

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gustavo Luís da Cruz Haical

**O CONTRATO DE AGÊNCIA:
SEUS ELEMENTOS TIPIFICADORES E EFEITOS JURÍDICOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Klein Zanini

Co-orientadora: Prof.^a Dr.^a Judith Martins-Costa

Porto Alegre
2010

Dedico esse trabalho à memória de Pontes de Miranda, pelo legado que deixou em sua monumental obra; ao meu irmão, Rafael da Cruz Haical, pela amizade cada vez mais sólida; à minha mãe, Maria Roselaine da Cruz Haical, pela incondicionalidade do seu amor; e ao meu pai, Celso Luiz Afonso Haical, pelo modelo em casa, no escritório e na vida.

AGRADECIMENTOS

Muito embora a elaboração da dissertação de mestrado me tenha levado a um estado de relativa solidão, para que eu pudesse estudar e meditar, não pode ser considerada um ato exclusivamente meu. Se assim afirmasse, estaria sendo injusto.

Agradeço aos funcionários da Secretaria do Curso de Pós-graduação em Direito, pela cordialidade e atenção para comigo, e à CAPES, por possibilitar a minha dedicação à pesquisa e à elaboração desse trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Professor Carlos Klein Zanini, por ter em mim confiado quando me aceitou como seu orientando, fato sem o qual não seria possível o meu ingresso no Programa de Pós-graduação em Direito da UFGRS. Igualmente agradeço à Professora Véra Maria Jacob de Fradera, pelo apoio e estímulo durante o curso de mestrado.

Agradeço ao meu grande amigo, Professor Guilherme Camargo Massaú, pelo sólido vínculo de amizade, iniciado quando fomos colegas no curso de graduação, época em que começamos a acalentar os ideais que ainda hoje partilhamos e queremos ver realizados. Ele sabe o quanto se sonhou e lutou para que fosse alcançada e concluída essa etapa.

Um agradecimento especial faço à caríssima Professora Judith Martins-Costa, e isso se deve não apenas ao fato de ela ser um paradigma de excelência como jurista e docente, o que levou o seu nome a se tornar sinônimo de qualidade, mas também ao fato de os seus ensinamentos alcançarem o âmago daqueles que por ela são instruídos, deixando-lhes uma marca indelével, não só no plano jurídico, mas também cultural e moral. Some-se a isso a feliz circunstância de eu manter, hoje, com ela os laços mais intensos de amizade.

Agradeço, por fim, ao meu pai, porque foi ele quem - quando eu ingressei nos bancos acadêmicos, período onde já imperava a degradante superficialidade no estudo do direito - me ensinou não ser possível aprender e entender Direito Privado sem o estudo sistemático do *Tratado de Direito Privado*, de Pontes de Miranda. Hoje, tenho a certeza de que aquela lição foi fundamental, não só para aprender e entender o Direito Privado, mas o Direito, simplesmente.

ãA dúvida entristece. E é preciso matar as razões de dúvida.ö

Pontes de Miranda

RESUMO

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, uma releitura do importantíssimo contrato de agência tornou-se imperiosa. Tal necessidade adveio do fato de que o Código Civil se tornou o regramento central desse contrato, passando a lei nº 4.886/65 a ter aplicação suplementar. Some-se a isso a necessidade de se analisar esse contrato tendo-se por compreensão ser a relação jurídica obrigacional uma estrutura complexa a desenvolver-se permeada pelo princípio da boa-fé objetiva.

Portanto, o presente trabalho tem por finalidade analisar o contrato de agência quanto à sua estrutura, vinculada aos seus elementos tipificadores, que se encontram no artigo 710 do Código Civil, e aos efeitos jurídicos decorrentes quando da sua existência no mundo jurídico. Na primeira parte do trabalho, analisam-se os elementos tipificadores do contrato de agência, sua natureza jurídica e a distinção dos contratos afins. Na segunda parte, analisam-se, sob o prisma da relação jurídica como estrutura complexa, os direitos e deveres do agente e do agenciado.

ABSTRACT

With the entry into force of the Civil Code in 2002, a reinterpretation of the agency contract became imperative. Such need stemmed from the fact that the Civil Code has become the central norm of this contract; thus, Act n. 4888/65 gained a supplementary application role. Additionally, there is a need to analyze the contract as a complex structure to the developed through the principle of objective good faith from a legal obligation compulsory scheme perspective.

Therefore, the present study aims to analyze the agency contract structure connected to its statements of fact, as stated by Article 710 of the Civil Code, and to the legal effects resulting from its existence in the legal world. The statements of fact of agency contract, their legal nature and their distinction from related contracts are analyzed in the first part of the study; the complex structure of the rights and duties between the commercial agent and the principal are analyzed through the legal relation prism in the second part.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I. OS ELEMENTOS TIPIFICADORES DO CONTRATO DE AGÊNCIA, SUA NATUREZA JURÍDICA E A DISTINÇÃO COM OS CONTRATOS AFINS	20
1. OS ELEMENTOS TIPIFICADORES DO CONTRATO DE AGÊNCIA	21
1.1. A existência de uma pessoa: os figurantes do contrato de agência e a não obrigatoriedade de serem eles empresários ou sociedades empresariais	21
1.2. A atividade exercida em caráter não eventual	31
1.3. Zona determinada	34
1.3.1. A exclusividade	34
1.4. Atos praticados à conta de outrem	43
1.4.1. Alcance da expressão à conta de outrem: distinção de quem nome de outrem	43
1.4.2. O parágrafo único do art. 710 do CC/2002: a outorga de poderes de representação pelo agenciado para o agente atuar à sua conta e em seu nome	45
<i>1.4.2.1. A manutenção do contrato de agência quando da outorga de poderes e o caráter secundário da obrigação de concluir negócios</i>	46
<i>1.4.2.2. Dos limites objetivos da outorga de poder para que sejam concluídos negócios em nome do agenciado</i>	49
<i>1.4.2.3. O agente atuando em juízo ao agenciado e recebendo reclamações atinentes aos negócios promovidos junto aos clientes: análise do artigo 30 da Lei nº 4.886/65</i>	50
<i>1.4.2.4. O agente falso procurador: teoria da aparência</i>	53
2. A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE AGÊNCIA E SUA DISTINÇÃO DOS CONTRATOS AFINS	57
2.1. A natureza jurídica do contrato de agência: de duração, de confiança e de gestão de interesses alheios	58
2.2. O contrato de agência e sua distinção com os contratos afins	65
PARTE II. DOS DEVERES DO AGENTE E DO AGENCIADO	78
1. A RELAÇÃO JURÍDICA COMO UMA ESTRUTURA COMPLEXA E DINÂMICA E O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA	79
2. OS DEVERES DO AGENTE	83
2.1. Dever jurídico principal do agente: promover a realização de negócios	83
2.1.1. A natureza dos atos de promoção praticados pelo agente	90

2.1.2. O que se há de entender por õrealização de certos negóciosõ?	91
2.1.2.1. A determinação do negócio jurídico a ser promovido pelo agente	93
2.1.2.2. A obrigação principal do agente é de meio ou de resultado?	96
2.2. Deveres secundários	99
2.2.1. O dever de diligência: o padrão de conduta objetivo do agente	100
2.2.2. O dever de obedecer às instruções do agenciado	103
2.2.2.1. A natureza jurídica das instruções do agenciado e a sua importância para o adimplemento perfeito das obrigações do agente	103
2.2.2.2. As instruções e a relativização da autonomia do agente	107
2.3. Deveres laterais: o dever de informar	109
3. OS DEVERES DO AGENCIADO	120
3.1. O dever principal do agenciado: a remuneração a ser paga ao agente	121
3.1.1. A remuneração pelo cumprimento do dever jurídico principal do agente: comissão	121
3.1.1.1. O surgimento do direito à comissão e as modalidades de constituição desse direito	126
3.1.1.2. Da proteção à legítima expectativa do agente ao advento do direito à remuneração	131
3.1.1.3. Da proteção do direito à comissão em razão de causa imputada ao agenciado	137
3.1.1.4. Do surgimento da pretensão à comissão	140
3.1.2. O dever de reembolso dos gastos extraordinários, o dever ao adimplemento da remuneração por cumprimento de deveres acessórios e a gratificação por metas alcançadas	143
3.2. O dever secundário de prestar documentos necessários ao satisfatório cumprimento da atividade de promoção do agente	145
3.3. Deveres laterais do agenciado	146
CONCLUSÃO	149
REFERÊNCIAS	151

INTRODUÇÃO

Do processo econômico de distribuição mercantil, o qual tem por fim diminuir as distâncias física e temporal entre produtor e consumidor,¹ originaram-se os contratos de distribuição. Esses contratos são, tal como hoje os concebemos, um fenômeno relativamente recente na história do direito privado, tendo pouco mais de um século de existência.² Numa acepção geral, os contratos de distribuição são todos aqueles que têm por finalidade interligar as fases do processo de comercialização de um bem ou serviço disponibilizado no mercado por determinada pessoa, por intermédio da atuação, formalmente independente, de um terceiro.³

O ponto de partida para a constituição desses contratos foi a alteração do modo de produção de bens no tráfego.⁴ A produção e a distribuição de bens, até o século XVIII, não estavam separadas, pois se centravam na mesma pessoa.⁵ A atividade comercial encontrava-se circunscrita à atividade do fabricante, que produzia artesanalmente determinado bem para atender a um mercado puramente local, formado por diminuta clientela e com a qual mantinha relação constante.⁶ Somente eram adquiridas mercadorias de localidades distantes, quando elas não podiam ser fabricadas no lugar. Nesses casos, as operações de negócio eram pontuais entre fabricante e revendedor, sendo mínimo o reconhecimento do fabricante perante o adquirente final.⁷ Nesse sentido, não existiam, entre o processo de produção e o de comercialização, fases distintas e independentes.⁸

As conjunções existentes no tráfego, durante o período abarcado pelo final do século XVIII e início do século XIX, compreendidas por uma série de progressos científicos e técnicos e por fatores culturais, políticos e econômicos, dão azo ao surgimento da Revolução

¹ PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Napoli: Jovene, 1979, p. 1. GARCIA HERRERA, Alicia. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 110. SORIA FERRANDO, José V. *El agente de comercio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 11.

² PARDOLESI, 1979, p. 6. GARCIA HERRERA, 2006, p. 110. SORIA FERRANDO, 1996, p. 11.

³ PARDOLESI, op. cit., p. 1.

⁴ Ibid., p. 6-7.

⁵ SORIA FERRANDO, 1996, p. 15. QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*. Madrid: Edersa, 2000, p. 39.

⁶ SORIA FERRANDO, op. cit., p. 15. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 39.

⁷ SORIA FERRANDO, op. cit., p. 15. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 39.

⁸ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 40.

Industrial. A partir desse período, advém radical transformação, tanto no processo de produção quanto no processo de comercialização.⁹

Assim, com a Revolução Industrial, deixou-se para trás a produção artesanal de bens, passando-se para um modo de produção em série e larga escala. Isso leva, inexoravelmente, à alteração das relações comerciais.¹⁰ Por intermédio da produção em série e em massa, a indústria passa a ser parte central da economia, refletindo-se esta alteração no Direito dos contratos, pois, em decorrência da transformação da produção de bens e da necessidade de os produtores alcançarem o mercado de um modo mais abrangente, exsurge o problema referente ao modo como seriam distribuídos os bens produzidos.¹¹ Mediante essa nova dimensão do processo de produção, veio a calhar a necessidade de utilização de técnicas diversas das existentes para que se saísse de um paradigma bipolar de escoamento da produção, até o momento baseada na relação produtor/consumidor. Isso levou a que se exigisse a constituição do processo de distribuição.¹² Deu-se, portanto, a substituição do termo *comércio* pelo termo *distribuição*,¹³ fortalecendo-se, inclusive, nesse novo modelo, a chamada *ciência* do *marketing*.¹⁴

No modelo então instaurado, o produtor não poderia mais ter a sua atividade de escoamento de produção circunscrita ao lugar onde eram fabricados os bens, devendo conquistar novos mercados, ainda que totalmente desconhecidos. Para a atuação nesses novos e distantes mercados, veio a convir ao produtor atuar mediante intermediários, com os quais compartilharia interesses.¹⁵ Essas relações começaram a ser estabelecidas por meio de novas

⁹ SORIA FERRANDO, 1996, p. 15.

¹⁰ PARDOLESI, 1979, p. 9-10. GARCIA HERRERA, 2006, p. 112. FONTCUBERTTA LLANES, Javier. *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 43.

¹¹ PARDOLESI, op. cit., p. 10. GARCIA HERRERA, 2006, p. 113. FONTCUBERTTA LLANES, 2009, p. 43.

¹² GARCIA HERRERA, op. cit., p. 112-113.

¹³ PARDOLESI, op.cit., p. 8. *È ovvio, tuttavia, che la stessa adozione di un termine diverso — distribuzione in luogo di commercio — non è causale; e sta a indicare una profonda alterazione del rapporto produzione-intermediazione commerciale, tale da segnare una indiscutibile soluzione di continuità rispetto al passato. Fatta la tara di talune mode verbali, non sembra esservi dubbio che la produzione sia stata, per lungo tempo, orientata all'autoconsumo, e solo in epoca moderna adattata alle esigenze ed opportunità della sviluppo mercantile.* GARCIA HERRERA, op. cit., p. 112.

¹⁴ PARDOLESI, op. cit., p. 10. *Di tutto ciò è precisa testimonianza l'emergere della scienza del marketing. Essa compie i primi passi, sul finire del secolo scorso, negli Stati Uniti; e non si tratta di una germinazione spontanea, ma della prima, precisa risposta ad una esigenza ormai largamente avvertita in numerosi settori industriali. La sua crescita costante, il suo diffondersi a macchia d'olio nei paesi occidentali possono dunque assumersi, a buon diritto, come spia di una radicale trasformazione del commercio: la sua nuova dimensione, sia quantitativa che qualitativa, si esprime appunto nella problematica della distribuzione.*

¹⁵ FONTCUBERTA LLANES, op.cit., p. 43.

figuras contratuais, que foram sendo cunhadas para atender às necessidades impostas. A reiteração desses novos modelos tornou-os, aos poucos, tipificados nos usos do tráfico, destacando-se como principal característica o fato de estarem assentados na confiança recíproca entre os figurantes.¹⁶

Seguindo-se essa evolução do tráfico, efetivaram-se a distribuição de bens e também a de serviços.¹⁷

No atual quadro do processo de distribuição de bens ou serviços que oferece no mercado, uma determinada empresa tem por escopo concluir o maior número possível de contratos, tendo, com isso, o menor custo. Entretanto, as características do bem ou serviço que disponibiliza e do mercado onde pretende penetrar (em que se incluem os vários tipos de consumidores e os concorrentes), bem como um possível desconhecimento acerca do funcionamento desse mercado, que pode estar situado, por exemplo, no exterior, levam a empresa a não se furtar de adotar e implantar um canal de distribuição, a fim de alcançar os seus desígnios de obter maior lucro pelo menor custo. O canal de distribuição adotado efetivar-se-á por intermédio da conclusão de um tipo de contrato de distribuição, enquadrado no tipo de política comercial da empresa.

Com base nas habituais políticas comerciais adotadas pelas empresas, começamos a identificar, no plano doutrinário, dois modos de organização estrutural do processo distributivo: um direto e outro indireto.¹⁸

A distribuição indireta é constituída por um sistema baseado na divisão do trabalho e na ideia de especialização, no qual o produtor se preocupa somente com a produção, deixando a cargo de um terceiro — o distribuidor — a responsabilidade pela distribuição dos bens ou serviços por ele, produtor, disponibilizados.¹⁹ O fabricante faz chegar determinado bem ao mercado, por intermédio de um terceiro que, atuando por sua conta e em nome próprio, adquire o bem pelo primeiro disponibilizado e posteriormente o revende ao consumidor final, assumindo os riscos da atividade.²⁰ São exemplos de contrato de distribuição indireta o de concessão, o de franquia e o de distribuição *stricto sensu*.

¹⁶ GARCIA HERRERA, 2006, p. 115-116.

¹⁷ PARDOLESI, 1979, p. 2.

¹⁸ PARDOLESI, op. cit., p. 12.

¹⁹ PARDOLESI, op.cit., p. 12. GARCIA HERRERA, op. cit., p. 129. CASSANO, Giuseppe. Introdução. In: I CONTRATTI di distribuzione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 8. FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44-45. FONTCUBERTA LLANES, 2009, p. 62-64.

²⁰ FONTCUBERTA LLANES, op. cit., p. 62.

A distribuição direta pressupõe que as funções inerentes à distribuição estão a cargo da empresa produtora, embora ela se utilize de um intermediário. Assim, concentra-se no produtor não somente a preocupação com a atividade de fabricação do bem ou a disponibilização do serviço, mas, de igual modo, o ato final no processo de distribuição o poder de controle sobre a conclusão do contrato e o ato de adimplemento.²¹ Desse modo, ocorrerá a distribuição direta quando a conclusão e o adimplemento do contrato se derem na sede do distribuidor ou quando esse distribuidor se utilizar da constituição ou de uma filial ou de um auxiliar dependente, *e.g.*, um viajante ou praticista, um auxiliar independente, *e.g.*, um agente ou comissionário.²² Ademais, como característica comum dessa espécie de distribuição, não há a transmissão da propriedade do bem a ser distribuído no mercado aos intermediários, permanecendo a propriedade na esfera do produtor. De igual modo, mantêm-se, em regra, na esfera do fornecedor os riscos inerentes aos custos da distribuição, como, por exemplo, os custos com transporte, publicidade, entrega de produtos, viabilidade dos contratos a serem concluídos etc.²³ Por tais características, pertence à categoria dos contratos de distribuição direta o contrato de agência, pois, em suma, o poder de controle da conclusão e do adimplemento do contrato é do agenciado.²⁴ Isso porque a atividade do agente apresenta a função econômica de levar o agenciado a alcançar a distribuição, em determinada zona, do bem ou do serviço oferecido, através da atividade de promoção à conclusão de contrato à conta e no interesse do agenciado junto a terceiros.²⁵

O contrato de agência tem papel relevante dentre os contratos de distribuição. Entretanto, o contrato de agência, tal qual hoje concebido, passou por um longo processo de evolução, tanto no âmbito do tráfego como no âmbito da legislação.²⁶ Tal processo desenvolveu-se no início do século XIX, quando começaram a se concretizar os elementos

²¹ PARDOLESI, 1979, p. 13. GARCIA HERRERA, 2006, p. 119. CASSANO, 2006, p. 7. FORGIONI, 2005, p. 44. FONTCUBERTA LLANES, 2009, p. 62.

²² PARDOLESI, *op. cit.*, p. 13. GARCIA HERRERA, *op. cit.*, p. 119. CASSANO, *op. cit.*, p. 7. FORGIONI, *op. cit.*, p. 44. FONTCUBERTA LLANES, *op. cit.*, p. 62.

²³ FONTCUBERTA LLANES, *op. cit.*, p. 62.

²⁴ PARDOLESI, *op. cit.*, p. 84. GARCIA HERRERA, *op. cit.*, p. 119. MARTÍNEZ SANZ, Fernando. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. 2. ed. Civitas: Madrid, 1998, p. 33.

²⁵ TRIONI, Guido. Del contratto di agenzia. In: COMMENTARIO del Codice Civile. Bologna: Zanichelli, 2006, p. 1.

