira, 17 de janeiro de 2008 18:02  
**Para:** Hamilton Bueno  
**Assunto:** Representante Comercial

Prezado Dr. Hamilton Bueno,

Conforme falamos, o presidente do CORE/MS, José Alcides, me informou que existem 650 mil profissionais de representação comercial no País em atividade.

A Fecomércio estima um milhão de inscritos.

No Corcesp, temos 200.000 inscritos, sendo que apenas 70 mil estão com as inscrições regulares.

Dados do Sebrae/SP indicam que para uma empresa formalizada, existe ao menos uma na informalidade. No das representações, o número tende a ser maior, algo como dois milhões de informais, atuando sob a alcunha de “prepostos”.

Att

Renato Salomão Romano

## ANEXO 3

### Acórdãos trabalhistas (TST e TRTs):

#### 1. TST

Acórdãos que reconhecem relação de emprego: 152 (59%)

Acórdãos que não reconhecem a relação de emprego: 106 (41%)

Total: 258

#### 2. TRTs

Acórdãos que reconhecem relação de emprego: 291 (62,7%)

Acórdãos que não reconhecem a relação de emprego: 173 (37,3%)

Total: 464

722 (setecentos e vinte e dois).

**Nota:** levantamento aleatório, via internet, utilizando-se do verbete “representação comercial”. Pesquisa realizada em 14/01/2008, nos sítios eletrônicos dos tribunais.

## ANEXO 4

Acórdãos da Justiça Comum (STJ) 217 (duzentos e dezes)sete).

### 1. STJ

Acórdãos mencionando “aspectos sociais” da lei: 88 (40,5%)

Acórdãos não mencionando: 129 (59,5%)

Total: 217

### 2. TJ (de todos os estados)

Mencionando “aspectos sociais” da lei: 247 (33,6%)

Não mencionando: 488 (66,4%)

Total: 735

**Nota:** levantamento aleatório, via internet, utilizando-se do verbete “representação comercial”. Pesquisa realizada em 14/01/2008, nos sítios eletrônicos dos tribunais.

## ANEXO 5

LEI Nº 4.886, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965.

Regula as atividades dos  
representantes comerciais  
autônomos.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, 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, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício dêste, os preceitos próprios da legislação comercial.

Art . 2º É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei.

Parágrafo único. As pessoas que, na data da publicação da presente Lei, estiverem no exercício da atividade, deverão registrar-se nos Conselhos Regionais, no prazo de 90 dias a contar da data em que êstes forem instalados.

Art . 3º O candidato a registro, como representante comercial, deverá apresentar:

- a) prova de identidade;
- b) prova de quitação com o serviço militar, quando a êle obrigado;
- c) prova de estar em dia com as exigências da legislação eleitoral;

d) fôlha-corrída de antecedentes, expedida pelos cartórios criminaís das comarcas em que o registrado houver sido domiciliado nos últimos dez (10) anos;

e) quitação com o impôsto sindical.

§ 1º O estrangeiro é desobrigado da apresentação dos documentos constantes das alíneas b e c dêste artigo.

§ 2 Nos casos de transferência ou de exercício simultâneo da profissão, em mais de uma região, serão feitas as devidas anotações na carteira profissional do interessado, pelos respectivos Conselhos Regionais.

§ 3º As pessoas jurídicas deverão fazer prova de sua existência legal.

Art . 4º Não pode ser representante comercial:

a) o que não pode ser comerciante;

b) o falido não reabilitado;

c) o que tenha sido 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;

d) o que estiver com seu registro comercial cancelado como penalidade.

Art . 5º Sòmente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, a representante comercial devidamente registrado.

Art . 6º São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais dos Representantes Comerciais, aos quais incumbirá a fiscalização do exercício da profissão, na forma desta Lei.

Parágrafo único. É vedado, aos Conselhos Federal e Regionais dos Representantes Comerciais, desenvolverem quaisquer atividades não compreendidas em suas finalidades previstas nesta Lei, inclusive as de caráter político e partidárias.

Art . 7º O Conselho Federal instalar-se-á dentro de noventa (90) dias, a contar da vigência da presente Lei, no Estado da Guanabara, onde funcionará provisoriamente, transferindo-se para a Capital da República, quando estiver

em condições de fazê-lo, a juízo da maioria dos Conselhos Regionais.

§ 1º O Conselho Federal será presidido por um dos seus membros, na forma que dispuser o regimento interno do Conselho, cabendo-lhe, além do próprio voto, o de qualidade, no caso de empate.