²⁶ TRIONI, 2006, p. 1.

tipificadores do contrato de agência, permitindo-se identificá-lo como um contrato típico e autônomo.²⁷

A formação no tráfico do contrato de agência dá-se por não mais poder o contrato de comissão, cunhado em período histórico anterior,²⁸ atender aos interesses do fabricante tal como impunha a nova realidade imposta pela Revolução Industrial. Dentre os elementos tipificadores do contrato de comissão, o propulsor a torná-lo, já naquele período, um tipo contratual ultrapassado, está a atuação não estável do comissionário, ou seja, a atuação ocasional.²⁹ Tal característica não permite ao comitente ter elevado poder de controle sobre a atividade do comissionário, nem uma penetração eficaz no mercado.³⁰ A ocasionalidade não possibilita ao comitente estreitar os laços de confiança da clientela junto ao produtor e ao bem por ele disponibilizado, pois, no novo mercado explorado, não há como ser instaurada uma relação estável e direta com os clientes.³¹

Para atender à premente necessidade de se ter um contato estável junto à clientela, veio a ser utilizada a figura dos trabalhadores dependentes — os viajantes —, caracterizados por uma relação de dependência junto ao industrial.³² Muito embora a figura dos viajantes se ajuste à necessidade de se alcançar uma relação estável em determinado mercado, ela apresenta desvantagens, em igual proporção, em relação às do contrato de comissão, pois esta

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XLIV, § 4.762, 1, p. 24. «A conceituação é recente, porque recente é a própria figura. Apareceu muito depois do mediador, do comissionário e do corretor. O agente, típico, é criação do século passado.» PARDOLESI, 1979, p. 94. TRIONI, 2006, p. 2. QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío, 2000, p. 38. MARTÍNEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 2000, p. 1. BORTOLOTTI, Fabio et al. *Il contratto di agenzia commerciale*. In: MANUALE di diritto della distribuzione. Padova: Cedam, 2007, v. 1, p. 2. BARATA, Carlos Lacerda. *Sobre o contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 14.

²⁸ Sobre a formação do contrato de comissão, analisar: GARRIDO, José Maria. *Las instrucciones en el contrato de comisión*. Madrid: Civitas, 1995, p. 13-20.

²⁹ PARDOLESI, op. cit., p. 94. TRIONI, op. cit., p. 2. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 42. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 2. SORIA FERRANDO, op. cit., p. 17.

³⁰ TRIONI, op. cit., p. 2. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 1-2. SORIA FERRANDO, 1996, p. 17.

³¹ PARDOLESI, 1979, p. 94, nota 6. «La fortuna dell'istituto fu portato in inequivoco di contingenze economico-giuridiche, in gran parte dissolte già sul finire del secolo scorso. Lo straordinario progresso dei mezzi d'informazione, la possibilità di vendita su campione (date le caratteristiche tendenzialmente uniformi della produzione di massa), le nuove frontiere dell'attività creditizia, la propensione dell'industria a render quanto più immediato il contatto coi clienti: questi e altri fattori contribuirono a segnare il declino della figura del comissionario, a tutto vantaggio di altri operatori commerciali.» TRIONI, op. cit., p. 2.

³² PARDOLESI, op. cit., p. 94-95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 42-43. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 2. SORIA FERRANDO, op. cit., p. 17.

forma de colaboração apresenta custos desmedidos, que não são compensatórios com a necessidade de se manter contatos sucessivos com a clientela.³³

A enorme distância entre a zona de distribuição dos produtos e a de sua fabricação levou o industrial a perder o poder de controle sobre o viajante.³⁴ Para conseguir que o viajante efetuasse visitas frequentes ao cliente, o industrial teve que reduzir a zona de atuação do último, fato que tornou imperioso ao produtor contratar um maior número de trabalhadores subordinados.³⁵ A proporção do volume de negócios numa área reduzida tornou antieconômica, para o produtor, a atividade do viajante, em razão dos elevados custos, representados principalmente pelo pagamento de um salário fixo, independentemente da sua produtividade.³⁶

Tudo isso conduziu à busca de uma nova espécie de intermediário, que atuasse de modo estável e ao qual não se tivesse de pagar um salário constante. Ele somente teria direito a ser remunerado na proporção dos resultados obtidos em favor do industrial para o qual estava atuando, bem como teria de suportar alguns custos e riscos decorrentes da função.³⁷ Do próprio problema retirou-se a solução: para alcançar a venda em determinada zona territorial, a empresa estabeleceu uma relação, baseada estritamente na confiança, com determinado sujeito, repartindo com ele as vantagens da representação, liberando-o de um estrito poder de controle e permitindo-lhe alcançar maior lucratividade pelo exercício dessa atividade.³⁸ Os intermediários passam a ter a oportunidade de estabelecer um número indefinido de relações, dependendo somente da sua capacidade de trabalho.³⁹ Outro fator que aguça o interesse nessa nova espécie contratual, principalmente no que se refere aos intermediários, é a independência da profissão.⁴⁰ Com essas características surgiram a figura do agente e o contrato de agência. Tal contrato ô mesmo tendo sido formado pela mutação de vários elementos de outros

³³ PARDOLESI, 1979, p. 95. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 43. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 1-2. SORIA FERRANDO, 1996, p. 2 e 17.

³⁴ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 43. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 2. SORIA FERRANDO, op. cit. p. 17-18.

³⁵ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 43.

³⁶ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 43. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 2.

³⁷ PARDOLESI, op. cit., p. 95. ò-Emergeva così il bisogno di intermediari operanti in pianta stabile, per i quali non occorresse pagare un intero salario, ma solo un compenso in ragione dei risultati sortiti.ò QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 44. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 2. SORIA FERRANDO, op. cit., p. 18.

³⁸ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 44.

³⁹ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 44. SORIA FERRANDO, op. cit., p. 18.

⁴⁰ PARDOLESI, op. cit., p. 95. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 44. SORIA FERRANDO, op. cit., p. 19.

contratos, como os de comissão, de mediação e de trabalho subordinado ô configurou-se um tipo original. Este fato retardou a sua tipificação na lei.⁴¹

O contrato de agência, assim como o contrato de comissão, nasceu para que fossem atendidos os anseios dos comerciantes de verem vencidas as dificuldades impostas pelo tráfego para organizar, da melhor forma, a atividade comercial distributiva e de exploração dos mercados.⁴² Pelas vantagens apresentadas e por se ter progressivamente consolidado nos usos do tráfego da atividade distributiva, o contrato de agência tornou premente a sua tipificação como modelo jurídico legal.⁴³

A Alemanha foi o primeiro país a tratar acuradamente da tipificação legal do contrato de agência. Isso ocorreu, mais precisamente, no biênio de 1857/58, quando a tipificação foi objeto de viva discussão no âmbito da Comissão de Nuremberg, a qual tratava de elaborar o Código Comercial alemão. Esse projeto, entretanto, não vingou.⁴⁴ Nos últimos decênios do século XIX, a figura do agente era reconhecida no tráfego, na comercialização do produto industrial, como um típico intermediador externo da indústria. Tal fato levou ao reconhecimento jurídico da figura, no ano de 1892, numa decisão do *Reichsgericht*.⁴⁵ Com base nessa decisão, houve o delineamento jurídico do contrato de agência.⁴⁶ Estava aberto o caminho para que o legislador alemão viesse a incluí-lo como espécie de contrato tipificado no Código Comercial.⁴⁷

No projeto do Código Comercial alemão de 1896, tomando como causa a destacada importância que a figura do agente possuía no tráfego,⁴⁸ foram dedicados nove parágrafos à

⁴¹ PARDOLESI, 1979, p. 96. «Ecco, dunque, la figura dell'agente. Certo, esso non si crea dal nulla; mutua il carattere dell'autonomia dallo *status* dei mediatori e commissionari, quello della stabilità dal rapporto di lavoro subordinato; e contamina ancora altri aspetti dell'uno e dell'altro. Nondimeno, si tratta di un fenomeno affatto originale. E ne sono riprova le difficoltà che ritardano il suo ingresso nell'universo giuridico.» QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 53-54. SORIA FERRANDO, 1996, p. 19.

⁴² QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 54.

⁴³ PARDOLESI, op. cit., p. 96-97. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 54.

⁴⁴ PARDOLESI, op. cit., p. 96. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 54.

⁴⁵ PARDOLESI, op. cit., p. 99. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 55.

⁴⁶ PARDOLESI, op. cit., p. 99. «Il contenuto del contratto di agenzia ô vi si affermava ô consiste in ciò, che l'agente si vede riconosciuto il diritto, e si assume l'obbligo, di curare stabilmente la distribuzione delle merci del suo committente in un ambito più o meno limitato, che però l'agente non è in rapporto di servizio col committente; perciò, anche il compenso da questo promessono si presenta come paga per prestazioni determinate, continuative, ma come guadagno proporzionato al risultato raggiunto dall'agente» QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 55.

⁴⁷ PARDOLESI, op. cit., p. 99. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 55.

⁴⁸ PARDOLESI, op. cit., p. 100. «Nella memoria che l'accompagna, si constata che «[l]a attività professionale degli agenti ha [...] raggiunto un'ampiezza molto importante e, nel traffico delle merci, ha in parte soppiantato il commercio di commissione»; e si conferma che «... l'agente non è un membro dipendente dell'organismo

figura do agente § 82 ao 90, os mesmos que na redação final passaram a constar como § 84 a 92. Assim, na primavera de 1897, ao ser aprovado o Código Comercial alemão (HGB), o agente comercial passou a ter, pela primeira vez, tipificação legal.⁴⁹ Aos poucos, outros países passaram a tipificar legalmente o contrato de agência, como, por exemplo, a Itália quando da entrada em vigor do Código Civil de 1942, a França pelo Decreto nº 38-1345, de 23 de dezembro de 1958, alterado pelo Decreto n.º 68-765, de 22 de agosto de 1968.⁵⁰

Pela importância que o contrato de agência representa, desde a sua concepção até o fenômeno da distribuição comercial no âmbito do Direito europeu, tornou-se imperioso o advento de uma legislação que o regulasse de forma unitária. Assim, tendo por base os princípios assentes no Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, foi constituída a Diretiva 86/653/CEE.⁵¹ Os países signatários, por já terem uma lei a reger a matéria, por isso somente realizaram reformas para a coadunar com a Diretiva, como o fizeram a Itália, a França e a Alemanha. Outros, ante a inexistência de uma lei a reger a matéria, constituíram uma, como o fez, a Espanha, ao editar a Lei 12/1992.⁵²

A importância do contrato de agência não se restringiu ao continente europeu. Esse contrato foi e é de fundamental importância nos países da América Latina. No Brasil, esse contrato há longa data concluído. Contudo, no âmbito do Direito brasileiro, tal como no Direito europeu, pode-se identificar uma tardia e dificultosa tipificação desse contrato, tanto na lei como nos usos do tráfico.⁵³

O termo «agência» era empregado pelos antigos comercialistas pátrios e pelo Código Comercial de 1850. Entretanto, identificava os atos praticados por um preposto.⁵⁴ Algo semelhante acontecia com o termo «agente de negócios», confundido com a atividade dos prepostos ou com a atividade dos mediadores ou corretores.⁵⁵ O contrato de agência, naquele

aziendale della casa di commercio, ma opera como *Gewerbetreibender* autonomo». QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 56.

⁴⁹ PARDOLESI, 1979, p. 101. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 56. BORTOLOTTI, et al., 2007, v. 1, p. 2.

⁵⁰ Quanto ao contrato de agência no âmbito do direito francês e italiano, analisar: PARDOLESI, op. cit., p. 101-104 e p. 119-135. MERCADAL VIDAL, Francisco. *El contrato de agencia mercantil*. Bolonia: Real Colegio de España, 1998, p. 302-304 e p. 340-345.

⁵¹ Sobre a constituição da Diretiva 86/653/CEE, analisar: QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 57-71.

⁵² Sobre o direito espanhol, analisar: MERCADAL VIDAL, Francisco, op. cit., p. 87-96 e p. 379-408.

⁵³ REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial: comentários à Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420 de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8. REQUIÃO, Rubens. Agência. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 5, p. 164.

⁵⁴ REQUIÃO, R., 2008, p. 8. REQUIÃO, R., 1977, v. 5, p. 164.

⁵⁵ BRAGA, Leopoldo. Agentes de negócios. In: REPERTÓRIO Enciclopédico do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, v. 2, p. 408. «Não há na lei civil brasileira disposições especiais atinentes aos agentes de

período, não era, portanto, identificado no âmbito do Direito pátrio, tal qual hoje está assentado no artigo 710 do Código Civil.⁵⁶

Assim como no Direito europeu, no Direito brasileiro, o contrato de agência tornou-se reconhecido, como categoria contratual, primeiro nos usos do tráfico.

Com o aumento do número de profissionais a exercerem a profissão de agente, comumente chamado de representante comercial, houve necessidade de tipificar o contrato de agência. Essa necessidade resultava principalmente do fato de tal categoria profissional estar totalmente desprotegida. Pode-se tomar, como exemplo dessa desproteção, a possibilidade de denúncia imotivada do contrato pelo agenciado, após o agente ter conquistado ao último uma clientela fixa em zona até então inexplorada.⁵⁷

A primeira tentativa de regulamentação da matéria veio da resolução aprovada na II Conferência Nacional das Classes Produtoras, realizada em 1949, a qual determinava que fosse encaminhada à comissão do Ministério da Justiça, que elaborava o Projeto de Código Comercial, solicitação da inclusão, no projeto, de artigos que regrassem o contrato de agência.⁵⁸ Após isso, foi realizado, em São Paulo, o 1º Congresso Nacional de Representantes Comerciais, com o intento de prosseguir com as reivindicações da categoria. Os congressistas encaminharam ao Congresso Nacional o anteprojeto de Lei nº 1.171/1949, que, entretanto, não vingou.⁵⁹ A retomada do tema ocorreu no ano de 1961, com o Projeto nº 2.794/61, de autoria do deputado Barbosa Lima Sobrinho. Tal projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados e foi em seguida enviado ao Senado, onde se apresentou o substitutivo nº 38/63, que, aprovado, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, tendo sido também aprovado. A redação final deste projeto foi publicada pelo Diário do Congresso, no ano de 1965.⁶⁰ Ele foi,

negócios, ou reguladoras da *mediação civil*, cuja caracterização contratual, no campo da doutrina e da jurisprudência, tem constituído objeto de dúvidas e controvérsias. Para melhor exame do assunto, vale distinguir, antes de tudo, entre aqueles agentes que trabalham por conta de terceiros — companhias, empresas e outras organizações civis, industriais ou comerciais —, como simples *prepostos*, vendedores ou praticistas, e os *agentes de negócios* propriamente ditos, que atuam por conta própria como mediadores profissionais autônomos e neutros, praticando verdadeiros atos de corretagem civil no trato habitual e generalizado de alheios interesses e transações, entre os quais avultam, com frequência maior, as operações sobre imóveis (grifos do autor).

⁵⁶ Artigo 710 do Código Civil. «Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.»

⁵⁷ REQUIÃO, R., 2008, p. 9. REQUIÃO, R., 1977, v. 5, p. 164.

⁵⁸ REQUIÃO, R., 2008, p. 9.

⁵⁹ Ibid., p. 9.

⁶⁰ Ibid., p. 9.

entretanto, vetado pelo Presidente Castelo Branco, por assemelhar o contrato de agência (representação) ao contrato de trabalho dos viajantes e praticistas, regulado pela Lei nº 3.207/57.⁶¹ Logo após o veto, o Presidente Castelo Branco determinou que fosse reexaminada a matéria pelo Ministério da Indústria e do Comércio. Foi então elaborado um novo projeto, o qual resultou na Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965.⁶²

Muito embora a Lei nº 4.886/65 tenha atendido aos anseios da categoria profissional dos agentes, em razão da precipitação em sua elaboração, seu texto ficou falho e errôneo no emprego de definições e conceitos jurídicos fundamentais.⁶³ As fortes pressões da categoria de profissionais e as reiteradas interpretações dessa lei pelo poder judiciário levaram a que fosse redigida e sancionada a Lei nº 8.420/92, para serem retificados alguns erros da Lei nº 4.886/65. No Código Civil de 2002, a matéria referente ao contrato de agência foi novamente analisada e reformulada.

No Código Civil de 2002, o contrato de agência sofreu alteração quanto à sua sistematização legislativa, tal como pretendeu a Comissão redatora, conforme se depreende da leitura da Exposição de Motivos.⁶⁴ O Código Civil tornou-se o eixo central a regular a matéria, passando a Lei nº 4.886/65, em face da redação do artigo 721 do Código Civil,⁶⁵ a ter aplicação subsidiária. Por esse princípio adotado, houve a derrogação tácita dos artigos da Lei nº 4.886/65, em contradição com os do Código Civil – *e.g.*, a derrogação tácita do artigo 31 da Lei nº 4.886/65,⁶⁶ por estar em contradição com o disposto no artigo 711 do Código Civil.⁶⁷ Essa nova realidade tornou importantíssimo o estudo cauteloso desse modelo contratual de tamanha importância para o fenômeno da distribuição comercial.

⁶¹ Ibid., p. 9-10.

⁶² Ibid., p. 10.

⁶³ Ibid., p. 10.

⁶⁴ REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 42. “[...]. x) Reformulação do contrato de *agência e distribuição* para atender à lei especial que disciplina a matéria sob o título impróprio de *representação comercial*” As ponderações feitas pelos interessados foram levadas na devida conta, o que vem, mais uma vez, confirmar a diretriz seguida no sentido de se procurar sempre a solução normativa mais adequada aos distintos campos de atividade, conciliando-se os interesses das categorias profissionais com as exigências da coletividade” (grifos do autor).

⁶⁵ Artigo 721 do Código Civil. “Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.”

⁶⁶ Artigo 31 da Lei nº 4.886/65. “Prevedo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros. Parágrafo único. A exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.”

⁶⁷ Artigo 711 do Código Civil. “Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.”

Sob essa nova realidade legislativa, o presente trabalho tem por finalidade analisar o contrato de agência quanto à sua estrutura e aos efeitos jurídicos dele decorrentes, quando da sua existência no mundo jurídico. O trabalho ora analisado está constituído tendo como fonte de pesquisa a doutrina, tanto nacional como estrangeira, e a jurisprudência pátria. Embora se tenha, por vezes, utilizado comparações entre a legislação pátria e a legislação estrangeira, não foi realizado nesse trabalho um estudo comparativo.

Na primeira parte do trabalho, analisam-se os elementos tipificadores do contrato de agência, sua natureza jurídica e a distinção dos contratos afins. Na segunda parte, analisam-se, sob o prisma da relação jurídica como estrutura complexa, os direitos e deveres do agente e do agenciado.

PARTE I

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

Dentre os elementos do suporte fático do artigo 710 do Código Civil, figuram aqueles que são essenciais à existência do contrato de agência. A não concreção de um só dos elementos do referido suporte fático não dá existência a esse tipo contratual, podendo dar existência a outra espécie contratual, seja ela típica ou atípica.⁶⁸ Por tal motivo, na primeira parte do trabalho, investigar-se-ão, de modo acurado, o conceito e as particularidades apresentadas por cada um desses elementos do suporte fático do precitado artigo do Código Civil voltados à sua existência. Destaca-se e identifica-se, como elementos do suporte fático do artigo 710 do Código Civil, essenciais à sua existência, tudo aquilo que concerne: aos figurantes do contrato, à zona de atuação, ao caráter não eventual e aos atos praticados à conta de outrem. O elemento do suporte fático da zona de atuação, a exclusividade, por estar diretamente ligada ao elemento precitado, será estudada nessa parte do trabalho, ainda que esteja diretamente ligada ao plano da eficácia do contrato de agência. Outros elementos do suporte fático do artigo 710 do Código Civil – o dever de promover do agente e o dever de remunerar do agenciado –, por estarem vinculados de modo irrestrito ao plano da eficácia, são analisados na segunda parte deste trabalho. Após a análise desses elementos, realiza-se a análise do contrato de agência quanto à sua natureza jurídica, bem como à sua inter-relação e contraposição aos contratos afins.

⁶⁸ TRIONI, 2006, p. 37. RT-596/84. “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL ó Contrato não configurado ó Indenização pleiteada por simples revendedora ó Carência de ação ó Recurso não provido ó Inteligência do art. 1º da Lei 4.886/65. A atividade de quem adquire produtos de fabricação de outrem para revenda por sua conta e risco não se confunde com a representação comercial.”

1. OS ELEMENTOS TIPIFICADORES DO CONTRATO DE AGÊNCIA

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

Quando o Código Civil, no artigo 710, alude às pessoas que desempenharão o papel de agente e agenciado, em momento algum esclarece qual espécie de pessoa o física ou jurídica o pode ser sujeito ativo ou passivo do contrato de agência.

No âmbito do direito comparado, o precitado artigo aproximou-se, sob esse aspecto, da redação do § 1º do artigo 1.742, do Código Civil italiano⁶⁹ e do item 1 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 178/86, de Portugal.⁷⁰ No Direito espanhol⁷¹ e no Direito francês⁷², quanto ao agente, essa lacuna foi afastada, por terem as respectivas legislações consignado, de modo expresse, a possibilidade de ser ele tanto pessoa física como pessoa jurídica. Quanto ao agenciado, na análise doutrinária das precitadas legislações, dúvidas não pairam em torno da possibilidade de poder ser o agenciado pessoa física ou pessoa jurídica. O ponto nodal, em verdade, conforme à frente se verá, está em torno da necessidade de ter o agenciado a qualidade de empresário para fins de configuração do contrato de agência.

No Direito pátrio, de plano, independentemente da aplicação subsidiária do artigo 1º da Lei nº 4.886/65,⁷³ deve-se reconhecer a possibilidade de os figurantes do contrato de agência serem tanto a pessoa física como a pessoa jurídica.⁷⁴ De igual modo, podem ser

⁶⁹ Artigo 1742 do Código Civil Italiano. «NOZIONE ó Col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata. [...]»

⁷⁰ Artigo 1º do Decreto-Lei nº 178/86, nº 1. «Agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.»

⁷¹ Artigo 1º da Lei nº 12/1992. «Contrato de agencia. ó Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra [í].»

⁷² Artigo 1º da Lei de 25 de junho de 1991. «Il peut être une personne physique ou une personne morale.»

⁷³ Artigo 1º da Lei nº 4.886/65. «Exerce a representação comercial autónoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em carácter 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.»

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.765, 1-2, p. 29-30 e § 4.767, 1, p. 39. SAAD, Ricardo Nacim. *Representação comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4. OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721)*. EC 45/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 233. CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*: arts. 693 a 817. São Paulo:

agente ou agenciado a sociedade comum, regulada pelos artigos 985 a 989 do Código Civil, a sociedade irregular e a sociedade de fato, pois todas, mesmo que sem personalidade, são sujeitos de direito.⁷⁵

Não se pode concordar com quem afirma⁷⁶ que somente a pessoa física pode ser agente, à luz do argumento segundo o qual não estatuiu o Código Civil, em seu artigo 710, como o fez o artigo 1º da Lei nº 4.886/65, que tanto pessoa física como jurídica podem promover negócios à conta de outrem. Primeiro, porque a Lei nº 4.886/65, em decorrência do artigo 721⁷⁷ do Código Civil, possui caráter subsidiário às omissões existentes no mesmo Código sobre o contrato de agência. Segundo, a interpretação restritiva com fundamento apenas na circunstância de o texto codificado não ter sido minucioso e aludindo ao gênero (uma pessoa), não discriminando as espécies (pessoa física ou jurídica) e implica negar que a qualidade de ser pessoa é efeito de fato jurídico *lato sensu*. Tal efeito decorre ou do nascimento com vida ou do registro do ato constitutivo no órgão competente. De igual modo, também é descabida e totalmente inviável a posição doutrinária sustentada⁷⁸ e segundo a qual somente pode atuar como agente a pessoa física, por ter o artigo 719 do Código Civil⁷⁹ disciplinado unicamente o direito dos herdeiros de buscar os créditos do agente falecido.⁸⁰

Quanto à nomenclatura para identificar esses figurantes, o Código Civil não foi omissivo. O figurante que busca aumentar a sua clientela e, por consequência, o número de negócios pelos atos de outrem é chamado de *proponente*. Aquele cujo dever contratual reside em angariar terceiros, preparando a formação de negócios entre eles e o proponente, assim como em manter a clientela deste, recebe a designação de *agente*. No entanto, como a nomenclatura que designa um ou outro figurante no contrato de agência, na doutrina pátria,

Atlas, 2003, p. 54. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív., nº 70028204857. Relator: Ergio Roque Menine. J. 28 maio 2009.

⁷⁵ Para a distinção entre as espécies de sociedade despersonalizadas citadas e o fundamento para as reconhecer como sujeitos de direito, analisar: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª Parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-133. Reconhecendo às sociedades não-personificadas a possibilidade de serem figurantes no contrato de agência: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.767, 1, p. 39. REQUIÃO, R., 2008, p. 51.

⁷⁶ REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20 e p. 43.

⁷⁷ Artigo 721 do Código Civil. *Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.*

⁷⁸ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 20.

⁷⁹ Artigo 719 do Código Civil. *Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte.*

⁸⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 233.

sói não ser pacífica,⁸¹ no presente trabalho mantém-se o termo òagenteö, no sentido empregado pelo Código Civil, e no lugar de proponente emprega-se o termo òagenciadoö.⁸²

O Código Civil não assentou, no artigo 710,⁸³ seja de modo explícito, seja de modo implícito, a necessidade de os figurantes do contrato de agência serem empresários. Por isso, para a dúvida em se saber se o contrato de agência, para existir ou vir a ser válido, necessita ter como figurantes empresários ou sociedades empresárias. Tal questão acentua-se, principalmente, quanto ao agente. Essa incerteza é assente, no Direito pátrio, em decorrência de ter sido adotada, pelo Código Civil em vigor, a teoria da empresa, em detrimento da teoria dos atos de comércio, bem como por ter sido unificado o Direito obrigacional, não cabendo mais a dicotomia entre obrigações de cunho civil e comercial. Com o fito de alcançar o preenchimento dessa lacuna, presente nos dispositivos tipificadores desse contrato, analisa-se, em primeiro plano, por ser a figura central do contrato, a obrigatoriedade de ser ou não empresário o agente.

De plano, pode-se afirmar sói o agente ser um empresário quando pessoa física, e uma sociedade empresária quando pessoa jurídica.⁸⁴

Quanto à pessoa jurídica, não resta dúvida, e por consectário divergência, sobre o caráter empresarial da atividade do agente exercida em forma societária, seja de capital ou de pessoa, pelo fato de estar tal caráter ressaltado na atividade econômica,⁸⁵ comum no suporte

⁸¹ E.g., THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 6, p. 958-959.

⁸² Do mesmo modo que PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.763, 3, p. 26 e ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 198.

⁸³ Artigo 710 do Código Civil. òPelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. Parágrafo único. O proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.ö

⁸⁴ Ao tratar, no presente trabalho, o conceito de empresário, utiliza-se o termo em sentido amplo, pois, na acepção empregada pelo Código Civil no artigo 966 à palavra òempresárioö, esta se reporta somente à pessoa física. À pessoa jurídica, sociedade, o Código Civil emprega, conforme o artigo 982, a palavra òempresáriaö. Nesse sentido, LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil*: elemento de unificação no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140-141.

⁸⁵ Por atividade econômica, como assinalam Saracini e Toffoletto, há de se entender, não como sinônimo de atividade lucrativa, pois o lucro pode não vir a existir, e nem por isso deixar de ser econômica a atividade a descaracterizar a qualidade de empresário, ou de empresária. O que prepondera à concretização desse elemento é o escopo de compensar, pelo rendimento obtido, os custos suportados. Outro elemento no qual o autor identifica a atividade de agente como empresarial é em razão de ser inerente o risco, pois o lucro é incerto por depender não só de sua atividade, mas da conclusão do contrato entre agente e agenciado (SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. *Il contratto d'agenzia*. In: *IL CODICE Civile*: commentario. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2002, p. 68).

fático dos artigos 966⁸⁶ e 981⁸⁷ do Código Civil, bem como o caráter profissional e organizado da atividade.⁸⁸ Muito embora possa parecer simples a averiguação do caráter empresarial da pessoa jurídica a exercer a atividade de agente, a dúvida está em se saber se a pessoa física, a qual tem a obrigação de promover a conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem, é ou não empresário.

O agente é pessoa física, de regra, é um empresário, pois desenvolve de modo organizado atividade econômica, de promoção à conclusão de negócios, à conta e no interesse de outrem, com ânimo profissional, conforme dispõe o artigo 966 do Código Civil. Mas, no entanto, *nem sempre* é um empresário.⁸⁹ Para demonstrar não ser o agente obrigatoriamente um empresário, devem ser analisados, de modo acurado, os requisitos dispostos no artigo 966 do Código Civil, quais sejam: a profissionalidade e a organização no exercício da atividade econômica para a produção e circulação de bens ou de serviços.

⁸⁶ Artigo 966 do Código Civil. “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

⁸⁷ Artigo 981 do Código Civil. “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados. Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

⁸⁸ BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita il franchising*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 59. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 74. TRIONI, 2006, p. 79. ACHILLI, Vito et al. *Il contratto di agenzia*. In: I CONTRATTI di distribuzione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 195. TOFFOLETTO, Franco. *Il contratto d'agenzia*. In: TRATTATO di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 2008, p. 83. ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. *L'agenzia nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 167. MÉGNIN, Serge. *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*. Paris: Litec: 2003, p. 43.

⁸⁹ No Direito italiano a posição pacífica da doutrina é reconhecer o agente como um empresário. A divergência existente sobre esse tema é quanto ao caráter absoluto ou não dessa assertiva. Consideram o agente sempre um empresário: CERAMI, Vincenzo. *Agenzia (contratto di)*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1958, v. 1, p. 876-877. GHEZZI, Giorgio. *Del contratto di agenzia*. In: COMMENTARIO del Codice Civile. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1970, p. 17-20. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 67-75. TOFFOLETTO, op. cit., 2008, p. 83. BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 57-64. TRIONI, 2006, p. 80. BRUSCHETTA, Ernestino. *Contratto di agenzia e fallimento del preponente*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 23. FADEL, Pierluigi; VANTINI, Marco. *Il contratto di agenzia: profili civili e fiscali*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 99-100. Sob esse mesmo enfoque, contudo, considerando o agente obrigatoriamente um comerciante, em razão de ter escrito anteriormente a elaboração e vigência do Código Civil Italiano de 1942, VIVANTE, Cesare. *Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti*. *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano: Francesco Vallardi, v. XIX, Prima Parte, p. 614-621, 1921, p. 616. Reputando ser o agente, em regra, um empresário, mas podendo vir a não ser: FORMIGGINI, Aldo. *Il contratto di agenzia*. 2. ed. Torino: UTET, 1958, p. 18-29; p. 35-38. MAJO, Antonio de. *Agenzia (contratto di)*. In: ENCICLOPEDIA Forense. Milano: Francesco Vallardi, 1953, v. I, p. 147. BALDI, Roberto, 2001, p. 55-61. ACHILLI, et al., 2006, p. 195-198. No Direito espanhol, a posição é no sentido de considerar o agente necessariamente um empresário: MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, 40. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 118-203. No Direito francês, a posição diverge no âmbito doutrinário e jurisprudencial. A doutrina defende a posição de ser o agente um comerciante, mas a jurisprudência é pacífica, por considerar de natureza civil o contrato de agência, não sendo, por isso, o agente um comerciante. MÉGNIN, 2003, p. 42-46. EL HAGE, Nasreddine. *La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale: protection de l'agent et consécration de la notion d'intérêt commun*. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, Paris, v. 48, n. 2, p. 345-383, avr./juin, 1995, p. 352-354.

A profissionalidade, conforme se alcança da leitura do artigo 966 do Código Civil, exsurge pelo exercício habitual, estável e sistemático de uma atividade material ou intelectual por determinada pessoa. É elemento de caráter objetivo, decorrente da atividade desenvolvida por determinado sujeito.⁹⁰ Nesse contexto, em regra, está inserida a atividade do agente, pois ele a exerce em caráter não eventual, ou seja, de modo contínuo, estável e sistemático.⁹¹ Conquanto o artigo 710 do Código Civil imponha como requisito à existência do contrato de agência ser a atividade do agente em caráter não eventual, o que por consequência leva a se perceber o exercício da sua atividade de modo habitual, contínuo e estável, não impõe, como pressuposto à existência desse contrato, a profissionalidade do agente. Essa sói existir, mas sem conseqüência de a obrigação do agente ser exercida em caráter não eventual, ou seja, de modo estável.⁹²

Em que pese o fato de o agente ter de promover a conclusão de negócios ao agenciado em caráter não eventual, não é adequado afirmar, em termos absolutos, a indissociação da estabilidade com profissionalidade.⁹³ É imperioso ressaltar o fato de que, não obstante estar, em regra, vinculada à habitualidade no exercício da profissão do agente, a estabilidade não emana, necessariamente, desta última. A estabilidade, conforme se vê no item 1.2., parte I desse trabalho, está inclusa no conceito de caráter não eventual, identificada, por isso, ao *quantum* indefinido de promoções, as quais o agente tem por obrigação realizar, na busca de conclusões de negócios ao agenciado. A habitualidade, por existir quando da constante e usual prática de atos ligados a determinada atividade, caracteriza a profissionalidade.⁹⁴ Deve o agente exercer a sua atividade como finalidade de sua vida ativa e com habitualidade, para que seja profissional.⁹⁵

⁹⁰ WALD, Arnold. *Comentários ao novo Código Civil*: Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2: Do direito de empresa, p. 23.

⁹¹ BALDI, 2001, p. 55. «Non v'è dubbio che l'attività dell'agente ha il carattere della professionalità, possedendo quelle caratteristiche di abitualità, continuità, e sistematicità che sono l'essenza stessa della professionalità [...]». Do mesmo modo, ACHILLI et al., 2006, p. 195. GOMES, Manuel Januário. Da qualidade de comerciante do agente comercial. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 313, fev. 1982, p. 44.

⁹² GHEZZI, 1970, p. 17-18, nota 5. SARACIN; TOFFOLETTO, 2002, p. 37. TRIONI, 2006, p. 87. TOFFOLETTO, 2008, p. 80.

⁹³ FORMIGGINI, 1958, p. 23. MAJO, 1953, p. 147.

⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 741. WALD, 2005, p. 23.

⁹⁵ Pontes de Miranda, mesmo tratando da profissionalidade do prestador do serviço, igual entendimento pode ser aplicado em sentido geral para se identificar como profissional ou não profissional figurante de determinado contrato. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XLVII, § 5.047, 4, p. 49. «O exercício de atividade econômica pode ser *profissional* ou *não-profissional*. Se o serviço é prestado sem ser como ato de profissão de quem o presta, falta o requisito da profissionalidade. Se faz parte da finalidade da sua vida ativa, com certa continuidade (= habitualidade) cf.

Deste modo, a habitualidade, em princípio, decorre da estabilidade da obrigação do agente, mas dela, imperiosamente, não advém. Serve para caracterizar a profissionalidade de determinada atividade. Por ser essa atividade ocasional ou esporádica, não há como tornar quem a exerça profissional.⁹⁶

Destarte, se determinada pessoa assumir a obrigação de promover, em determinado período do ano, a conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem, mesmo atuando nessa atividade de modo ocasional⁹⁷ ou sendo essa atividade secundária a outra que exerce como principal, tal contrato será de agência. Assim, *e.g.*, é o caso de um engenheiro agrônomo que, no período da plantação de arroz, é contratado para, em determinada zona, promover, junto aos produtores rurais, o aumento da conclusão de contratos de compra e venda de determinado agrotóxico.⁹⁸

Embora a secundariedade no exercício da promoção à conclusão de negócios em conta e no interesse de outrem possa afastar o caráter profissional do agente, essa assertiva não deve ser considerada em termos absolutos. Em muitos casos, mesmo a atividade de agente sendo secundária, a atividade principal, como no exemplo em tela, pode não vir a descaracterizar a profissionalidade.⁹⁹ A atuação exclusiva do agente no exercício da sua atividade não é requisito para a profissionalidade.¹⁰⁰ Desse modo, o agente, por ter a obrigação de promover

Código Comercial, art. 4º), o serviço é considerado em sua ligação ao provimento às exigências materiais da existência, como *status* pessoal (grifos do autor).

⁹⁶ Em sentido contrário, WALD, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁷ Sobre possibilidade de haver contrato de agência por quem exerce a atividade de agente de modo ocasional, Pontes de Miranda filia-se à linha de pensamento que admite haver contrato de agência só excepcionalmente. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 3, p. 31. Negando a possibilidade de serem praticados de modo esporádico, RIZZARDO, 2004, p. 741.

⁹⁸ Do mesmo modo, é elucidativo o exemplo apresentado por FORMIGGINI, 1958, p. 23, ao escrever: «Poniamo che una casa editrice, imprenditore commerciale, affidi a un avvocato o a un medico il collocamento nella sua città delle riviste scientifiche, edite dalla casa, con carattere stabile ed esclusivo e dietro provvigione. Contratto di agenzia? Mi par chiaro di sì. Professionalità dell'incaricato? È certo di no. L'avvocato o il medico non divengono imprenditori per l'espletamento di quest'incarico, di carattere del tutto accessorio e secondario in relazione alla loro attività. Incarico stabile, adunque, ma non attività professionale». Do mesmo modo, PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 2, p. 30. «Contrato de agência pode haver entre diretor-editor de revista e alguém que se encarregue da colocação dos números, embora não seja profissional o encarregado. É de supor-se a estabilidade, a continuidade; não, a profissionalidade.»

⁹⁹ A secundariedade da atividade, como fator a impedir o reconhecimento da profissionalidade de um agente, deve ser considerada em termos relativos. Por este modo, profissionalidade pode advir mesmo sendo secundária a atividade de agente. Assim ensina BALDI, 2001, p. 55-56: «Osservo peraltro che l'attività, per essere professionale, non è necessario sia esclusiva, né che rappresenti l'unica fonte di reddito; onde tale carattere l'attività dell'agente mantiene anche quando egli svolga altre attività economiche». Do mesmo modo, ACHILLI et al., 2006, p. 195. GOMES, M. J., 1982, p. 44.