§ 2º A renda do Conselho Federal será constituída de vinte por cento (20%) da renda bruta dos Conselhos Regionais.

Art . 8º O Conselho Federal será composto de representantes comerciais de cada Estado, eleitos pelos Conselhos Regionais, dentre seus membros, cabendo a cada Conselho Regional a escolha de dois (2) delegados.

Art . 9º Compete ao Conselho Federal determinar o número dos Conselhos Regionais, o qual não poderá ser superior a um por Estado, Território Federal e Distrito Federal, e estabelecer-lhes as bases territoriais.

Art . 10. Compete privativamente, ao Conselho Federal:

- a) elaborar o seu regimento interno;
- b) dirimir as dúvidas suscitadas pelos Conselhos Regionais;
- c) aprovar os regimentos internos dos Conselhos Regionais;
- d) julgar quaisquer recursos relativos às decisões dos Conselhos Regionais;
- e) baixar instruções para a fiel observância da presente Lei;
- f) elaborar o Código de Ética Profissional;
- g) resolver os casos omissos.

~~Parágrafo único. Das decisões do Conselho Federal caberá recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de trinta dias, para o Ministro da Indústria e do Comércio. (Suprimido)~~

Art . 11. Dentro de sessenta (60) dias, contados da vigência da presente Lei, serão instalados os Conselhos Regionais correspondentes aos Estados onde existirem órgãos sindicais de representação da classe dos representantes



comerciais, atualmente reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art . 12. Os Conselhos Regionais terão a seguinte composição:

a) dois têrços (2/3) de seus membros serão constituídos pelo Presidente do mais antigo sindicato da classe do respectivo Estado e por diretores de sindicatos da classe, do mesmo Estado, eleitos êstes em assembléia-geral;

b) um têrço (1/3) formado de representantes comerciais no exercício efetivo da profissão, eleitos em assembléia-geral realizada no sindicato da classe.

§ 1º A secretaria do sindicato incumbido da realização das eleições organizará cédula única, por ordem alfabética dos candidatos, destinada à votação.

§ 2º Se os órgãos sindicais de representação da classe não tomarem as providências previstas quanto à instalação dos Conselhos Regionais, o Conselho Federal determinará, imediatamente, a sua constituição, mediante eleições em assembléia-geral, com a participação dos representantes comerciais no exercício efetivo da profissão no respectivo Estado.

§ 3º Havendo, num mesmo Estado, mais de um sindicato de representantes comerciais, as eleições a que se refere êste artigo se processarão na sede do sindicato da classe situado na Capital e, na sua falta, na sede do mais antigo.

§ 4º O Conselho Regional será presidido por um dos seus membros, na forma que dispuser o seu regimento interno, cabendo-lhe, além do próprio voto, o de qualidade, no caso de empate.

§ 5º Os Conselhos Regionais terão no máximo trinta (30) membros e, no mínimo, o número que fôr fixado pelo Conselho Federal.

Art . 13. Os mandatos dos membros do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais serão de três (3) anos.

§ 1º Todos os mandatos serão exercidos gratuitamente.

§ 2º A aceitação do cargo de Presidente, Secretário ou Tesoureiro importará na obrigação de residir na localidade em que estiver sediado o respectivo Conselho.

Art . 14. O Conselho Federal e os Conselhos Regionais serão administrados por uma Diretoria que não poderá exceder a um terço (1/3) dos seus integrantes.

Art . 15. Os Presidentes dos Conselhos Federal e Regionais completarão o prazo do seu mandato, caso sejam substituídos na presidência do sindicato.

Art . 16. Constituem renda dos Conselhos Regionais as contribuições e multas devidas pelos representantes comerciais, pessoas físicas ou jurídicas, nêles registrados.

Art . 17. Compete aos Conselhos Regionais:

a) elaborar o seu regimento interno, submetendo-o à apreciação do Conselho Federal;

b) decidir sôbre os pedidos de registro de representantes comerciais, pessoas físicas ou jurídicas, na conformidade desta Lei;

c) manter o cadastro profissional;

d) expedir as carteiras profissionais e anotá-las, quando necessário;

e) impor as sanções disciplinares previstas nesta Lei, mediante a feitura de processo adequado, de acôrdo com o disposto no artigo 18;

f) fixar as contribuições e emolumentos que serão devidos pelos representantes comerciais, pessoas físicas ou jurídicas, registrados.