¹⁰⁰ Apresentando exemplo, Formiggini demonstrou ser a secundariedade da atividade de agência fator não absoluto a descaracterizar a profissionalidade do agente, ao sustentar: «Naturalmente i limiti potrebbero essere varcati: come se la casa editrice affidasse a quel professionista il collocamento, oltrechè delle riviste, anche di tutte le opere legali o mediche; poi lo incaricasse della vendita anche delle opere di altra natura, estendendo la

de modo estável a conclusão de negócios, não ressalta, de plano, o caráter profissional de sua atividade. A profissionalidade não significa a continuidade absoluta ou exclusiva do agente no cumprimento de sua obrigação, nem mesmo se essa atividade prevalecer em termos quantitativos.¹⁰¹ Entretanto, o agente pode vir a ser profissional, exercendo essa atividade de modo secundário e periódico.¹⁰² Sob o aspecto da profissionalidade, conclui-se que o agente, em regra, é um profissional, mas quem exerce a atividade de agente não necessita ser um profissional.

No caso de o agente exercer a atividade de promoção à conclusão de negócios à conta e no interesse de outrem de modo profissional, no Direito brasileiro não cabe mais declarar a obrigatoriedade de o agente se inscrever no conselho competente,¹⁰³ por serem ineficazes as regras jurídicas dispostas nos artigos 2º¹⁰⁴ e 5º¹⁰⁵ da Lei nº 4.886/65.¹⁰⁶ Esses artigos, por tornarem obrigatório o registro no conselho competente o tanto no exercício da profissão como na aquisição do direito à remuneração dos negócios concluídos pelo agenciado o , não foram recepcionados pela Constituição Federal, por estarem ferindo o inciso XIII, do artigo 5º¹⁰⁷, o qual tem insculpido o princípio da liberdade de trabalho, ofício ou profissão.¹⁰⁸ Por

clientela al di fuori del ristretto ambiente dei colleghi; o se il medico assumesse la rappresentanza di case di vendita di medicinali (FORMIGGINI, 1958, p. 24). Baseadas no exemplo desenvolvido por Formiggini para negar que a secundariedade da atividade do agente não é fator a impedir a sua profissionalidade são as posições sustentadas por CERAMI, 1958. v. 1, p. 876; SARACINI; e TOFFOLETTO, 2002, p. 37-38.

¹⁰¹ Do mesmo modo, PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 2, p. 30. “Por outro lado, a profissionalidade não supõe a continuidade absoluta, nem a exclusividade.”

¹⁰² MAJO, 1953, p. 147.

¹⁰³ Ainda declaram ser obrigatório o registro no atual quadro do Direito brasileiro: SAAD, 2008, p. 26. NOVARETTI, Guilherme Eduardo. Registro dos representantes comerciais no conselho regional. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). EC 45/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 551-552. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 55. RIZZARDO, 2004, p. 746.

¹⁰⁴ Artigo 2º da Lei nº 4.886/65. “É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei.”

¹⁰⁵ Artigo 5º da Lei nº 4.886/65. “Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, o representante comercial devidamente registrado.”

¹⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. Rio de Janeiro: 2008, v. 10, p. 324-326.

¹⁰⁷ Artigo 5º, XIII da Constituição Federal. “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. 26.388/SP. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 10 ago. 1993. DJ 06 set. 1993, p. 18035. “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COBRANÇA DE COMISSÃO POR MEDIADOR NÃO REGISTRADO. ARTS. 2. E 5. DA LEI 4886/65. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO. I - Os arts. 2 e 5 da Lei 4.886/65, por incompatíveis com norma constitucional que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, não subsistem válidos e dotados de eficácia normativa, sendo de todo descabida a exigência de registro junto a conselho regional de

consequente, é incabível o magistério que sustenta¹⁰⁹ ser a falta de registro fato a impedir o advento do direito à exclusividade; à indenização por dispensa imotivada; e à remuneração por contratos concluídos diretamente pelo agenciado, quando da exclusividade de atuação do agente em determinada zona. Nessa linha, também é descabido o entendimento¹¹⁰ que considera obrigatória a inscrição do agente no Conselho competente sob pena de, se atuar sem inscrição, praticar contravenção penal tipificada no artigo 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41.¹¹¹

Ainda sob o prisma da profissionalidade do agente, a fim de poder qualificá-lo como empresário, não é possível defini-lo como um profissional intelectual, mesmo que a sua atividade possa ser, para o cumprimento de sua obrigação principal, preponderantemente intelectual, em conseqüência ao preceituado no parágrafo único do artigo 966 do Código Civil.¹¹²

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

A organização, como se infere do disposto nos artigos 2.082,¹¹³ 2.083¹¹⁴ e 2.555¹¹⁵ do Código Civil italiano, vem a ser formada pela justaposição da inserção do trabalho de outros e

representantes comerciais para que o mediador de negócios mercantis faça jus ao recebimento de remuneração. II - Semelhança dos dispositivos legais em comento, havidos por não vigentes, com o art. 7 da Lei 4.116/62 (disciplinadora da profissão de corretor de imóveis) de inconstitucionalidade já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp. 12.005/RS. Relator: Ministro Athon Carneiro. Julgado em: 20 abr. 1993. DJ 28 jun. 1993, p. 12895. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COBRANÇA DE COMISSÕES POR REPRESENTANTE NÃO REGISTRADO. ART. 5 DA LEI 4.886/65. O artigo 5 da Lei 4.886/65, que declara indevida a remuneração ao mediador de negócios comerciais não registrado no conselho regional de representantes comerciais, já era incompatível com a Constituição Federal de 1946 e incompatível manteve-se perante a superveniente Constituição de 1967/69. Não cabimento, proclamado pela corte especial por voto majoritário, da declaração *incidenter* de inconstitucionalidade face à vigência da Constituição de 1988. Norma legal considerada não vigorante e, pois, não incidente ao caso em julgamento, de cobrança de comissões por representante comercial não registrado. Precedente, para questão similar, da declaração de inconstitucionalidade pelo pretório excelso, do art. 7 da Lei 4.116/62, relativa aos corretores de imóveis. Recurso Especial, interposto pela alínea *aa* não conhecido.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, et al., 2009, p. 960.

¹¹⁰ SAAD, 2008, p. 26. NOVARETTI, 2006, p. 561-562. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 55.

¹¹¹ Artigo 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41. *Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena ó prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.*

¹¹² SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 67. TOFFOLETTO, 2008, p. 83.

¹¹³ Artigo 2.082 do Código Civil italiano. *È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.*

¹¹⁴ Artigo 2.083 do Código Civil italiano. *Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia.*

do complexo de bens ao serviço da atividade econômica.¹¹⁶ Essas partes, no Direito brasileiro, são depreendidas do *caput* do suporte fático do artigo 966 do Código Civil, conjugado com o parágrafo único desse mesmo artigo e com o artigo 1.142.^{117 e 118}

Ao conceito de ãcomplexo de bensõ é ínsita a definição de estabelecimento, empregada pelo artigo 1.142 do Código Civil. O item ãinserção do trabalho de outremõ está incluso ao conceito de organização pela interpretação do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Esse dispositivo nega a qualidade de empresário àquele que exerce profissão intelectual, ainda que, na atividade desenvolvida, se utilize do concurso de auxiliares ou colaboradores. Portanto, se o concurso de auxiliares ou colaboradores teve de ser destacado pelo referido dispositivo legal, a fim de excluir a qualidade de empresário daquele que exerce profissão intelectual, é porque o mesmo configura elemento a fazer parte da caracterização do conceito de atividade organizada. Contudo, a inserção do trabalho de terceiros no exercício da atividade profissional não é, ao contrário do complexo de bens, necessariamente obrigatória à caracterização da atividade como organizada.¹¹⁹

A organização empresarial do agente está caracterizada, por exemplo, quando se verifica a importância do agenciado com o qual atua ou a vastidão e a relevância da zona na qual deve exercer sua atividade ã fatores que podem levá-lo a necessitar da estrutura de um escritório, depósito de mercadorias, caminhões para entrega, bem com a inclusão de empregados e subagentes.¹²⁰ Quando o agente exerce a sua atividade econômica de modo profissional e organizado, alcança com isso a qualidade de empresário, por ter sido concretizado o suporte fático do artigo 966 do Código Civil.

Todavia, a realização de visita periódica a determinada clientela ã somente utilizando-se de sua energia laborativa, sem a utilização de um complexo de bens ou do labor de terceiros ã não dá ao agente a qualidade de empresário, o que, entretanto, não é fator a descaracterizar o contrato de agência. Nesse caso, é simplesmente qualificado como um

¹¹⁵ Artigo 2.555 do Código Civil italiano. ãL'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.õ

¹¹⁶ BALDI, 2001, p. 56. ACHILLI et al., 2006, p. 195.

¹¹⁷ Artigo 1.142 do Código Civil. ãConsidera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.õ

¹¹⁸ Já antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 eram esses os elementos constituintes da organização identificados pela doutrina, e.g., REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 59.

¹¹⁹ BALDI, op. cit., p. 56. ãDe tale presupposto la dottrina ha dedotto che l'organizzazione dell'impresa può riguardare anche solo elementi reali, onde il requisito imprescindibile è costituito dall'azienda, che deve sempre esistere.õ

¹²⁰ Ibid., p. 58.

trabalhador autônomo em sentido amplo,¹²¹ não se podendo confundir, nesse caso, com um contrato de prestação de serviços.¹²²

Pelo exposto até aqui, se o agente exercer a sua atividade econômica de promoção à conclusão de negócios, à conta e no interesse de outrem, de modo *profissional* e organizado, consoante o artigo 966, *caput*, do Código Civil de 2002, é, sim, um empresário.¹²³ Assim sendo, estará obrigado, conforme preceitua o artigo 967 do Código Civil,¹²⁴ a se inscrever no Registro Público de Empresas e Atividades Afins, regrado pela Lei nº 8.934/94. Sendo o agente empresário, em razão da receita bruta auferida por ano, de acordo com o estabelecido no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006,¹²⁵ será considerado microempresário, empresário de pequeno porte ou simplesmente empresário.

Quanto ao agenciado, embora haja posições em contrário,¹²⁶ considera-se, com arrimo na maciça posição da doutrina,¹²⁷ que o mesmo tanto pode ser empresário como não. Essa qualidade independe da existência do contrato de agência. Assim, o contrato de agência existe no plano jurídico, tendo como agenciado quem não seja empresário.

Se uma associação ô pessoa jurídica de direito privado não-empresarial ô contrata determinada pessoa com vistas a que esta promova a conclusão de contratos ao ingresso de novos associados, em caráter não eventual, em determinada zona, com direito a remuneração

¹²¹ GHEZZI, 1970, p. 16. CERAMI, 1958, p. 874. MAJO, 1953, p. 147. BALDI, 2001, p. 58. ACHILLI et al., 2006, p. 195. TOFFOLETTO, 2008, p. 83. GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 443.

¹²² GOMES, 1977, p. 439. ÕO trabalho do agente é autônomo, mas nem por isso se confunde com o contrato de prestação de serviço, porque tem caráter continuativo e deve ser encarado globalmente.ö

¹²³ GOMES, M. J., 1982, p. 45.

¹²⁴ Artigo 987 do Código Civil ÕÉ obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.ö

¹²⁵ Artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006. ÕPara os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).ö

¹²⁶ MARTÍNEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 40.

¹²⁷ FORMIGGINI, 2001, p. 58. CERAMI, op. cit., p. 876. GHEZZI, op. cit., p. 15-16. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 55-56. TOFFOLETTO, op. cit., p. 90. BALDASSARI, 2003, p. 109-111. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 178-188. Considerando possível não ser o agenciado um empresário, mas, entendendo não se poder qualificar o agente na acepção comum do contrato de agência tipicamente caracterizado, TRIONI, 2006, p. 80. BALDI, op. cit., p. 399.

pelos contratos concluídos, entabula com tal pessoa contrato de agência.¹²⁸ Do mesmo modo, se um célebre artista encarregar determinada pessoa, em caráter não eventual, de promover a conclusão de contratos de empreitada de execução musical,¹²⁹ em determinada zona e mediante remuneração pelos contratos que forem concluídos, o artista concluiu com essa pessoa um contrato de agência.¹³⁰

Não se pode conceber¹³¹ a obrigatoriedade da qualidade de empresário, tanto do agente como do agenciado, à existência do contrato de agência, com base na leitura assistemática do artigo 1º da Lei nº 4.886/65, por ele prever a obrigação de o agente promover a realização de negócios mercantis. Essa compreensão é desconexa com o âmago alcançado pela unificação do Direito das obrigações, com a entrada em vigor do Código Civil. O Direito das obrigações, no plano legal, está unificado,¹³² não cabendo mais a distinção entre obrigações civis e comerciais.¹³³ Portanto, a expressão realização de negócios mercantis, constante no suporte fático do artigo 1º da Lei precitada, não tem mais eficácia jurídica.

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

1.2. A atividade exercida em caráter não eventual

O elemento ãem caráter não eventualõ do suporte fático do artigo 710 é um dos elementos essenciais à existência e à caracterização do contrato de agência.¹³⁴ Sua importância não só permite identificar o contrato de agência, como também o distinguir de outros afins.

Quando se busca o conceito jurídico do elemento ãem caráter não eventualõ, de plano, pode-se afirmar que o contrato de agência é de obrigação duradoura.¹³⁵ Mas essa é mais do

¹²⁸ GOMES, Orlando. Regime do contrato para angariar sócios para uma associação. In: NOVAS questões de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1979b, p. 15-20. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 181.

¹²⁹ Sobre a execução musical como obrigação de fazer proveniente de contrato de empreitada: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.845, 2, p. 383.

¹³⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 36ª Cãm. D. Ap. Cív. nº 9344798000. Relator: Romeu Ricupero. J. 23 nov. 2006. FORMIGGINI, 1958, p. 35. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 56-57.

¹³¹ E.g., THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 932 e p. 935.

¹³² REALE, 2005, p. 42. WALD, 2005, p. 23.

¹³³ OLIVEIRA, 2006, p. 231.

¹³⁴ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 225. BALDASSARI, 2003, p. 140. ACHILLI et al., 2006, p. 156. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 281. SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Traducción Federico E. G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 752.

¹³⁵ Para a análise do contrato de agência como de duração, ver item 2.1. da Parte I.

que uma característica de tal contrato, pois é de sua própria natureza jurídica. A outra característica, a qual não pode ser confundida com a de obrigação duradoura,¹³⁶ é a estabilidade quanto aos atos do agente, ou seja, estes não podem ser ocasionais; devem ter caráter contínuo.¹³⁷

Deve-se, portanto, distinguir esses dois elementos: obrigação duradoura e estabilidade, pois ambos se relacionam e se complementam, porém não coincidem.

A estabilidade no desenvolvimento da relação contratual exige que o agente realize tantos atos quantos forem necessários à conclusão de um número indefinido de contratos.¹³⁸ O agente tem o dever de promover a conclusão de negócios de modo específico. Este é o fim a alcançar. Para isso, entretanto, deverá realizar ampla gama de atos. A atividade do agente não se pode limitar à prática de um ato isolado, pois tem de ser exercida com continuidade enquanto vige o contrato.¹³⁹ Assim, por exemplo, não se esgota a sua atividade pelo mero fato de ter captado proposta de um cliente.

Somente não sendo eventual é que o dever do agente de promover a conclusão de negócios permitirá ao agenciado o fim econômico pretendido quando da realização do contrato de agência, ou seja, aumentar a sua clientela, tendo, por consectário, o ingresso de seu produto no mercado e o crescimento do número de negócios na zona onde atua o agente.¹⁴⁰ Isso seria impossível se o ato de promover devesse ser realizado somente uma vez, como no contrato de mandato, ou sem estabilidade, como no de corretagem ou de mediação.¹⁴¹ Evidencia-se que não se pode confundir estabilidade com ocasionalidade, pois o

¹³⁶ TRIONI, 2006, p. 45. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 81. BALDASSARI, 2003, p. 140. SORIA FERRANDO, 1996, p. 54. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 281. ACHILLI et al., 2006, p. 157. Em sentido contrário, SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 37 e 1, p. 68.

¹³⁷ CERAMI, 1958, p. 872. «L'attività dell'agente deve avere carattere continuativo, nel senso che l'agente è incaricato di agire non per uno o più affari determinati del preponente, ma «in genere per tutti gli affari di una certa specie del principale, o senza limiti di tempo, od in un certo periodo di tempo».

¹³⁸ ACHILLI et al., op. cit., p. 157. «La stabilità consiste, appunto, nel fatto che l'attività dell'agente non viene riferito solo ed esclusivamente ad un singolo affare ma riguarda tutti quegli affari che durante lo svolgimento della sua attività si rivelano di utilità per il preponente e che sono svolti in modo coordinato con l'attività del medesimo.» GHEZZI, 1970, p. 6. TRIONI, op. cit., p. 45. BALDI, 2001, p. 47. BASENGHI, Francesco et al. *Contrato di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 32. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 35. TOFFOLETTO, 2008, p. 49. MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004a, p. 50. TEPEDINO, 2008, p. 273. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 225. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 42.

¹³⁹ MONTEIRO, 2004a, p. 50.

¹⁴⁰ BALDASSARI, 2003, p. 137-138. ACHILLI et al., 2006, p. 157-158.

¹⁴¹ GHEZZI, op. cit., p. 6. TRIONI, op. cit., p. 45.

agente está obrigado a realizar a sua atividade de modo contínuo e reiterado, e não esporádico.¹⁴²

Essa particularidade dá arrimo para se afirmar que não importa ser o contrato de agência por tempo indeterminado ou por prazo determinado de longa duração. O que importa é não se esgotar a obrigação principal mediante uma única prestação. Assim, está-se diante de um contrato de agência quando um sujeito é contratado a promover, numa feira ou exposição, a conclusão de um número indefinido de contratos.¹⁴³

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

Há autores que assim não entendem, afirmando que o caráter não eventual se refere tão só à necessidade de ser profissional o agente.¹⁴⁴ Não se concorda com essa ideia, pois o caráter não eventual se refere ao modo contínuo e reiterado dos atos praticados pelo agente. Trata-se de uma qualidade objetiva. A profissionalidade diz respeito ao agente pessoa física ou jurídica. Caracteriza-se por ser uma qualidade subjetiva. O que pode ocorrer é o contrário, ou seja, o agente tornar-se profissional em face da continuidade da atividade exercida.¹⁴⁵ A estabilidade e a continuidade da obrigação são o que permite a existência do contrato de agência; não a profissionalidade.¹⁴⁶

1.3. Zona determinada

Outro elemento essencial ao contrato de agência é a zona na qual o agente desenvolverá a sua atividade de promoção.¹⁴⁷ Esse elemento do contrato de agência tem o escopo de individuar o campo no qual o agente atuará à conta e no interesse do agenciado, bem como o de estabelecer, no interesse do agente, um limite para que o agenciado não coloque a atuar, na mesma zona, outro agente, em razão da exclusividade de sua atuação,

¹⁴² BORTOLOTTI et al., 2007, p. 80.

¹⁴³ FORMIGGINI, 1958, p. 50-51. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 36. BALDASSARI, 2003, p. 137. TOFFOLETTO, 2008, p. 49. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 43-44. SORIA FERRANDO, 2004, p. 50. TEPEDINO, 2008, p. 274.

¹⁴⁴ REQUIÃO, R., 2008, p. 75-76. RIZZARDO, 2004, p. 741. GOMES, O., 1977, p. 438. ASSIS, 2005, p. 198-199. TEPEDINO, 2008, p. 273.

¹⁴⁵ FORMIGGINI, op. cit., p. 23. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 5.038, 3, p. 5.

¹⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.765, 2, p. 30. FORMIGGINI, op. cit., p. 23.

¹⁴⁷ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 44. BALDASSARI, op. cit., p. 132. TRIONI, 2006, p. 71. BALDI, 2001, p. 63. FADEL; VANTINI, 2006, p. 13. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 281.

conforme estabelece o artigo 711 do Código Civil.¹⁴⁸ Este é um elemento que possui, portanto, estrita vinculação com a exclusividade.

A zona, em regra, é o espaço geográfico no qual o agente tem de desenvolver os seus atos para cumprir o seu dever principal.¹⁴⁹ É onde tem de captar clientela, a fim de o agenciado poder com ela concluir contratos. É, pois, o lugar do adimplemento do contrato de agência por parte do agente.¹⁵⁰

Como estabelece o artigo 710 do Código Civil, a zona tem de ser determinada, mas não limitada. Pode assim o agente estar obrigado a desenvolver a sua atividade numa zona como bairro, município, estado, país ou continente.¹⁵¹ Esse é um critério de ordem objetiva, mas não é o único. Podem as partes contratantes utilizar, além desse critério, outro de ordem subjetiva, pelo qual se delimitará a zona não pelo espaço, mas pelo grupo de clientes com o qual o agente irá manter a atividade de promoção.¹⁵² E.g., o cliente a ser angariado restringe-se a empresas de grande porte.¹⁵³

Não se pode afirmar, contudo, que a zona delimitada pelo critério objetivo incorpore o critério subjetivo, como o faz Fábio Ulhoa Coelho.¹⁵⁴ Tal afirmação seria excessiva. O critério subjetivo é um *plus*, o qual possibilita ao agenciado atribuir a outro agente a atuação, no mesmo espaço geográfico, de um agente anteriormente contratado, sem que venha a realizar ato ilícito relativo decorrente do descumprimento do dever de exclusividade de zona. Pode ocorrer que, por meio do critério de delimitação da zona pela clientela, venha a ser incorporado o critério de ordem espacial.¹⁵⁵ Nada impede que a zona venha a ser demarcada pela fixação dos dois critérios.¹⁵⁶ O principal objetivo desse critério é dar oportunidade ao intérprete do negócio jurídico de revelar a zona onde o agente atua.

¹⁴⁸ ACHILLI et al., 2006, p. 161.

¹⁴⁹ GHEZZI, 1970, p. 70. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 44. BALDASSARI, 2003, p. 132.

¹⁵⁰ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 44. BALDASSARI, op. cit., p. 132. GHEZZI, op. cit., p. 70.

¹⁵¹ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 44. FORMIGGINI, 1958, p. 52. TOFFOLETTO, 2008, p. 50. TRIONI, 2006, p. 70-71.

¹⁵² SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 44. BALDASSARI, op. cit., p. 135. TOFFOLETTO, op. cit., p. 50. TRIONI, op. cit., p. 71. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 285. ACHILLI et al., op. cit., p. 163. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, v. VI, p. 972. BARATA, 1991, p. 39. RIUTORT, Juan Flaquer. *La protección jurídica del agente comercial*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 64-65.

¹⁵³ MONTEIRO, 2004a, p. 52-53. ASSIS, 2005, p. 208. REQUIÃO, R., 2008, p. 176. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 62. BALDASSARI, op. cit., p. 133-134. ACHILLI et al., op. cit., p. 162. BARATA, op. cit., p. 38-39.

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 122.

¹⁵⁵ TRIONI, op. cit., p. 71. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 181.

¹⁵⁶ MEDEIROS, Murilo Tadeu. *Direitos e obrigações do representante comercial*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 27.

A falta de declaração de vontade expressa quanto à demarcação do espaço geográfico de atuação do agente não é fator de impedimento à existência do contrato. São os usos do tráfego e as circunstâncias do caso analisado que permitem ao intérprete revelar qual a zona demarcada.¹⁵⁷ *E.g.*, ao invés de se ter a zona demarcada no contrato, esta é revelada ao se ver quais os clientes foram granjeados, pelo agente, para o agenciado.

1.3.1. A exclusividade

A exclusividade vem preceituada no artigo 711 do Código Civil¹⁵⁸ e constitui a regra no contrato de agência. Essa regra, tal qual no artigo 1.743 do Código Civil italiano,¹⁵⁹ regula duas situações distintas, mas inter-relacionadas: a exclusividade em favor do agente e a exclusividade em favor do agenciado.¹⁶⁰ Por se tratar de regra jurídica dispositiva, o artigo 711 do Código Civil pode ter a sua eficácia afastada pela vontade dos figurantes.¹⁶¹ O afastamento da eficácia do supracitado artigo pode se dar mediante cláusula expressa ou tácita, decorrente do comportamento concludente dos figurantes, na conclusão do contrato ou em seu curso.¹⁶² Assim, a exclusividade é um elemento natural (*naturalia negotii*),¹⁶³ pois concerne ao plano da eficácia, e não ao plano da existência do contrato.¹⁶⁴

¹⁵⁷ ASSIS, 2005, p. 207-208. BALDASSARI, 2003, p. 133-134. ACHILLI et al., 2006, p. 162.

¹⁵⁸ Artigo 711 do Código Civil. «Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.»

¹⁵⁹ Artigo 1743 do Código Civil italiano «Il proponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, né l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro.»

¹⁶⁰ TRIONI, 2006, p. 102. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 181. BASENGHI et al., 2008, p. 78.

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 2, p. 57. GOMES, O., 1977, p. 444. TEPEDINO, 2008, p. 307. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 985.

¹⁶² BALDI, 2001, p. 66. TOFFOLETTO, 2008, p. 153. BALDASSARI, op. cit., p. 190. CAVANI, Giovanni. Contratto di agenzia: le regole di concorrenza. In: CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione. Milano: Giuffrè, 2004, p. 80.

¹⁶³ FORMIGGINI, 1958, p. 86. GHEZZI, 1970, p. 60. TRIONI, op. cit., p. 102. CERAMI, 1958, p. 877. BALDI, 2001, p. 65. BORTOLOTTI et al., op. cit., p. 147. BALDASSARI, op. cit., p. 189. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 2, p. 57. BARATA, 1991, p. 59-61. LARA GONZALES, Rafael. *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 1998, p. 72, nota 70. ASSIS, 2005, p. 209. SALOMÃO FILHO, Calixto. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721)*. EC 45/04: Estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 468. GOMES, O., 1977, p. 438. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 985.

¹⁶⁴ Sobre a distinção entre elemento essencial, natural e acidental dos negócios jurídicos, analisar: Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 258, 1-3, p. 65-67. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31-40.

A principal função da exclusividade é evitar a concorrência e intensificar os laços cooperativos entre o agente e o proponente. Para isso, há o advento de uma obrigação de não fazer, de modo a não estarem agente e agenciado a incorrer em condutas que possam causar abalo ao profícuo andamento do processo obrigacional.¹⁶⁵

A exclusividade em favor do agente representa uma contrapartida à atividade promocional por ele realizada, em caráter não eventual e em favor de agenciado, dando-lhe a certeza de que será remunerado pelos contratos que forem concluídos em sua zona, por atuação direta do agenciado, e gerando a esse o dever de não nomear um outro para desenvolver a mesma atividade do agente.¹⁶⁶ Em favor do proponente, a exclusividade serve para lhe dar a garantia de que o agente atuará com intensidade na promoção da conclusão de contratos de seu interesse e da consequente distribuição do bem ou serviço por ele confeccionados.^{167 e 168}

O parágrafo único do artigo 31 da Lei nº 4.886/65¹⁶⁹ encontra-se derogado tacitamente por estar em contraposição ao disposto no artigo 711 do Código Civil, de acordo com o disposto no artigo 721 do Código Civil, ao preceituar que a exclusividade somente existe no contrato de agência quando for ajustada expressamente.¹⁷⁰ Assim, encontra-se, pois, equivocada a decisão dos Tribunais, que ainda sustenta, com base na redação do parágrafo único do artigo 31 da Lei nº 4.886/65, a existência da exclusividade somente quando estipulada por ajuste expresso dos figurantes do contrato de agência.¹⁷¹

¹⁶⁵ BALDASSARI, 2003, p. 188-189.

¹⁶⁶ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 142-143.

¹⁶⁷ Ibid., p. 143.

¹⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Recursal Cível. Recurso Cível nº 71000522714. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. J. 25 ago. 2004. ð[...]]. A exclusividade pode ser vista sob dois ângulos: Em benefício da representada expressa que o representante não pode exercer outras representações, ao passo que em favor deste, que é o que interessa ao desate do litígio, significa que a representada não pode promover o agenciamento de negócios na mesma zona, mesmo que diretamente. Tal cláusula tem por finalidade o resguardo do labor desenvolvido pelo representante. A adequada interpretação do artigo 31 da Lei nº 4886/65 é aquela que contempla o pagamento das comissões correspondentes aos negócios que se realizaram na área de abrangência, mesmo que não captados diretamente pelo representante. O que se preserva é o trabalho persistente, a divulgação dos produtos, atividade que aqui e ali acaba por frutificar. Nem sempre o resultado do labor do representante comercial se verifica na mesma hora, no primeiro contato, mas reflete seus efeitos em um momento posterior. O ordenamento pátrio não admite que alguém se locuplete às expensas do outro. Também a venda feita a distribuidores conduz à quebra da exclusividade. Negaram provimento.ö

¹⁶⁹ Parágrafo único do artigo 31 da Lei nº 4.886/65. ðA exclusividade de representação não se presume na ausência de ajustes expressos.ö

¹⁷⁰ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 110.

¹⁷¹ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 985.

O afastamento da eficácia da regra do artigo 711 do Código Civil, por vontade dos contratantes, pode ser unilateral, referindo-se a perda da exclusividade somente ao agente ou ao agenciado, ou bilateral, referindo-se a ambos.¹⁷² A última caracteriza-se pelo fato de tanto o agente como o agenciado não terem direito à exclusividade. A primeira ocorre quando somente um dos figurantes possui direito à exclusividade.¹⁷³ Uma vez silentes os figurantes, por aplicação do artigo 711, a exclusividade é bilateral.

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

Pelo elemento *õidêntica incumbênciã* depreende-se que o agenciado não pode ter, na zona reservada ao agente, a atuação de outro agente ou de outro sujeito de contrato diverso do de agência *õ* como um preposto, um viajante ou praticista, ou um concessionário *õ*, impedindo a normal e pacífica atividade do agente na zona para ele reservada e, conseqüentemente, afetando o seu lucro.¹⁷⁴ Portanto, se o agenciado enviar empregados seus para atuar na conclusão de contratos na zona de exclusividade do agente, estará violando o direito de exclusividade do agente.¹⁷⁵ De igual modo, este não pode atuar para outrem na zona na qual opera no interesse e à conta do agenciado, seja como agente, seja como viajante ou praticista, mediador, distribuidor¹⁷⁶ etc. Não pode, da mesma forma, ser sócio de sociedade de

¹⁷² BALDI, 2001, p. 66. BASENGHI et al., 2008, p. 78.

¹⁷³ BARATA, 1991, p. 59-61. BASENGHI et al., op. cit., p. 90.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 1, p. 56. *õAinda assim, tem-se de considerar violação do princípio a atividade da empresa, por seus órgãos ou por seus prepostos, ou mediadores, ou corretores, ou quaisquer intermediários para obter a conclusão de negócios jurídicos.* FORMIGGINI, 1958, p. 85. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 190. TOFFOLETTO, 2008, p. 160. CAVANI, 2004, p. 80. ASSIS, 2005, p. 211.

¹⁷⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 20ª Câ. Dir. Priv. Ap. Cív. nº 7046291400. Relator: Des. Francisco Giaquinto. J. 01 jun. 2009.

¹⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câ. Cív. Ap. Cív. nº 70011759057. Relatora: Helena Ruppenthal Cunha; J. 13 jul. 2005. *õ[...] 8) QUEBRA DA EXCLUSIVIDADE. [...]; burla da ré ao contrato, visto que não poderia ter na mesma área, concomitantemente, a demandante, como representante exclusiva, e*

responsabilidade limitada que atue na zona a ele designada e em concorrência ao agenciado¹⁷⁷ ou colocar o seu filho para atuar como agente para um concorrente, disponibilizando-lhe a sua lista de clientes e a sua estrutura de atuação, sem informar ao agenciado.¹⁷⁸

Se o agenciado realizar contrato de agência com outro agente para atuar na zona do primeiro agente, ensejará a existência de um ato ilícito relativo, dando causa à existência do justo motivo ao exercício do direito de denúncia, conforme estabelece a alínea *o* do artigo 36 da Lei n° 4.886/65¹⁷⁹. O agente, por sua vez, não pode, na mesma zona na qual atua em exclusividade ao agenciado, trabalhar em favor de outro agenciado no desenvolvimento da mesma atividade de distribuição que realiza para o primeiro.

Por primeira interpretação da expressão *o*ídêntica incumbência^o há de se alcançar o mesmo entendimento da expressão utilizada no suporte fático do artigo 1.743 do Código Civil italiano, *medesimo ramo di attività*, no sentido de se reconhecer a observância da exclusividade por todo o ramo de atividade empresarial do agenciado. Essa interpretação, no entanto, deve ser relativizada, pois, no mesmo ramo de atividade, o agenciado pode possuir produtos diversos, destinados a clientela diversas, visto que a zona pode ser delimitada pela clientela e pela espécie de produto a ser distribuído. Assim, com base nesse elemento e para se constatar se foi ou não infringido o direito de exclusividade do agenciado ou do agente, faz-se necessário examinar as circunstâncias do caso, com base na boa-fé objetiva, tal qual determina o artigo 113 do Código Civil.^{180 e 181}

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

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

distribuidores dos seus produtos. [...] *o*RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Recursal Cível. Recurso Cível n° 71000522714. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. J. 25 ago. 2004. [...] Também a venda feita a distribuidores conduz à quebra da exclusividade. Negaram provimento.*o*

¹⁷⁷ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 198. BALDI, 2001, p. 70-71. TRIONI, 2006, p. 103. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 6ª Câm. Cív. Ap. Cív. n° 585030901. Relator: Luiz Fernando Koch. J. 10 set. 1985. [...] Justa causa para a rescisão caracterizada pelo fato de o sócio gerente da representante ser também sócio de empresa concorrente da representada. [...]. Apelo improvido.*o*

¹⁷⁸ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 152.

¹⁷⁹ Artigo 36, b, da Lei n° 4.886/65. *o*Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: (...); b) quebra, direta ou indireta, da exclusividade, se prevista no contrato.*o*

¹⁸⁰ Artigo 113 do Código Civil. *o*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar.*o*

¹⁸¹ FORMIGGINI, 1958, p. 87. GHEZZI, 1970, p. 71.

pelas características morfológicas, estruturais ou funcionais.¹⁸² Não havendo essa delimitação, a exclusividade não pode ser considerada coincidente com o âmbito mercadológico no qual o agenciado opera.¹⁸³ Nada impede que se tenha, na mesma zona, dois agentes contratados pelo mesmo agenciado. Em tal situação, cada agente contratado deve promover a conclusão de negócios que tenham por objetos mediatos espécies ou gêneros distintos.¹⁸⁴ Assim, também o mesmo agente contratado por dois agenciados, em exclusividade com ambos, deve promover a conclusão de contratos que tenham objetos mediatos distintos quanto ao gênero. *E.g.*, agenciar para um a conclusão de contratos de compra e venda de relógios e, para outro, a conclusão de contrato de compra e venda de joias.¹⁸⁵ Por consectário, não é infringida a exclusividade, por exemplo, se o agente atua à conta e no interesse do agenciado A para a conclusão de contrato de compra e venda de sapatos e, na mesma zona, ao agenciado B para a conclusão de contratos de compra e venda de meias.¹⁸⁶

Concernente ao gênero, é razoável corroborar que este se subdivide em espécies.¹⁸⁷ Destarte, quando se interpretar a exclusividade quanto ao gênero, faz-se necessário observar se é do gênero que se está a tratar ou de uma espécie de determinado gênero. *E.g.*, se a empresa agenciada fabrica roupas íntimas masculinas e femininas e trabalha com um agente para cada tipo de roupa, ela não dá ensejo à existência de ato ilícito relativo por violação do direito de exclusividade.

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

¹⁸² TRIONI, 2006, p. 103.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 103.

¹⁸⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 3, p. 48. õSe foi designado o objeto ou se foram designados os objetos sobre que se fariam os negócios e a empresa produz outros, ou tem interesse em negócios sobre outros objetos, há a determinação especial do objeto, ou dos objetos, e não está impedida a empresa de constituir, no mesmo momento e para a mesma zona, ou em momentos diferentes, mas para a mesma zona, dois ou mais agentes, desde que a atividade de um não concorra com a do outro ou dos outros. Ainda aí é possível a cláusula ou o pacto de pluralidade de agentes para os negócios sobre o mesmo objeto e na mesma zona.õ

¹⁸⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15º Câ. Cív. Ap. Cív. nº 70012398749. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. J. 31 ago. 2005. õAÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE RESCISÃO IMOTIVADA DE CONTRATO CUMULADA COM DANOS MORAIS. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INFRAÇÃO CONTRATUAL. REPRESENTAÇÃO DE EMPRESA DO MESMO RAMO. Não há infração contratual por parte daquele que representa empresas de ramos negociais diversos. [...]õ

¹⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.774, 2, p. 66.

¹⁸⁷ ASSIS, 2005, p. 212-213.

direito de denúncia do contrato de agência por parte do agenciado.¹⁸⁸ Algo similar ocorre com o agente que omite ser sócio de empresa fabricante dos mesmos bens da empresa para a qual ele está agenciando e passa a atuar, na mesma zona, no agenciamento de ambas.¹⁸⁹

A exclusividade em zona demarcada por espaço geográfico não exclui a que é demarcada pelo gênero de produtos ou serviços a serem distribuídos, e vice-versa. Pode haver a demarcação da exclusividade por espaço geográfico e por gênero de produtos, cumulativamente. *E.g.*, pode o agente atuar em exclusividade, nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, abrangendo os produtos de determinada linha esportiva produzida pela agenciada.¹⁹⁰

Quanto à exclusividade do agente, é forçoso destacar que, em face da redação da primeira parte do artigo 711 do Código Civil, o agenciado somente tem a obrigação de não contratar outro agente para atuar na mesma zona. A exclusividade do agente, contudo, não afasta a possibilidade de se realizarem negócios diretos, ou seja, contratos concluídos diretamente pelo agenciado, sem a intermediação do agente.¹⁹¹ Nessa hipótese, para proteger o agente, o artigo 714 do Código Civil¹⁹² preceitua ser devido ao agente, mesmo assim, o direito à remuneração, independentemente de ter ou não promovido a conclusão de um contrato com determinado cliente, pois a zona é de sua exclusividade.¹⁹³ Entretanto, a intervenção do agenciado, para não ser considerada ilícita, há de ser ocasional.

Independentemente de haver a exclusividade à atuação do agente, não pode o agenciado, por sua própria conduta ou de terceiros, inserir-se na zona de atuação do agente, de modo sistemático, para a conclusão de negócios diretos, a ponto de perturbar o exercício da atividade do último e não permitir, com isso, o fortalecimento da confiança dos clientes.¹⁹⁴

¹⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 3ª T. Cív., Ap. Cív. nº 1998.07.1.007440-8. Relator: Des. Wellington Medeiros. J. 15 jun. 2000. *DJ* 02 ago. 2000, p. 25.