~~Parágrafo único. As contribuições e emolumentos, previstos na alínea "f" dêste artigo, não poderão exceder, mensalmente, de cinco (5) e dez por cento (10%) do salário-mínimo vigente na região, quando se tratar, respectivamente, de representante comercial, pessoa física ou pessoa jurídica. (Suprimido)~~

Art . 18. Compete aos Conselhos Regionais aplicar, ao representante comercial faltoso, as seguintes penas disciplinares:

a) advertência, sempre sem publicidade;

b) multa até a importância equivalente ao maior salário-minino vigente no País;

c) suspensão do exercício profissional, até um (1) ano;

d) cancelamento do registro, com apreensão da carteira profissional.

§ 1º No caso de reincidência ou de falta manifestamente grave, o representante comercial poderá ser suspenso do exercício de sua atividade ou ter cancelado o seu registro.

§ 2º As penas disciplinares serão aplicadas após processo regular, sem prejuízo, quando couber, da responsabilidade civil ou criminal.

§ 3º O acusado deverá ser citado, inicialmente, dando-se-lhe ciência do inteiro teor da denúncia ou queixa, sendo-lhe assegurado, sempre, o amplo direito de defesa, por si ou por procurador regularmente constituído.

§ 4º O processo disciplinar será presidido por um dos membros do Conselho Regional, ao qual incumbirá coligir as provas necessárias.

§ 5º Encerradas as provas de iniciativa da autoridade processante, ao acusado será dado requerer e produzir as suas próprias provas, após o que lhe será assegurado a direito de apresentar, por escrito, defesa final e o de sustentar, oralmente, suas razões, na sessão do julgamento.

§ 6º Da decisão dos Conselhos Regionais caberá recurso voluntário, com efeito suspensivo, para o Conselho Federal.

Art . 19. Constituem faltas no exercício da profissão de representante comercial:

a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados;

b) auxiliar ou facilitar, por qualquer meio, o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la;

c) promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interesse da Fazenda Pública;

d) violar o sigilo profissional;

e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim;

f) recusar a apresentação da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito.

Art . 20. Observados os princípios desta Lei, o Conselho Federal dos Representantes Comerciais, expedirá instruções relativas à aplicação das penalidades em geral e, em particular, aos casos em que couber imposições da pena de multa.

Art . 21. As repartições federais, estaduais e municipais, ao receberem tributos relativos à atividade do representante comercial, pessoa física ou jurídica, exigirão prova de seu registro no Conselho Regional da respectiva região.

Art . 22. Da propaganda deverá constar, obrigatoriamente, o número da carteira profissional.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas farão constar também, da propaganda, além do número da carteira do representante comercial responsável, o seu próprio número de registro no Conselho Regional.

Art . 23. O exercício financeiro dos Conselhos Federal e Regionais coincidirá com o ano civil.

Art. 24. As diretorias dos Conselhos Regionais prestarão contas da sua gestão ao próprio conselho, até o dia 15 de fevereiro de cada ano. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 25. Os Conselhos Regionais prestarão contas até o último dia do mês de fevereiro de cada ano ao Conselho Federal. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Parágrafo único. A Diretoria do Conselho Federal prestará contas ao respectivo plenário até o último dia do mês de março de cada ano. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 26. Os sindicatos incumbidos do processamento das eleições, a que se refere o art. 12, deverão tomar, dentro do prazo de trinta (30) dias, a contar da publicação desta lei, as providências necessárias à instalação dos Conselhos Regionais dentro do prazo previsto no art. 11.

Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

- a) condições e requisitos gerais da representação;
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;
- c) prazo certo ou indeterminado da representação
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação; (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;
- f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;
- g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;
- h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes;
- i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;
- j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1º Na hipótese de contrato a prazo certo, a indenização corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 2º O contrato com prazo determinado, uma vez prorrogado o prazo inicial, tácita ou expressamente, torna-se a prazo indeterminado. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 3º Considera-se por prazo indeterminado todo contrato que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato, com ou sem determinação de prazo. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 28. O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato

ou, sendo êste omissa, quando lhe fôr solicitado, informações detalhadas sôbre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.

Art . 29. Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacôrdo com as instruções do representado.

Art . 30. Para que o representante possa exercer a representação em Juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acauteladoras do interêsse dêste.

Parágrafo único. O representante, quanto aos atos que praticar, responde segundo as normas do contrato e, sendo êste omissa, na conformidade do direito comum.

Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissa, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1º O pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura, acompanhada das respectivas cópias das notas fiscais. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 2º As comissões pagas fora do prazo previsto no parágrafo anterior deverão ser corrigidas monetariamente. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 3º É facultado ao representante comercial emitir títulos de créditos para cobrança de comissões. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 4º As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 5º Em caso de rescisão injusta do contrato por parte do representando, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 6º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 7º São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 33. Não sendo previstos, no contrato de representação, os prazos para recusa das propostas ou pedidos, que hajam sido entregues pelo representante, acompanhados dos requisitos exigíveis, ficará o representado obrigado a creditar-lhe a respectiva comissão, se não manifestar a recusa, por escrito, nos prazos de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme se trate de comprador domiciliado, respectivamente, na mesma praça, em outra do mesmo Estado, em outro Estado ou no estrangeiro.

§ 1º Nenhuma retribuição será devida ao representante comercial, se a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador, bem como se o negócio vier a ser por êle desfeito ou fôr sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

§ 2º Salvo ajuste em contrário, as comissões devidas serão pagas mensalmente, expedindo o representado a conta respectiva, conforme cópias das faturas remetidas aos compradores, no respectivo período.

§ 3º Os valores das comissões para efeito tanto do pré-aviso como da indenização, prevista nesta lei, deverão ser corrigidos monetariamente. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um

têrço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores.

Art . 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado:

a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;

b) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado;

c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;

d) a condenação definitiva por crime considerado infamante;

e) fôrça maior.

Art . 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante:

a) redução de esfera de atividade do representante em desacôrdo com as cláusulas do contrato;

b) a quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato;

c) a fixação abusiva de preços em relação à zona do representante, com o exclusivo escopo de impossibilitar-lhe ação regular;

d) o não-pagamento de sua retribuição na época devida;

e) fôrça maior.

Art . 37. Sòmente ocorrendo motivo justo para a rescisão do contrato, poderá o representado reter comissões devidas ao representante, com o fim de ressarcir-se de danos por êste causados e, bem assim, nas hipóteses previstas no art. 35, a título de compensação.

Art . 38. Não serão prejudicados os direitos dos representantes comerciais quando, a título de cooperação, desempenhem, temporariamente, a pedido do representado, encargos ou atribuições diversos dos previstos no contrato de representação.



Art. 39. Para julgamento das controvérsias que surgirem entre representante e representado é competente a Justiça Comum e o foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no art. 275 do Código de Processo Civil, ressalvada a competência do Juizado de Pequenas Causas. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 40. Dentro de cento e oitenta (180) dias da publicação da presente lei, serão formalizadas, entre representado e representantes, em documento escrito, as condições das representações comerciais vigentes.

Parágrafo único. A indenização devida pela rescisão dos contratos de representação comercial vigentes na data desta lei, fora dos casos previstos no art. 35, e quando as partes não tenham usado da faculdade prevista neste artigo, será calculada, sobre a retribuição percebida, pelo representante, no últimos cinco anos anteriores à vigência desta lei.

~~Art. 41. Compete ao Ministério da Indústria e do Comércio fiscalizar a execução da presente lei.~~

~~§ 1º Em caso de inobservância das prescrições legais, caberá intervenção nos Conselhos Federal e Regionais, por ato do Ministro da Indústria e do Comércio.~~

~~§ 2º A intervenção restringir-se-á a tornar efetivo o cumprimento da lei e cessará quando assegurada a sua execução. (Suprimido)~~

Art. 41. Ressalvada expressa vedação contratual, o representante comercial poderá exercer sua atividade para mais de uma empresa e empregá-la em outros mistéres ou ramos de negócios. (Redação dada pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 42. Observadas as disposições constantes do artigo anterior, é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 1º Na hipótese deste artigo, o pagamento das comissões a representante comercial contratado dependerá da liquidação da conta de comissão devida pelo representando ao representante contratante. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 2º Ao representante contratado, no caso de rescisão de representação, será devida pelo representante contratante a participação no que houver recebido da representada a título

de indenização e aviso prévio, proporcionalmente às retribuições auferidas pelo representante contratado na vigência do contrato. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 3º Se o contrato referido no caput deste artigo for rescindido sem motivo justo pelo representante contratante, o representante contratado fará jus ao aviso prévio e indenização na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