¹⁸⁹ RT-728/235. òREPRESENTAÇÃO COMERCIAL ó Indenização ó Descabimento ó Autor que vendia mercadoria similar à fabricada pela empresa que representava, permitindo-se a rescisão ó Inteligência do art. 35, c, da Lei 4.886/65. Ementa oficial: As provas levam à conclusão de que a violação do contrato verbal existente entre autora e ré ocorreu por parte da autora, ao vender mercadorias similares às fabricadas pela empresa que representava, o que caracteriza a concorrência entre as mesmas, o que permite a rescisão do contrato, conforme o previsto pela Lei. 4.886/65, em seu art. 35, c.ö

¹⁹⁰ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 8ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 1992.001.00474. Relator: Des. Celso Guedes. J. 26 maio 1992.

¹⁹¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 1, p. 56.

¹⁹² Artigo 714 do Código Civil. òSalvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.ö

¹⁹³ GOMES, O., 1977, p. 444. TEPEDINO, 2008, p. 309.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 1, p. 56. òEm todo o caso, o *princípio* (dispositivo) da *exclusividade recíproca* não pré-exclui os chamados *negócios jurídicos diretos*, na mesma zona

Agindo desse modo, o agenciado exerce, de modo disfuncional, o seu direito de concluir negócios jurídicos diretos, por atuar contrariamente à boa-fé e ao fim econômico do contrato realizando, por isso, ato-fato ilícito,¹⁹⁵ insculpido no artigo 187 do Código Civil.¹⁹⁶ Enseja, assim, justa causa à denúncia do contrato. *E.g.*, se, ao invés de apenas atender às ofertas ou enviar prospectos e propagandas para que o agente venha a captar as ofertas, o agenciado passar, de modo sistemático, a fazer visitas, com o escopo de ele próprio angariar as ofertas, viola o direito de exclusividade do agente.¹⁹⁷ Contudo, tomando por base as circunstâncias do caso, se a intervenção do agenciado apresentar o propósito de não se perder a oportunidade de concluir um ótimo contrato ou tal oportunidade advier de proposta direta do próprio cliente, tem de ser considerada ocasional, não havendo, com isso, ato-fato ilícito a dar ensejo à existência de justa causa ao exercício do direito de denúncia por parte do agente.¹⁹⁸ De igual modo, se o agente e o agenciado alterarem o contrato que afasta a exclusividade do primeiro por estar este sendo pouco eficiente na captação de propostas em sua zona de atuação, não se

em que não há agenciamento. Ainda assim, tem-se de considerar violação ao princípio a atividade da empresa, por seus órgãos ou por seus prepostos, ou mediadores, ou corretores, ou quaisquer intermediários, para obter a conclusão de negócios jurídicos. Por meio de atos de auxiliares, ou autônomos ou não-autônomos, não pode a empresa fazer visitas habituais à clientela, nem percorrer a clientela com caixeiros viajantes. Diminuir-se-ia, como bem acentuou Francesco Ferrara Junior, o crédito do agente, ou turbar-se-lhe-ia, a atividade.ö GHEZZI, 1970, p. 150-151. GOMES, O., 1977, p. 444. TEPEDINO, 2008, p. 309. ASSIS, 2005, p. 211.

¹⁹⁵ O artigo 187 do Código Civil não tem o elemento culpa *lato sensu*, como pressuposto à sua concreção. A culpa *lato sensu* é requisito somente à concreção do suporte fático do artigo 186 do Código Civil. Portanto, como não se requer a culpa à concreção do artigo 187 do Código Civil, na classificação da teoria dos fatos jurídicos, há ato-fato jurídico ilícito, pois somente importam os elementos em contrariedade ao direito e à imputabilidade. Para análise da não existência da culpa *lato sensu*, como elemento do suporte fático do artigo 187 do Código Civil, consultar: MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111-118. Quanto à perquirição da categoria ato-fato ilícito, consultar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo II, § 218-219, p. 385-392. MELLO, Marcus Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244-246.

¹⁹⁶ TEPEDINO, op. cit., p. 309. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 1º Turma. Ap. Cív. nº 0004938-75.2006.8.19.0211. Relator: Fábio Dutra, J. 09 mar. 2010. ãAPELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE, DE FORMA EXPRESSA, AFASTA A EXCLUSIVIDADE. NEGOCIAÇÃO DIRETA DO REPRESENTADO COM CLIENTE AGENCIADO PREVIAMENTE PELO REPRESENTANTE. PADRÃO DE CONDUTA NÃO ESPERADO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. LOCUPLETAMENTO INDEVIDO QUE NÃO É ADMITIDO PELO NOSSO DIREITO. INTERPRETAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO EM BUSCA DA VONTADE CONCRETA DAS PARTES CONTRATANTES. COMISSÃO DEVIDA À REPRESENTANTE. RECURSO PROVIDO.ö

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.771, 1, p. 56.

¹⁹⁸ FORMIGGINI, 1958, p. 85-86. CERAMI, 1958, p. 877. TRIONI, 2006, p. 105. BALDI, 2001, p. 68. BALDASSARI, 2003, p. 209 e p. 212. ACHILLI et al., 2006, p. 154. FADEL et al., 2006, p. 41. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 313. Em sentido contrário há posição que defende não ser possível qualquer intervenção do agenciado, ainda que ocasional, na zona de atuação do agente. Nesse sentido, SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 186-189. CAVANI, 2004, p. 80. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 988.

caracteriza como contrária à boa-fé e à função econômica do contrato a atuação direta do agenciado junto aos antigos clientes captados pelo agente em sua zona de atuação.¹⁹⁹

Quanto à atuação em exclusividade do agente em relação ao agenciado, o disposto na primeira parte do artigo 41 da Lei nº 4.886/65, ressalvada expressa vedação contratual, está derogado tacitamente, em razão do artigo 721 do Código Civil, por ser contrário ao artigo 711 do mesmo Código, pois a exclusividade é elemento natural do contrato de agência, somente sendo afastada se houver manifestação de vontade dos figurantes. Porém, não se pode considerar possível instituir obrigação de o agente atuar somente a favor do agenciado, ainda que em zona diversa. O agente, ao contrário do viajante e praticista, é livre para atuar em favor de vários outros agenciados, independentemente de sua atividade ser em exclusividade ou não para um deles. Conquanto a atividade desenvolvida em outra zona, em favor de um agenciado concorrente, não ser, em si, ilícita, não pode ultrapassar os limites traçados pelos deveres laterais de lealdade e proteção, advindos da eficácia do artigo 422 do Código Civil²⁰⁰.²⁰¹ Assim, o agente não pode dar à clientela recomendações ou informações que venham a gerar desinteresse na aquisição de produto produzido por um ou outro agenciado e deve abster-se de qualquer atividade que comporte interferência entre os dois agenciados.²⁰²

No caso de o agente violar a exclusividade a favor do agenciado de modo ocasional, terá praticado ato ilícito relativo, ensejador de responsabilidade civil, se causou dano ao agenciado. Se houve a quebra da confiança, pela gravidade do inadimplemento, há existência de justa causa ao exercício do direito de denúncia, com base na alínea c do artigo 35 da Lei

¹⁹⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça. 12ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 0181716-3. Relator: Albino Jacomel Guérios. J. 25 out. 2006. "CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ALTERAÇÃO POSTERIOR EXCLUINDO A EXCLUSIVIDADE DA REPRESENTANTE. INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. SENTIDO LITERAL POSSÍVEL CONFIRMADO PELOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO, DO EQUILÍBRIO ENTRE AS PRESTAÇÕES E DA BOA-FÉ OBJETIVA. POSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DIRETA DA REPRESENTADA VENDENDO A CLIENTES ANTIGOS DA REPRESENTANTE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO" Descoberto o sentido literal possível da norma contratual, deve o intérprete confrontar esse sentido com os princípios da função econômica do contrato, do equilíbrio das prestações e da boa-fé objetiva. Estabelecendo cláusula em contrato de representação comercial a possibilidade da atuação conjunta da representada na mesma zona da representante, a possibilidade da venda, por aquela, de produtos diretamente a antigos clientes desta, diante de peculiaridades do caso concreto, como a pouca eficiência da representante, não se mostra como um sentido inadequado, contrário aos princípios da função econômica do contrato, do equilíbrio entre as prestações e da boa-fé objetiva. Recurso não provido.

²⁰⁰ Artigo 422 do Código Civil. "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

²⁰¹ TRIONI, 2006, p. 110. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 196.

²⁰² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 17ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70012812269. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. J. 07 dez. 2005. TRIONI, op. cit., p. 110.

nº 4.886/65.²⁰³ e ²⁰⁴ Assim, por exemplo, se o agente que tem a obrigação de atuar em exclusividade por zona demarcada e por determinado bem produzido filme plástico para um determinado agenciado, mas passa a promover a conclusão de contratos à conta e no interesse de outro agenciado à distribuição do mesmo produto, na mesma zona do primeiro, dá causa ao justo motivo à denúncia do contrato.²⁰⁵

1.4. Atos praticados à conta de outrem

1.4.1. Alcance da expressão ãà conta de outraõ: distinção de õem nome de outraõ

No contrato de agência, de regra, o agente somente atua à conta do agenciado, não em nome dele. O agente atua à conta do agenciado, em razão de promover a conclusão de negócios no interesse desse. Não age *em nome* do agenciado.²⁰⁶ A simples existência do contrato de agência não confere poderes ao agente para atuar em nome do agenciado.²⁰⁷ Em nome do último, o primeiro só atua quando aquele lhe outorga poder de representação para que realize atos jurídicos *lato sensu*.²⁰⁸

É forçoso, neste item, traçar-se a distinção entre a expressão ãà conta de outremõ e a õem nome de outremõ.

O contrato de agência é realizado com o intuito de o agente atuar à conta do agenciado. Significa afirmar que os efeitos decorrentes dos atos realizados pelo agente se projetam na esfera jurídica do agenciado.²⁰⁹

²⁰³ Artigo 35, c, da Lei nº 4.886/65. ãConstituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) c) falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial.õ

²⁰⁴ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 151. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 189. TRIONI, 2006, p. 110. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 988.

²⁰⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 17ª Cãm. Cív. Ap. Cív. nº 70012812269. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. J. 07 dez. 2005. ãREPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. RESCISÃO DO CONTRATO POR JUSTO MOTIVO. A comercialização de produtos de empresa concorrente, pelo representante, configura infração legal e contratual, autorizando a representada pedir a rescisão do contrato por justo motivo, sem pagamento de indenização. [...]õ

²⁰⁶ ACHILLI et al., 2006, p. 202. ãLagente opera per conto del preponente, ma non agisce in nome di lui.õ BALDI, 2001, p. 213.

²⁰⁷ MONTEIRO, 2004a, p. 45. THEODORO JÚNIOR et al., op. cit., p. 980. COELHO, 2005, p. 122. TEPEDINO, 2008, p. 280. RIZZARDO, 2004, p. 742.

²⁰⁸ BALDI, 2001, p. 159. BASENGHI et al., 2008, p. 22.

²⁰⁹ PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Mandato sem representação*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 192-195.

O elemento ðem nome de outremö²¹⁰ só existirá no contrato de agência quando for concretizado o suporte fático do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil.²¹¹ Ou seja, só ao lhe serem outorgados poderes para representar o agenciado é que o agente atuará *em nome* daquele. Tais poderes são outorgados para o agente realizar, em nome do agenciado, atos jurídicos *lato sensu*. Caso contrário, como os atos executados pelo agente são, no máximo, atos-fatos jurídicos, e como em relação a essa espécie de fato jurídico não cabe falar em representação,²¹² aquele somente atua à conta e no interesse do agenciado. Não há poderes de representação para o agente praticar somente atos de promoção à conclusão de contratos para o agenciado.²¹³

Outro ponto ainda é relevante nessa questão. Não é apenas pela existência do contrato de agência que o agente tem permissão para começar a atuar, objetivando o adimplemento dos deveres contratuais, de modo a que o adimplemento de tais deveres seja eficaz perante o agenciado. Para isso, faz-se necessária a autorização. A autorização é um negócio jurídico unilateral,²¹⁴ que se distingue da procuração e tem por efeito conferir ao agente poder para concretizar seus atos à conta do agenciado,²¹⁵ os quais, quando realizados, serão eficazes perante o último.²¹⁶ Mesmo para a prática de atos-fatos jurídicos, o agente precisa ter a autorização.²¹⁷

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

²¹⁰ PESSOA JORGE, 2001, p. 188-192.

²¹¹ Parágrafo único do artigo 710 do Código Civil: ðO proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos.ö

²¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo III, § 310, 3, p. 244. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XLIII, § 4.675, 1, p. 5. QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Las obligaciones fundamentales del agente*. Madrid: Civitas, 2001, p. 198.

²¹³ Nesta linha, é o que sustenta Karl Larenz por considerar somente representante quem atua à conclusão de contratos junto a terceiros quando da outorga de poderes. Apresenta, como exemplo, a situação do agente o qual pode atuar com ou sem poderes de representação. LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte General*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978, p. 766. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 198. Em sentido contrário, sustentando que agente sempre age à conta e em nome do agenciado, tendo, por isso, sempre dimensão representativa irredutível: MERCADAL VIDAL, 1998, p. 520-521.

²¹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 278, 2, p. 142.

²¹⁵ PESSOA JORGE, op. cit., p. 387 e 389.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 400.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 396. ðA intromissão de uma pessoa na esfera jurídica de outra pode efectuar-se através da prática de actos materiais ou de actos jurídicos. A uns e outros se pode referir a autorização.ö

Quando o agenciado tem interesse em que o agente conclua negócios jurídicos em seu nome, deve outorgar poderes ao agente para o representar. Neste caso, estará concretizado o suporte fático do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil. Também rege a situação do agente dotado de poderes o artigo 30 da Lei nº 4.886/65.²¹⁸

Com o intuito de o agente dar existência a atos jurídicos *lato sensu* em nome do agenciado, necessária se faz a existência do negócio jurídico unilateral, receptício e abstrato,²¹⁹ chamado *procuração*.²²⁰

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

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

No modo expresso, a declaração de vontade do outorgante do poder é realizada de maneira clara e precisa, por meio escrito ou oral.²²¹ No modo tácito, a declaração de vontade é concluída mediante atos que, ao serem analisados pelo intérprete, lhe permitem concluir pela existência de outorga de poder.²²² Esta difere da aparência de outorga de poderes, ligada à teoria da confiança nas relações negociais.²²³

A concretização do suporte fático do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil pode ocorrer quando a representação for outorgada de forma expressa ou tácita.

Para o caso do contrato de agência, o mais prudente para o agenciado é dar forma escrita à procuração, a fim de evitar dúvida quanto aos limites dos poderes conferidos. Ademais, tem o cliente o direito de requerer ao agente a prova para poder conhecer a extensão

²¹⁸ Artigo 30 da Lei nº 4.886/65. *Para que o representante possa exercer a representação em Juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acauteladoras do interesse deste. Parágrafo único. O representante, quanto aos atos que praticar, responde segundo as normas do contrato e, sendo este omissivo, na conformidade do direito comum.*

²¹⁹ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 2-5, p. 247-255. MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 92. GOMES, O., 1977, p. 414.

²²⁰ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 2-5, p. 247-255. MAIA JÚNIOR, op. cit., p. 92. GOMES, O., op. cit., p. 414.

²²¹ MAIA JÚNIOR, 2004, p. 106.

²²² *Ibid.*, p. 112.

²²³ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 9, p. 258. *A outorga tácita de poder consiste em ato ou atos do outorgante, em vez de palavras, que se tenham de interpretar como tendo sido manifestações de vontade de outorgar poder, e não em se deixar que as aparências permitam crer-se na outorga (se não houve outorga, tratar-se-ia de poder aparente, e não de poder tácito).*

e os limites dos poderes outorgados, conforme a regra jurídica do artigo 118 do Código Civil.²²⁴ Ou seja, o agente tem o dever de se apresentar ao cliente, informando-lhe a extensão e os limites dos poderes a ele outorgados.²²⁵ Quando o agente for representar o agenciado em relação jurídica processual, a forma da procuração deve ser escrita, segundo estabelece a regra jurídica do artigo 30 da Lei nº 4.884/65. Contudo, a regra é a liberdade da forma. Exemplo de outorga tácita de poderes é o ato de o agenciado enviar talonário de notas ao agente, para que este, ao constatar o adimplemento da obrigação do cliente para com o agenciado, realize a emissão da nota fiscal em nome do último. São, assim, as circunstâncias que demonstram se houve procuração tácita, ou não.²²⁶

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

Não é por ter sido outorgado ao agente o poder de representar o agenciado que o contrato de agência passa a ser um contrato de representação ou um contrato de mandato.²²⁷ Esses contratos, conforme se verá no item 2.2., da parte I deste trabalho, são distintos.

Quando é outorgado ao agente poder a fim de realizar negócios em nome do agenciado, deixa este de ser simples agente, no sentido de somente promover a conclusão de negócios à conta do agenciado, e passa a ser um agente com o *plus* da representação.²²⁸ Os poderes, neste caso, são concedidos para que o agente conclua negócios *em nome* do agenciado.

A outorga de poderes serve para que o agente conclua contrato em nome do agenciado. Isso, contudo, não significa que o contrato venha a ser transformado em outrem ou

²²⁴ Artigo 118 do Código Civil. “O representante é obrigado a provar às pessoas, com quem tratar em nome do representado, a sua qualidade e a extensão de seus poderes, sob pena de, não o fazendo, responder pelos atos que a estes excederem.”

²²⁵ Para essa situação, o Direito português tem regulamentação expressa no artigo 21 do Decreto-Lei nº 178/86, que assim dispõe: “O agente deve informar os interessados sobre os poderes que possui, designadamente através de letreiros afixados nos seus locais de trabalho e em todos os documentos em que se identifica como agente de outrem, deles devendo sempre constar se tem ou não poderes representativos e se pode ou não efectuar a cobrança de créditos.”

²²⁶ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 9, p. 258. “Se alguém é que está na situação de encarregado de vendas, cobranças, ou outros atos, as circunstâncias podem compor a outorga tácita de poder.”

²²⁷ BALDI, 2001, p. 43. BALDASSARI, 2003, p. 288. MONTEIRO, 2004a, p. 54-55. BARATA, 1991, p. 47.

²²⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XLIV, § 4.766, 1, p. 33. “O agente que conclui não é simples agente: há o *plus* da representação [...]” ASSIS, 2005, p. 199.

venha a ser tido como misto ou contrato conexo.²²⁹ A justificativa dá-se em função de a outorga de poder ao agente para concluir negócios, em nome do agenciado, não criar para aquele o dever jurídico principal de realizar contrato. Passa a existir um dever jurídico secundário.²³⁰ Para essa particularidade deve atentar aquele que analisa e faz a distinção entre o contrato de agência e o contrato de representação.