§ 4º Os prazos de que trata o art. 33 desta lei são aumentados em dez dias quando se tratar de contrato realizado entre representantes comerciais. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 43. É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas del credere. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 44. No caso de falência do representado as importâncias por ele devidas ao representante comercial, relacionadas com a representação, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta lei. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 45. Não constitui motivo justo para rescisão do contrato de representação comercial o impedimento temporário do representante comercial que estiver em gozo do benefício de auxílio-doença concedido pela previdência social. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 46. Os valores a que se referem a alínea j do art. 27, o § 5º do art. 32 e o art. 34 desta lei serão corrigidos monetariamente com base na variação dos BTN's ou por outro indexador que venha a substituí-los e legislação ulterior aplicável à matéria. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art. 47. Compete ao Conselho Federal dos Representantes Comerciais fiscalizar a execução da presente lei. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Parágrafo único. Em caso de inobservância das prescrições legais, caberá intervenção do Conselho Federal nos Conselhos Regionais, por decisão da Diretoria do primeiro

ad referendum da reunião plenária, assegurado, em qualquer caso, o direito de defesa. A intervenção cessará quando do cumprimento da lei. (Incluído pela Lei nº 8.420, de 8.5.1992)

Art . 48. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art . 49. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de dezembro de 1965; 144º da Independência e 77º da República.

H. CASTELLO BRANCO  
*Walter Peracchi Barcellos*  
*Octávio Bulhões*

## ANEXO 6

### **Directiva 86/653/CEE do Conselho de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados- membros sobre os agentes comerciais**

*Jornal Oficial nº L 382 de 31/12/1986 p. 0017 - 0021*

*Edição especial finlandesa: Capítulo 6 Fascículo 2 p. 0150*

*Edição especial sueca: Capítulo 6 Fascículo 2 p. 0150*

DIRECTIVA DO CONSELHO de 18 de Dezembro de 1986 relativa à coordenação do direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais (86/653/CEE)

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o nº 2 do seu artigo 57º e o seu artigo 100º,

Tendo em conta a proposta da Comissão (1),

(1) JO nº C 13 de 18.1.1977, p.2 e JO nº C 56 de 2.3.1979, p. 5.

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu (2),

(2) JO nº C 239 de 9.10.1978, p. 17.

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social (3),

(3) JO nº C 59 de 8.3.1978, p. 1.

Considerando que as restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços para as actividades dos intermediários do comércio, da indústria e do artesanato foram suprimidas pela Directiva 64/224/CEE (4);

(4) JO nº 56 de 4.4.1964, p. 869/64.

Considerando que as diferenças entre as legislações nacionais em matéria de representação comercial afectam sensivelmente, no interior da Comunidade, as condições de concorrência e o exercício da profissão e diminuem o nível de protecção dos agentes comerciais nas relações com os seus comitentes, assim como a segurança das operações comerciais; que, por outro lado, essas diferenças são susceptíveis de dificultar sensivelmente o estabelecimento e o funcionamento dos contratos de representação comercial entre um comitente e um agente comercial estabelecidos em Estados-membros diferentes;

Considerando que as trocas de mercadorias entre Estados-membros se devem efectuar em condições análogas às de um mercado único, o que impõe a aproximação dos sistemas jurídicos dos Estados-membros na medida do

necessário para o bom funcionamento deste mercado comum; que, a este respeito, as regras de conflitos de leis, mesmo unificadas, não eliminam, no domínio da representação comercial, os inconvenientes atrás apontados e não dispensam portanto a harmonização proposta;

Considerando, a este propósito, que as relações jurídicas entre o agente comercial e o comitente devem ser prioritariamente tomadas em consideração;

Considerando que é, portanto, necessário ter em conta os princípios do artigo 117º do Tratado ao proceder a uma harmonização progressiva da legislação dos Estados-membros sobre os agentes comerciais;

Considerando que devem ser concedidos prazos suplementares a certos Estados-membros sujeitos a esforços especiais para adaptarem as suas regulamentações às exigências da presente directiva, nomeadamente em relação à indenização após a cessação do contrato entre o comitente e o agente comercial,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

## CAPÍTULO I

### Âmbito de aplicação

#### Artigo 1º

1. As medidas de harmonização previstas na presente directiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros que regem as relações entre os agentes comerciais e os seus comitentes.

2. Para efeitos da presente directiva, o agente comercial é a pessoa que, como intermediário independente, é encarregada a título permanente, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias para uma outra pessoa, adiante designada «comitente», quer de negociar e concluir tais operações em nome e por conta do comitente.

3. Um agente comercial para efeitos da presente directiva não pode ser, nomeadamente:

- uma pessoa que, na qualidade de órgão social, tenha poderes para vincular uma sociedade ou associação,
- um sócio que esteja legalmente habilitado a vincular outros sócios,
- um administrador judicial, um liquidatário ou um síndico de falências.

#### Artigo 2º

1. A presente directiva não se aplica:

- aos agentes comerciais cuja actividade não seja remunerada,
- aos agentes comerciais que operem nas bolsas de comércio ou nos mercados de matérias-primas,

- ao organismo conhecido sob o nome de Crown Agents for Oversea Governments and Administrations, tal como foi instituído no Reino Unido por força da lei de 1979 relativa aos Crown Agents, ou às suas filiais.

2. Os Estados-membros têm a faculdade de determinar que a directiva não se aplique às pessoas que exerçam actividades de agente comercial consideradas como acessórias segundo a lei desses Estados-membros.

## CAPÍTULO II

### Direitos e obrigações

#### Artigo 3º

1. O agente comercial deve, no exercício das suas actividades, zelar pelos interesses do comitente e agir lealmente e de boa fé.

2. O agente comercial deve, em especial:

- a) Aplicar-se devidamente na negociação e, se for caso disso, na conclusão das operações de que esteja encarregado;
- b) Comunicar ao comitente todas as informações necessárias de que disponha;
- c) Respeitar as instruções razoáveis dadas pelo comitente.

#### Artigo 4º

1. Nas suas relações com o agente comercial, o comitente deve agir lealmente e de boa fé.

2. O comitente deve, em especial:

- a) Pôr à disposição do agente comercial a documentação necessária relacionada com as mercadorias em causa;
- b) Fornecer ao agente comercial as informações necessárias à execução do contrato de agência, nomeadamente, avisar o agente comercial num prazo razoável sempre que preveja que o volume das operações comerciais será significativamente inferior ao que o agente comercial poderia normalmente esperar.

3. O comitente deve, por outro lado, informar o agente comercial, num prazo razoável, da sua aceitação, da sua recusa, ou da não execução de uma operação comercial que este lhe tenha proposto.

#### Artigo 5º

As partes não podem derrogar o disposto nos artigos 3º e 4º.

## CAPÍTULO III

### Remuneração

#### Artigo 6º

1. Na falta de acordo entre as partes e sem prejuízo da aplicação das disposições obrigatórias dos Estados-membros sobre o nível das remunerações, o agente comercial tem direito a uma remuneração segundo os usos em vigor na área em que exerce a sua actividade e para a representação das mercadorias que são objecto do contrato de agência. Na falta de tais usos, o agente comercial tem direito a uma remuneração razoável que tenha em conta todos os elementos relacionados com a operação.

2. Os elementos a remuneração que variem com o número ou o valor dos negócios serão considerados como constituindo uma comissão para efeitos da presente directiva.

3. Não se aplicam os artigos 7º a 12º, se o agente comercial não for total ou parcialmente remunerado por comissão.

#### Artigo 7º

1. Pelas operações comerciais concluídas durante a vigência do contrato de agência, o agente comercial tem direito à comissão:

a) Se a operação tiver sido concluída em consequência da sua intervenção, ou

b) Se a operação tiver sido concluída com um terceiro já seu anterior cliente para operações do mesmo género.

2. O agente comercial tem igualmente direito à comissão por operações concluídas durante a vigência do contrato de agência:

- se estiver encarregado de um sector geográfico ou de um grupo de pessoas determinadas,

- ou se gozar de um direito de exclusividade para um sector geográfico ou um grupo de pessoas determinadas,

e a operação tiver sido concluída com um cliente pertencente a esse sector ou a esse grupo.

Os Estados-membros devem inserir na sua lei uma ou outra das possibilidades previstas nos dois travessões anteriores.

#### Artigo 8º

Para operações comerciais concluídas após a cessação do contrato de agência, o agente comercial tem direito à comissão:

a) Se a operação se dever principalmente à actividade por ele desenvolvida ao longo do contrato de agência e se a operação for concluída num prazo razoável após a cessação desse contrato, ou

b) Se, de acordo com as condições referidas no artigo 7º, a encomenda do terceiro tiver sido recebida pelo comitente ou pelo agente comercial antes da cessação do contrato de agência.

#### Artigo 9º

O agente comercial não tem direito à comissão referida no artigo 7º, se esta for devida, por força do artigo 8º, ao agente comercial anterior, a não ser que, dadas as circunstâncias, se verifique ser equitativo partilhar a comissão entre os agentes comerciais.

#### Artigo 10º

1. O direito à comissão adquire-se logo que e na medida em que se verifique uma das seguintes circunstâncias:

a) O comitente ter executado a operação;

b) O comitente dever ter executado a operação por força do acordo concluído com o terceiro;

c) O terceiro ter executado a operação.

2. O direito à comissão adquire-se o mais tardar no momento em que o terceiro executa a sua parte na operação ou no momento em que devesse tê-la executado, se o comitente tiver executado a sua parte na operação.

3. A comissão será paga o mais tardar no último dia do mês seguinte ao trimestre em que o direito tiver sido adquirido.

4. Não pode ser derogado por acordo o disposto nos nos. 2 e 3 em prejuízo do agente comercial.

#### Artigo 11º

1. O direito à comissão só se extingue se e na medida em que:

- o contrato entre o terceiro e o comitente não for executado, e

- a não execução não for devida a circunstâncias imputáveis ao comitente.

2. As comissões que o agente comercial já tiver recebido serão reembolsadas, se se extinguir o respectivo direito.

3. O disposto no nº 1 não pode ser derogado por acordo em prejuízo do agente comercial.

#### Artigo 12º

1. O comitente enviará ao agente comercial uma lista das comissões devidas o mais tardar no último dia do mês seguinte ao trimestre em que o respectivo direito tiver sido adquirido. Essa lista indicará todos os elementos essenciais que serviram de base ao cálculo do montante das comissões.

2. O agente comercial tem o direito de exigir que lhe sejam fornecidas todas as informações, nomeadamente um extracto dos livros de contabilidade, que estejam à disposição do comitente e que sejam necessárias ao agente para verificar o montante das comissões devidas.

3. Não pode ser derogado por acordo o disposto nos n.ºs 1 e 2 em prejuízo do agente comercial.



4. Esta directiva não colide com as disposições internas dos Estados-membros que reconheçam ao agente comercial o direito de consulta dos livros de contabilidade do comitente.

#### CAPÍTULO IV

##### Celebração e fim do contrato de agência

##### Artigo 13º

1. Cada uma das partes tem o direito de, a seu pedido, obter da outra parte um documento escrito assinado que indique o conteúdo do contrato, incluindo o de posteriores aditamentos. Este direito é irrenunciável.

2. Sem prejuízo do nº 1, um Estado-membro pode determinar que um contrato de agência só é válido, se revestir a forma escrita.

##### Artigo 14º

Considera-se transformado em contrato de agência por tempo indeterminado o contrato por prazo determinado que continue a ser executado pelas duas partes após o seu termo.

##### Artigo 15º

1. Quando o contrato de agência for celebrado por tempo indeterminado, cada uma das partes poderá pôr-lhe termo mediante pré-aviso.

2. O prazo de pré-aviso é de um mês para o primeiro ano do contrato, de dois meses para o segundo ano iniciado e de três meses para o terceiro ano iniciado e anos seguintes. As partes não podem convencionar prazos de pré-aviso mais curtos.

3. Os Estados-membros podem fixar o prazo de pré-aviso em quatro meses para o quarto ano do contrato, em cinco meses para o quinto ano e em seis meses para o sexto ano e anos seguintes. Podem determinar que as partes não possam convencionar prazos de pré-aviso mais curtos.

4. Se as partes convencionarem prazos mais longos que os previstos nos nºs 2 e 3, o prazo de pré-aviso a respeitar pelo comitente não deve ser mais curto do que o prazo a observar pelo agente comercial.

5. Salvo convenção das partes em contrário, o fim do prazo de pré-aviso deve coincidir com o fim de um mês civil.

6. O presente artigo aplica-se aos contratos por prazo determinado transformados, nos termos do artigo 14º, em contratos por tempo indeterminado, entendendo-se que, para o cálculo do prazo de pré-aviso, se deve ter em conta o prazo determinado anterior.

##### Artigo 16º

A presente directiva não pode colidir com a aplicação do direito dos Estados-membros sempre que este preveja o termo do contrato sem prazo:

a) No caso de uma das partes não cumprir total ou parcialmente as suas obrigações;

b) No caso de surgirem circunstâncias excepcionais.

#### Artigo 17º

1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indenização, nos termos do nº 2, ou uma reparação por danos, nos termos do nº 3.

2. a) O agente comercial tem direito a uma indenização se e na medida em que:

- tiver angariado novos clientes para o comitente ou tiver desenvolvido significativamente as operações com a clientela existente e ainda se resultarem vantagens substanciais para o comitente das operações com esses clientes, e

- o pagamento dessa indenização for eqüitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e que resultem das operações com esses clientes. Os Estados-membros podem prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não concorrência na acepção do artigo 20º.

b) O montante da indenização não pode exceder um valor equivalente a uma indenização anual calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente comercial durante os últimos cinco anos, e, se o contrato tiver menos de cinco anos, a indenização é calculada com base na média do período.

c) A concessão desta indenização não impede o agente comercial de reclamar uma indenização por perdas e danos.

3. O agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação das suas relações com o comitente.

Esses danos decorrem, nomeadamente, da cessação em condições:

- que privem o agente comercial das comissões que receberia pela execução normal do contrato, e que simultaneamente proporcionem ao comitente vantagens substanciais ligadas à actividade do agente comercial;

- e/ou que não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do comitente.

4. O direito à indenização referido no nº 2 ou a reparação por danos referida no nº 3 existe igualmente quando a cessação do contrato ficar a dever-se à morte do agente comercial.

5. O agente comercial perde o direito à indenização nos casos referidos no nº 2 ou reparação por danos nos casos referidos no nº 3, se, no prazo de um ano a contar da cessação do contrato, não notificar o comitente de que pretende receber a indenização.

6. A Comissão apresentará ao Conselho, no prazo de oito anos a contar da notificação da presente directiva, um relatório sobre a aplicação do presente artigo, submetendo-lhe eventualmente propostas de alteração.

## Artigo 18º

Não é devida a indenização ou a reparação referida no artigo 17º:

- a) Quando o comitente tiver posto termo ao contrato por um incumprimento imputável ao agente comercial e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento da cessação do contrato sem prazo;
- b) Quando o agente comercial tiver posto termo ao contrato, a não ser que essa cessação seja devida a circunstâncias imputáveis ao comitente ou à idade, enfermidade ou doença do agente comercial que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas actividades;
- c) Quando, por acordo com o comitente, o agente comercial ceder a terceiros os direitos e obrigações que para ele decorrem do contrato de agência.

## Artigo 19º

As partes não podem, antes da cessação do contrato, derogar o disposto nos artigos 17º e 18º em prejuízo do agente comercial.

## Artigo 20º

1. Para efeitos da presente directiva, a convenção que preveja a restrição das actividades profissionais do agente comercial após a cessação do contrato é designada por cláusula de não concorrência.
2. A cláusula de não concorrência só é válida se e na medida em que:
  - a) Revestir a forma escrita; e
  - b) Disser respeito ao sector geográfico ou ao grupo de pessoas e ao sector geográfico confiados ao agente comercial bem como ao tipo de mercadorias de que, nos termos do contrato, ele tinha a representação.
3. A cláusula de não concorrência só é válida por um período máximo de dois anos após a cessação do contrato.
4. O presente artigo não prejudica as disposições de direito nacional que introduzam outras restrições à validade ou à aplicabilidade das cláusulas de não concorrência ou que estabeleçam que os tribunais podem diminuir as obrigações das partes resultantes de tal acordo.

## CAPÍTULO V

### Disposições gerais e finais

## Artigo 21º

Nenhuma disposição da presente directiva pode obrigar um Estado-membro a determinar a divulgação de dados, nos casos em que essa divulgação seja contrária à ordem pública.

## Artigo 22º

1. Até 1 de Janeiro de 1990, o mais tardar, os Estados-membros porão em vigor as disposições necessárias para dar cumprimento à presente directiva e do facto informarão imediatamente a Comissão. As referidas disposições aplicar-se-ão, pelo menos, aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor.

As referidas disposições aplicar-se-ão aos contratos em curso, em 1 de Janeiro de 1994, o mais tardar.

2. A partir da notificação da presente directiva, os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das disposições essenciais de ordem legislativa, regulamentar ou administrativa que adoptaram no domínio regulado pela presente directiva.

3. Todavia, no que diz respeito à Irlanda e ao Reino-Unido, a data de 1 de Janeiro de 1990 referida no nº 1 será substituída pela de 1 de Janeiro de 1994.

No que diz respeito à Itália, esta data será substituída pela de 1 de Janeiro de 1993 relativamente às obrigações decorrentes do artigo 17º.

Artigo 23º

Os Estados-membros são destinatários da presente directiva.

Feito em Bruxelles, em 18 de Dezembro de 1986.

Pelo Conselho

O Presidente

M. JOPLING

<http://www.cita.es/euroagent/> - Acessado em 4.3.06

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)