Se ocorrer a outorga de poder para concluir contrato e os figurantes do contrato de agência transformarem em principal o dever jurídico secundário erigido, haverá alteração do tipo contratual. O contrato deixará de ser o de agência e passará a ser o de representação, pois neste o dever de concluir contrato é principal.²³¹

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

O agente ao qual foi outorgado poder para concluir contrato ao agenciado, ao não cumprir esse dever secundário, em regra, não dá causa a existência do inadimplemento.²³² *E.g.*, se o agente tem poderes para realizar o ato de promover a conclusão de negócios e o agenciado e o terceiro os concluem, há, por parte do agente, direito à retribuição, pois o contrato foi adimplido. Dá-se o contrário se o contrato é de representação. Se o representante

²²⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 1, p. 43. BALDI, 2001, p. 43. ASSIS, 2005, p. 199. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 34. BARATA, 1991, p. 37-38. MONTEIRO, 2004a, p. 55. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 185. Neste tópico, é importante atentar para o fato de que os três últimos autores citados o mesmo que tenham afirmado que, quando houver a outorga do poder para o agente concluir negócios em nome do agenciado, o contrato não deixará de ser de agência o ressaltam, contudo, que pode vir o contrato de agência a se transformar em contrato misto, ou haver a coligação de contratos.

²³⁰ GHEZZI, 1970, p. 231. «Se, infatti, la rappresentanza conferisce il potere, non l'obbligo, di concludere il contratto, l'attività al cui stabile svolgimento l'agente con rappresentanza è, *in primis*, obbligato, continuerà pur sempre ad essere, come già si è osservato, quella promozionale, mentre all'agente stesso resterà salva la facoltà di valutare, rispetto a casi particolari che gli si presentino, la convenienza di fare o non fare uso (ed ovviamente rendendone edotto il terzo che con lui contrae) dell'ulteriore potere che gli è concesso.» ASSIS, op. cit., p. 199. GOMES, M. J. 1982, p. 35. MONTEIRO, op. cit., p. 55. CERAMI, 1958, p. 872. BALDASSARI, 2003, p. 287-288. BARATA, op. cit., p. 47. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 185. GIANNATTASIO, Carlo. Agente e figure affini: con speciale riguardo ad una forma marginale di agenzia e di mandato. In: STUDI in onore di Francesco Messineo: per il sua XXXV anno d'insegnamento. Milano: Giuffrè, 1959, v. 2, p. 339. BALDI, op. cit., p. 43. ACHILLI et al., 2006, p. 168-169. THEODORO JÚNIOR [et al.], 2009, p. 981. VIVANTE, 1921, p. 616. Em sentido contrário, sustentando a tese pela qual o contrato de agência com outorga de poderes transforma o contrato em mandato por se tornar uma obrigação do agente concluir contrato à conta e em nome do agenciado: SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 568; 575-580. TRIONI, 2006, p. 256. BASENGHI et al., 2008, p. 354-355. DONNO, Eleonora. Il contratto di agenzia. In: I CONTRATTI di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, comissão, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria. Padova: Cedam, 2009, p. 303.

²³¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.777, 1, p. 79. «O representante de empresa tem de buscar as conclusões, com os atos de divulgação e de atração, que sejam necessários, tem de preparar as conclusões (como os agentes), mas, à diferença dos agentes, concluí-los.»

²³² QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 181.

não cumprir o seu dever jurídico principal de concluir contrato à conta e em nome do agenciado, não terá direito à remuneração, e estará, assim, caracterizado o inadimplemento.

É possível, contudo, conforme as circunstâncias do caso e os usos do tráfico, surgir uma situação em que o agente não possa deixar de concluir o contrato em nome do agenciado, por ser uma oportunidade rara e propícia a gerar grande lucro a este. Neste caso, não sendo cumprido tal dever secundário, terá o agente dada causa à existência de ato ilícito relativo, advindo ao agenciado o direito de ser indenizado por perdas e danos e de exercer, dependendo do grau do dano, a denúncia por justo motivo, com base na alínea ão do artigo 35 da Lei nº 4.886/65.²³³ O fundamento da proposição consiste no fato de o agente dever atuar com diligência, conforme o artigo 712 do Código Civil,²³⁴ e cumprir com o dever lateral de proteção, advindos da boa-fé objetiva.

Portanto, mesmo se a outorga de poderes não gerar a transfiguração do contrato de agência, tornando-se uma obrigação principal a possibilidade de o agente concluir contrato em nome do agenciado, ressalta, nessa situação, o fato de haver o aumento do grau de intensidade do vínculo fiduciário existente entre o agente e o agenciado. Essa particularidade torna mais intensa a valoração de um inadimplemento pelo agente, para justificar a denúncia cheia do contrato pelo agenciado.²³⁵

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

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

Quando forem concedidos poderes ao agente, com o intuito de este realizar em nome do agenciado a conclusão de certos negócios, e a procuração não for expressa ou, sendo expressa, não estiver precisa, o intérprete deve realizar uma interpretação restritiva.²³⁶ Tal linha de interpretação é decorrente da própria natureza jurídica da procuração, que, ao se

²³³ Artigo 35, alínea ão da Lei nº 4.886/65. ãConstituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.ö

²³⁴ Artigo 712 do Código Civil. ãO agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.ö

²³⁵ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 574. TRIONI, 2006, p. 256.

²³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo, III, § 311, 9, p. 257. MAIA JÚNIOR, 2004, p. 147-148. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 226.

tornar eficaz, gera ao procurador o direito formativo modificativo de alterar a situação jurídica na qual se encontra o patrimônio ou o estado pessoal do representado.²³⁷ Do mesmo modo, deve o intérprete valer-se dos usos do tráfico. Faz-se mister, ainda, analisar as circunstâncias de tempo e espaço social em que passou a existir a procuração.²³⁸

Mesmo sendo a procuração um negócio jurídico abstrato, o intérprete pode buscar a provável ligação entre ela e o contrato para o cumprimento para o qual ela foi concedida.²³⁹ No caso do contrato de agência, só assim se compreenderá a extensão dos poderes gerais que foram outorgados para se concluir o contrato.

Portanto, quando há outorga de poderes ao agente para concluir contrato em nome do agenciado e em face de a procuração ter de ser interpretada de modo restritivo, não há de se depreender que o agente tenha poder de gestão para, *e.g.*, realizar modificações de cláusulas contratuais, conceder descontos ou parcelar as prestações a serem pagas por parte do cliente ao agenciado.²⁴⁰ Cumpre, pois, respeitar as instruções²⁴¹ comunicadas por este, salvo a ocorrência de outorga expressa de poderes. *E.g.*, se houve outorga expressa de poder pelo agenciado, conforme a regra jurídica do artigo 29 da Lei nº 4.886/65,²⁴² poderá o agente realizar os atos anteriormente elencados.

Mesmo tendo sido outorgados poderes ao agente para concluir contrato, ele segue obrigado a respeitar as instruções realizadas pelo agenciado. Pela maior interferência do agente na gestão dos interesses do agenciado, aumentam em intensidade a obrigação e a vinculação do agente às instruções.²⁴³

O poder de representação outorgado, em regra, é geral para a conclusão do contrato que o agente tem o dever de promover. Contudo, o poder de representação pode estar limitado à conclusão de contrato que tenha somente determinado objeto mediato (*e.g.*, camisas), ou

²³⁷ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 1, p. 247.

²³⁸ *Ibid.*, § 311, 9, p. 257.

²³⁹ *Ibid.*, § 314, 1, p. 268. O conteúdo e a extensão da outorga do poder de representação determinam-se segundo o termo do instrumento, ou segundo as circunstâncias do caso, tendo-se particularmente em vista o fim do poder de representação e, se poder *fundado* de representação, isto é, oriundo de alguma relação jurídica, a relação jurídica, subjacente ou sobrejacente, em que se baseia (grifo do autor).

²⁴⁰ ACHILLI et al., 2006, p. 168. BALDASSARI, 2003, p. 128-129. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 572. MONTEIRO, 2004a, p. 55. REQUIÃO, R., 2008, p. 206. GHEZZI, 1970, p. 86-87. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 172 e p. 226. BALDI, 2001, p. 42-43.

²⁴¹ Sobre instruções, ver item 2.2.3., Parte II deste trabalho.

²⁴² Artigo 29 da Lei nº 4.886/65. Salvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado.

²⁴³ SARACINI; TOFFOLETTO, *op. cit.*, p. 573.

contratos a serem pagos à vista, estando excluídos aqueles a prazo.²⁴⁴ No caso de o agente concluir contrato em nome do agenciado, sem ter havido procuração para tanto, ocorre a gestão de negócios alheios sem outorga.²⁴⁵ Para que o contrato concluído venha a ser eficaz perante o agenciado, salvo na hipótese de estar configurada a representação aparente, deve ser ratificada, pelo último, a proposta efetuada pelo agente para a conclusão do contrato, conforme o disposto no artigo 873 do Código Civil.²⁴⁶

1.4.2.3 O agente atuando em juízo ao agenciado e recebendo reclamações atinentes aos negócios promovidos junto aos clientes: análise do artigo 30 da Lei nº 4.886/65

O artigo 30 da Lei nº 4.886/65²⁴⁷ é aplicável ao contrato de agência em razão do disposto no artigo 721 do Código Civil.²⁴⁸ Ele regula situações comezinhas no contrato de agência sobre a atuação do agente na proteção de interesses do agenciado, em juízo e perante os clientes, quanto às reclamações daqueles pelos negócios por este promovidos. Essa disposição está eminentemente vinculada ao dever de diligência do agente, disposto no artigo 712 do Código Civil.²⁴⁹ Tem a finalidade de facilitar a elucidação do que se há de retirar do verbo *promover* ao contrato de agência. A atividade do agente, independentemente de lhe terem sido outorgados poderes para concluir negócios em nome do agenciado, não se exaure com a promoção da conclusão do contrato, ou seja, com a atividade pré-contratual de convidar o cliente e captar a sua proposta, mas prossegue durante a fase de execução e a fase pós-contratual, concluída pelo agenciado.²⁵⁰

De plano deve-se deixar assentado não conferir ao artigo 30 da precitada lei poder de representação legal ao agente. Essa é a posição a ser adotada no direito brasileiro. Essa conclusão fica clara desde a leitura da primeira parte do artigo 30 da Lei nº 4.886/65, que trata da possibilidade de o agente atuar em juízo, à conta e em nome do agenciado. O agente

²⁴⁴ GHEZZI, 1970, p. 230, nota 2.

²⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XLIV, § 4.768, 3, p. 43.

²⁴⁶ Artigo 873 do Código Civil. *“A ratificação pura e simples do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, e produz todos os efeitos do mandato.”*

²⁴⁷ Artigo 30 da Lei nº 4.886/65. *“Para que o representante possa exercer a representação em Juízo, em nome do representado, requer-se mandato expresso. Incumbir-lhe-á porém, tomar conhecimento das reclamações atinentes aos negócios, transmitindo-as ao representado e sugerindo as providências acauteladoras do interesse deste. Parágrafo único. O representante, quanto aos atos que praticar, responde segundo as normas do contrato e, sendo este omissivo, na conformidade do direito comum.”*

²⁴⁸ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 103.

²⁴⁹ REQUIÃO, R. E., op. cit., p. 103. TEPEDINO, 2008, p. 282.

²⁵⁰ GHEZZI, 1970, p. 88. CAVANI; BOSELLI, 2004, p. 130-131.

somente será reconhecido como representante do agenciado à prática desses atos, se houver por parte do último a outorga de poder para esse fim. Para serem eficazes tais atos, a procuração deve ser expressa. O agente, se não for dotado de poderes ao ingresso da oação, mas, em razão do dever de diligência, entender ser necessário o ingresso de uma oação perante determinado juízo, a fim de evitar, por exemplo, a prescrição ou a decadência, ou para praticar ato de extrema urgência, pode propô-la em nome do outorgado. Para essas situações tem de atuar como um gestor de negócios alheios na forma do artigo 861²⁵¹ e seguintes do Código Civil.

Quanto às reclamações da clientela, a interpretação da segunda parte do artigo 30 da Lei nº 4.886/65 há de ser literal. Não há que se interpretar o dispositivo legal no sentido de retirar a existência de representação legal. O artigo citado preceitua ao agente o dever de informar sobre as reclamações da clientela e dar sugestões ao agenciado sobre as medidas acautelatórias necessárias tanto à satisfação como à proteção de seu crédito.²⁵²

A legitimidade de o agente receber reclamações dos clientes deve-se principalmente por ter sido ele quem preparou, junto à clientela, os contratos concluídos pelo agenciado, gerando a confiança da primeira também em sua pessoa e profissionalidade. Por isso, mesmo sem ter havido outorga de poder, a ele podem ser dirigidas reclamações por parte da clientela. Ademais, é de seu interesse que lhe sejam dirigidas, pois são a sua reputação e o seu prestígio que estão em jogo junto à clientela.²⁵³ Por essas peculiaridades decorrentes do contato social estabelecido entre agente e clientela, não se pode deixar de reconhecer à última o direito de reclamar também perante o agente. Desse modo, a segunda parte do artigo supracitado reconhece a possibilidade de a ele serem endereçadas as reclamações dessa clientela.²⁵⁴

O agente, por consectário do dispositivo legal, pode receber a reclamação do cliente, por exemplo, quanto ao vício redibitório de determinado bem que adquiriu junto ao agenciado. Contudo, não se pode considerar como interrompido um dos prazos ao exercício

²⁵¹ Artigo 861 do Código Civil. "Aquele que, sem autorização do interessado, intervém na gestão de negócio alheio, dirige-lo-á segundo o interesse e a vontade presumível de seu dono, ficando responsável a este e às pessoas com que tratar."

²⁵² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XLIV, § 4.769, 4, p. 49. "Quanto às reclamações da clientela, tem o agente de transmitir imediatamente à empresa agenciada o que alega o cliente, ou o que alegam os clientes. Alguns juízes têm visto aí representação *ex lege* da empresa agenciada, o que é inadmissível."

²⁵³ *Ibid.*, § 4.770, 3, p. 51-52.

²⁵⁴ *Ibid.*, § 4.769, 4, p. 49. "O agente não representa. Mas foi ele quem preparou, ou, pelo menos, quem se incumbiu de preparar os negócios jurídicos. Daí poderem ser endereçadas a ele *reclamações* da clientela. Afirmou, por exemplo, qualidades que o bem não tinha ou que os bens não tinham. Por outro lado, porque foi ele quem preparou os negócios jurídicos, à empresa agenciada não poderia ser negado o *direito de reclamação* contra o agente (*e.g.*, informou erroneamente)" (grifos do autor).

do direito formativo extintivo por vício redibitório, estabelecidos no artigo 445 do Código Civil,²⁵⁵ se a reclamação for dirigida ao agente, pois o mesmo não está dotado de poder para atuar em nome do agenciado. Somente se pode considerar interrompido o prazo preclusivo pela reclamação endereçada ao agente e por ele recebida, se a ele tiver sido outorgado poder para tanto, pelo agenciado,²⁵⁶ ou se há a aparência de representação. O mesmo se passa quanto à interrupção ou não do prazo geral de prescrição estabelecido no artigo 205 do Código Civil²⁵⁷ para a hipótese de evicção. Assim como nas reclamações, deve ser esse o entendimento a ser aplicado às declarações relativas à execução do contrato, como, por exemplo, a referente ao exercício do direito formativo modificativo de escolha de obrigação alternativa.

Por tudo, não se pode aplicar ao direito pátrio, com base na legislação alienígena, *e.g.*, o artigo 1.745 do Código Civil italiano, como o faz, por exemplo, Rubens Requião,²⁵⁸ o entendimento de que o artigo 30 da Lei nº 4.886/65 atribui ao agente a representação legal. O precitado artigo do Código Civil italiano dá azo a esse entendimento, pois considera õválidaõ a declaração referente à execução do contrato concluído e a reclamação relativa ao inadimplemento contratual endereçada ao agente.²⁵⁹

1.4.2.4. O agente falso procurador: teoria da aparência

No cumprimento de sua obrigação, o agente pode não estar provido de poderes para atuar em nome do agenciado e, por isso, concluir atos jurídicos *lato sensu* em nome desse. Há ainda a hipótese de, mesmo tendo sido outorgados poderes ao agente, este atuar excedendo os limites que lhe foram conferidos. Àquele que atua sem poderes ou além dos limites dos

²⁵⁵ Artigo 445 do Código Civil. õO adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis. § 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matériaõ (grifo do autor).

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.777, 7, p. 82. VIVANTE, 1921, p. 616.

²⁵⁷ Artigo 205 do Código Civil. õA prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.õ

²⁵⁸ REQUIÃO, R., 2008, p. 209-210.

²⁵⁹ Artigo 1745 do Código Civil italiano. õLe dichiarazioni che riguardano l'execuzione del contratto concluso per il tramite dell'agente e i reclami relativi alle inadempienze contrattuali sono valieamente fatti all'agente. L'agente può chiedere i provvedimenti cautelari nell'interesse del preponente e presentare i reclami che sono necessari per la conservazione dei diritti spettanti a quest'ultimo.õ

poderes outorgados chama-se *õfalso procuradorõ* (*falsus procurator*) ou *õrepresentante aparenteõ*.²⁶⁰

O Código Civil não tratou de modo específico do problema da representação aparente, em sua Parte Geral, na qual o instituto da representação é regrado em termos gerais, nem na Parte Especial. Por isso, quanto aos problemas ligados à falta de outorga de poderes no contrato de agência, deve o interprete tomar por arrimo o modelo jurídico jurisdicional e o modelo hermenêutico doutrinário.²⁶¹

No caso de ser configurada a atuação do agente com representação aparente, a primeira e mais tradicional posição é a que declara a ineficácia do ato jurídico *lato sensu*, concluído seja perante o agenciado, seja perante o terceiro e o agente.²⁶² *E.g.*: se ao agente não lhe são outorgados poderes para receber pagamento em nome do agenciado, nem tampouco dar quitação, o pagamento a ele realizado por determinado cliente e a quitação constituída são ineficazes, não podendo, por isso, serem declaradas a inexistência da dívida e a consequente sustação do protesto da duplicata.²⁶³

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

A primeira ocorre quando se dá a ratificação pelo agenciado, na forma do artigo 873 do Código Civil, ao ato jurídico *lato sensu* praticado pelo agente sem poderes para tal. Ou seja, o ato praticado pelo agente, sem representação, é ineficaz perante o agenciado.

²⁶⁰ CAVANI; BOSELLI, 2004, p. 125.

²⁶¹ O contrário passa-se no Direito português, o qual, no artigo 23 do Decreto-Lei nº 178/86, regra de modo específico a representação aparente no contrato de agência. *õArtigo 23º (Representação aparente) 1 - O negócio celebrado por um agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal se tiverem existido razões poderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa-fé na legitimidade do agente, desde que o principal tenha contribuído para fundar a confiança do terceiro. 2 - À cobrança de créditos por agente não autorizado aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no número anterior.õ*

²⁶² CAVANI; BOSELLI, op. cit., p. 125.

²⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 10ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70023686959. Relator: Des. Paulo Roberto Lessa Franz. J. 05 maio 2008. *õDECISÃO MONOCRÁTIA. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO DE DUPLICATA. PAGAMENTO EFETUADO A REPRESENTANTE COMERCIAL SEM PODERES PARA RECEBER VALORES E DAR QUITAÇÃO. JUÍZO DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDO. É cediço que o pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito, segundo dispõe expressamente o art. 308 do CC/2002. Precedentes jurisprudenciais. Verificado que, no caso, o autor efetuou o pagamento de dívida ao representante comercial da empresa ré, o qual, de acordo com o contrato de representação comercial juntado aos autos, não estava autorizado a recebê-lo, tampouco a, em nome da credora, dar quitação regular, inviável o reconhecimento da validade do pagamento, mostrando-se hígida a duplicada sacada, assim como o protesto levado a efeito pela ré. Ação declaratória e cautelar de sustação de protesto improcedentes. Sentença mantida. Apelação improvida.õ*

Entretanto, advirá a eficácia do ato jurídico *lato sensu* no momento em que o agenciado efetuar a ratificação.²⁶⁴

A segunda hipótese consiste na aplicação da teoria da aparência. Tal teoria advém de elaboração doutrinária e jurisprudencial, estando eminentemente estruturada, em suas bases, na tutela da confiança de terceiros de boa fé.²⁶⁵ Devido às circunstâncias que se apresentarem em determinado caso, certa pessoa, atuando a conta de outra, mesmo sem ter poder de representação, há de ser considerada como se o tivesse, pois há a aparência de lhe terem sido outorgados poderes. A confiança despertada no terceiro de boa-fé deve ser, aqui, por estas razões, protegida.²⁶⁶

Quatro elementos apresentam-se essenciais para que se possa considerar, tomando-se por base a teoria da aparência, ser o agente representante do agenciado: a) não haver a outorga de poderes ou o exercício deles ter ido além do realmente outorgado; b) ser contínua e reiterada a conduta do primeiro e ser esse comportamento usual no tráfico; c) a ação ou omissão do agenciado de modo a aparentar que tenha outorgado poderes ao agente; d) a boa-fé e a confiança do terceiro, o qual entrou em contato com o agente falso procurador.²⁶⁷

Existindo esses quatro elementos, o ato praticado pelo agente é eficaz perante o agenciado, podendo o cliente afirmar o cumprimento de suas obrigações perante o agenciado e exigir a satisfação de seu crédito.²⁶⁸ Assim, pela aplicação da teoria da aparência, *e.g.*, se o agente, perante determinado cliente, agir como se estivesse instituído de poderes para atuar em nome do agenciado e o agenciado tiver sido omisso em afastar o estado de boa-fé e a

²⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo, III, § 320, 4, p. 297. “Se alguém atua como representante sem ter poder de representação, inclusive se recebe a manifestação de vontade, ou a comunicação de vontade, de conhecimento ou de sentimento de outrem, o ato entra no mundo jurídico, pendendo a sua eficácia. Enquanto o representado não se manifesta, repelindo a representação, ou ratificando, o ato permanece no mundo jurídico, é ato jurídico em cujo suporte fático há a *dúvida* sobre representação sem poder de representação; donde ser, até que o representado se manifeste, ineficaz *contra* ele, sendo eficaz *contra* o outro figurante, pendentemente. Não se pode pensar em nulidade: tudo se passa no mundo fático, em que está o suporte fático do ato jurídico, e no plano da eficácia (grifos do autor).

²⁶⁵ CAVANI; BOSELLI, *op. cit.*, p. 126.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo III, § 311, 4, p. 255.

²⁶⁷ GOMES, Orlando. Aparência do direito. In: TRANSFORMAÇÕES gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 120. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2, p. 270. MAIA JÚNIOR, 2004, p. 113-115. BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, p. 121-124.

²⁶⁸ GOMES, O., 1980, p. 121.

confiança legítima despertada no cliente pelo agente, devem então ser considerados eficazes o pagamento efetuado por esse cliente ao agente e a quitação fornecida pelo agente ao cliente.²⁶⁹

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

Em relação ao segundo requisito, observamos que o agente tem de atuar perante o terceiro de modo reiterado e dentro do que se tem por usual no tráfego, a ponto de imprimir neste terceiro a aparência de que era, de fato, representante.²⁷⁰ É necessário, portanto, que a prática desses atos seja realizada em consonância com os usos do tráfego no exercício de determinada atividade.²⁷¹ Há de ser uma conduta normal e corrente dentro do tráfego.

O terceiro requisito leva a ser necessária também uma ação ou omissão do agenciado, a ponto de permitir gerar no cliente de boa fé a confiança legítima de que ele outorgou ao agente poderes para atuar em seu nome.²⁷² A conduta ou omissão do agenciado, considerada dentro das circunstâncias objetivas do caso, há de ser tal que contribua para que o cliente venha a confiar na existência da outorga de poderes ao agente.²⁷³ Deve-se observar se, através

²⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm Cív. Ap. Cív. nº 70017488297. Relator: Des. Odone Sanguiné. J. 11 abr. 2007. ãAPELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO REALIZADO A REPRESENTANTE COMERCIAL SEM PODERES PARA RECEBER E DAR QUITAÇÃO. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA APARÊNCIA. PAGAMENTO EFICAZ. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA. 1. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. TEORIA DA APARÊNCIA. Quanto ao pedido de declaração de inexistência do débito, não merece reparo a sentença, em que pese o esforço argumentativo da apelante, sustentando que a representante comercial da empresa não detinha poderes para receber o pagamento e dar quitação, porquanto incidente a teoria da aparência no caso concreto. 2. Aplicação da teoria da aparência como expressão do princípio da proteção à boa-fé de terceiros e da necessidade de imprimir maior segurança às relações jurídicas. Não são desprovidos de eficácia o recebimento e a quitação de pagamento realizado pelo devedor à representante comercial da credora, pela falta de poderes daquele para os atos, quando este representante se apresentava, perante o devedor, em todos os atos de interesse da empresa credora, como seu legítimo representante comercial. [...]õ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm Cív. Ap. Cív. nº 70015384209. Relator: Des. Odone Sanguiné. J. 06 set. 2006. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm Cív. Ap. Cív. nº 70011625787. Relator: Odone Sanguiné. J. 28 set. 2005.

²⁷⁰ GOMES, O., 1980, p. 121. MAIA JÚNIOR, 2004, p. 114.

²⁷¹ GOMES, O., op. cit., p. 121. õImporta, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiância, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à *aparência*, deve produzir os seus efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agenteõ (grifo do autor).

²⁷² SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: A PARTE geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 251. TEPEDINO, 2008, p. 9. OLIVEIRA, E. R., 2008, p. 271. CAVANI; BOSELLI, 2004, p. 126.

²⁷³ MAIA JÚNIOR, 2004, p. 113.

de uma conduta diligente, o agenciado poderia conhecer e impedir tal comportamento do agente. Se podia conhecer e impedir, e não o fez, está configurado o requisito à declaração da aparência de representação.²⁷⁴

Quanto ao quarto requisito, para que se possa declarar a existência de boa-fé (subjativa)²⁷⁵ a ponto de despertar a confiança legítima do cliente, não basta uma singela situação. É necessário que o erro seja realizado a ponto de não se poder, através de uma diligência normal exigida no tráfego, desconfiar nem da inexistência nem da nulidade da procuração.²⁷⁶ Contudo, isso não gera ao cliente uma obrigação específica de verificar a existência ou não da procuração, bem como a sua extensão.²⁷⁷ A obrigação de declarar a existência e a extensão dos poderes concedidos é do próprio agente, conforme o disposto no artigo 118 do Código Civil. Entretanto, o dever de averiguar a existência ou não da outorga de poderes ou da sua extensão é decorrente do dever de diligência das partes, quando do contato social. A confiança legítima não estará configurada se o cliente agir com malícia ou sem a devida diligência.²⁷⁸

Por isso, de acordo com os pressupostos analisados, não se pode considerar concretizada a teoria da aparência, e então se considerar eficaz o pagamento efetuado por um terceiro ao agente sem poderes para receber em nome do agenciado, quando tiver havido somente uma única intermediação do agente junto ao terceiro. A boa-fé e a confiança necessitam, para que se possa falar em existência da aparência de representação, pelo menos, da reiteração de condutas.²⁷⁹ Ademais, a exceção no contrato de agência é a outorga de poderes para concluir contrato, tanto mais para receber pagamento. Igualmente, outro caso a afastar a teoria da aparência ocorre quando o agente, dentro das circunstâncias apresentadas

²⁷⁴ MOTA PINTO, Carlos da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 551. WESTERMANN, Harry. *Código civil alemão: Parte Geral*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 192.

²⁷⁵ GOMES, O., 1980, p. 120. ð(...) o elemento psicológico, ou a boa-fé, isto é, a ignorância, pelo terceiro, da realidade ð (grifos do autor).

²⁷⁶ LARENZ, 1978, p. 823. GOMES, O., 1980, p. 120. SCHREIBER, 2003, p. 251. BIANCA, 1998, p. 122.

²⁷⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 251.

²⁷⁸ TEPEDINO, 2008, p. 9-10.

²⁷⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 10ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70006923320. Relator: Des.ª Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira. J. 11 nov. 2004. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE TÍTULO. AÇÃO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO. DUPLICATA. COMPRA E VENDA DE MADEIRA. PROVA DO PAGAMENTO. PESSOA QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE DA VENDEDORA E PASSA RECIBO NO VALOR RELATIVO À COMPRA. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. Sendo precária a prova do pagamento, demonstrando-se que a pessoa que se anunciou como representante comercial da ré em uma única operação não detinha os necessários poderes de dar quitação, cumpre à autora, presumidamente de boa-fé, acionar em demanda própria aquele que embolsou os valores alegadamente alcançados, e de forma indevida. Sentença mantida. Apelo desprovido. ð

no caso, de modo algum poderia ter sido considerado como legitimado a receber pagamentos de títulos que costumeiramente o cliente realizava através de boleto bancário, uma vez que nem mesmo tinha recibos em seu poder para fornecer ao cliente.²⁸⁰

2. A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE AGÊNCIA E SUA DISTINÇÃO DOS CONTRATOS AFINS

Realizada a análise dos principais elementos tipificadores e caracterizadores do contrato de agência, realiza-se, neste item do trabalho, a perquirição da natureza jurídica do contrato de agência, bem como a sua distinção com os contratos afins.

2.1. A natureza jurídica do contrato de agência: de duração, de confiança e de gestão de interesses alheios

A mudança de perspectiva e de compreensão da relação obrigacional, conforme se verá à frente, no item 1, parte II, trouxe à baila a importância de determinada espécie de relação, na qual o interesse dos figurantes somente se torna satisfeito pela execução contínua e reiterada de comportamentos no decorrer de todo o processo obrigacional.²⁸¹ É uma espécie de obrigação criada, visando não à sua extinção, mas sim à sua duração no tempo.²⁸² Nessa espécie, toda a ação ou omissão em cumprimento aos deveres que cabem a qualquer um dos partícipes, a fim de permitir alcançar a satisfação do interesse do outro, deve perdurar por todo o transcorrer da relação.²⁸³ Ainda que adimplidos os deveres principais, estes perduram sem alteração do conteúdo, enquanto a relação jurídica existir, não importando o adimplemento perfeito em conclusão do processo obrigacional, pois eles se renovam durante a

²⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70006764906. Relatora: Ana Beatriz Iser. J. 11 fev. 2004. ãAPELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE DEVEDOR. PAGAMENTO FEITO AO REPRESENTANTE COMERCIAL DA EXEQUENTE. Tendo o representante comercial da empresa exequente declarado que recebera os valores da embargante como empréstimo pessoal, não há que se considerar quitadas as duplicatas postas em execução. Ademais, o representante comercial não detinha poderes para receber pagamentos de títulos que costumeiramente a embargante realizava através de bloqu岸os bancários. Sequer recibos tinha o representante para fornecer, circunstância que deveria levar a embargante a presumir falta de poderes para receber pagamentos. O recebimento dos valores foi lançado nos próprios pedidos de fornecimento de mercadoria feitos pela embargante. O mesmo agir teve o representante com outra empresa cujos embargos foram julgados improcedentes. Recurso de apelação improvido.ö

²⁸¹ GARCIA HERRERA, 2006, p. 347. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, t. 2, p. 33.

²⁸² MOTA PINTO, 2005, p. 661. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 253.

²⁸³ KLEIN, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Civitas, 1997, p. 69. GARCIA HERRERA, 2006, p. 354.

existência do vínculo obrigacional.²⁸⁴ O cumprimento dos deveres principais não importa em extinção ou em alteração do conteúdo dos mesmos. Por tal característica, quanto mais durar a relação obrigacional, maior será a satisfação dos figurantes.²⁸⁵ Tal peculiaridade, contudo, não impede que a mesma se configure quando existe somente um único dever jurídico principal a ser cumprido perante outro sujeito²⁸⁶ ou quando a satisfação dos interesses envolvidos somente seja alcançada com a obtenção de um resultado final, estando, por isso, a duração dessa relação determinada por uma finalidade concreta, que necessite uma conduta duradoura dos partícipes.²⁸⁷ Os contratos, os quais apresentam como modo de execução as características acima apontadas, são comumente chamados de duração ou de obrigação duradoura.^{288 e}

289

Como os contratos de obrigação duradoura têm a sua existência pautada por uma estrutura dinâmica a se desenrolar num lapso temporal comumente indeterminado, mas podendo ser determinado²⁹⁰ , necessitando da conduta reiterada e contínua dos figurantes, para que os interesses recíprocos sejam alcançados, observa-se a importância do tempo e da personalidade dos envolvidos, bem como das particularidades ao adimplemento satisfatório.²⁹¹ O tempo é elemento relevante, pois, em razão da necessidade de reiteração e continuidade da conduta dos figurantes para que sejam satisfeitos, de modo completo, os interesses colimados , ele passa a ter influência no fim (motivo e causa) do contrato existente, atuando, por isso, no conteúdo e na extensão da relação.²⁹² Essa peculiaridade produz uma maior complexidade nessa relação obrigacional, em comparação com as demais, pois gera o

²⁸⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Traducción y notas Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, v. 1, p. 41. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 163. MARTINS-COSTA, 2009, p. 35. GARCIA HERRERA, 2006, p. 350. SILVA, 2002, p. 253. MOTA PINTO, 2005, p. 661.

²⁸⁵ MOTA PINTO, op. cit., p. 661. SILVA, op. cit., p. 253.

²⁸⁶ GARCIA HERRERA, op. cit., p. 349.

²⁸⁷ Ibid., p. 351.

²⁸⁸ GARCIA HERRERA, op. cit., p. 347. GOMES, O., 1977, p. 98.

²⁸⁹ GARCIA HERRERA, op. cit., p. 347-348, nota 558. Cabe advertir que no resulta demasiado afortunada la expresión «*contrato duradero*» para referirse a aquellos contratos en los que está presente un interés duradero. Su éxito se debe más a la concisión que a la pureza y exactitud de la fórmula, [í]. Por este motivo, resulta más adecuado el término «relaciones obligatorias de duración», expresión frecuentemente utilizada por la literatura germánica (*dauernde Schuldverhältnisse*) y asumida por la moderna doctrina.

²⁹⁰ LARENZ, 1958, p. 42. GARCIA HERRERA, op. cit., p. 347.

²⁹¹ COUTO E SILVA, 2006, p. 163. MARTINS-COSTA, 2009, p. 34.

²⁹² LARENZ, 1958, p. 42. GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 112. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 65.

aumento do grau de intensidade dos deveres secundários e laterais, existentes no plano da eficácia.²⁹³

Por terem os deveres laterais, advindos da boa-fé objetiva, grau de intensidade elevado no transcorrer da relação obrigacional, impõe-se aos figurantes a necessidade de maior diligência e colaboração mútua.²⁹⁴ Com isso, sobressai outra particularidade das relações de duração, referente à maior consideração à personalidade dos partícipes.

Como todo o contrato é, antes de tudo, uma relação de confiança, exigindo de seus figurantes não só o adimplemento dos deveres principais e secundários, mas também dos deveres laterais, advindos da boa-fé, durante todo o processo obrigacional, entende-se que os partícipes devem atuar em cooperação recíproca, e não em posição de antagonismo. Mesmo que os interesses de cada partícipe possam parecer diversos, em decorrência da mútua confiança que os levou a dar existência ao contrato, há expectativas recíprocas e comuns à manutenção dessa confiança, o que leva à necessidade de cooperação contínua.²⁹⁵

Muito embora esse dever de atuar de modo cooperativo deva existir em qualquer espécie contratual, apresenta-se mais intenso em determinadas espécies, as quais dependem da atuação em conjunto de seus figurantes, por serem os interesses envolvidos eminentemente comuns.²⁹⁶ Isso leva cada partícipe a depositar, de modo mais incisivo, expectativas legítimas na pessoa do outro; expectativas de que esse atuará de modo cooperativo ao praticar ações ou omissões não violadoras dessas expectativas e dos interesses objetivados, revelando, por isso, maior carga de personalidade. Esses contratos são os de obrigação duradoura.²⁹⁷

Deste modo, há que se atentar para determinada espécie de contrato de obrigação duradoura, que existe e se mantém, baseado nas qualidades pessoais do outro partícipe. São

²⁹³ KLEIN, 2006, p. 44. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, v. 1, p. 116. SILVA, 2002, p. 75.

²⁹⁴ BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: OBRA dispersa. Braga: Scientica Iuridica, 1991, p. 142. É de notar a este propósito que a relação contratual duradoura aparece como particularmente apropriada para instituir uma ordenação relativamente objectiva entre as respectivas partes, estabelecendo assim uma ponte de transição entre o direito de crédito e o direito das associações de pessoas. O vínculo associativo, que pressupõe já uma conjugação de esforços para a realização de um escopo comum e, portanto, um começo de organização, torna-se sobretudo relevante na relação societária. Mas também em muitas das relações duradouras se pressupõe uma certa colaboração e entendimento entre as partes para que o objectivo do contrato ou o objectivo visado pelo credor da prestação duradoura típica seja plenamente alcançado.

²⁹⁵ CAMPOS, Francisco de. Consultas e pareceres. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 330, p. 101-110, 1963, p. 105-106.

²⁹⁶ MOTA PINTO, 2003, p. 287, nota 1.

²⁹⁷ LARENZ, 1958, p. 21. BETTI, 1969, p. 102-103. BAPTISTA MACHADO, 1991, p. 142.

exemplos o contrato de prestação de serviços, o de trabalho e o de sociedade de pessoas.²⁹⁸ São tipos contratuais em que, além da confiança legítima, os deveres laterais possuem alto grau de intensidade à consecução do fim do contrato, devendo, por isso, cada figurante atuar de modo diligente e em cumprimento a esses deveres. Sendo contrárias, tais condutas afetarão a confiança imante à manutenção do vínculo.²⁹⁹

A terceira peculiaridade a ser destacada dos contratos de obrigação de duração está vinculada à concepção de adimplemento. O descumprimento de qualquer um dos deveres existentes no plano da eficácia de uma relação jurídica de duração — sejam eles principais, secundários ou laterais —, ao contrário do que ocorre com as obrigações de execução instantânea ou diferida, pode gerar, por menor que seja a importância representada por sua análise isolada dentro do processo obrigacional, a quebra da confiança, dando azo à existência do inadimplemento absoluto e, por consectário, do direito formativo extintivo de resilição ou à justa causa ao direito formativo extintivo de denúncia.³⁰⁰ Se o descumprimento de uma obrigação quebrar a confiança de que não serão cumpridas as demais obrigações de acordo com o fim do contrato, independentemente da gravidade que possa representar tal descumprimento, está gerado o inadimplemento absoluto.³⁰¹ Se o descumprimento incidir naqueles contratos de obrigação de duração, em que a confiança não é mero fator ínsito ao vínculo obrigacional, mas, além disso, pertence à própria natureza do contrato, por ser este *intuitu personae*, ocasionando o abalo da particular confiança depositada por um contratante nas qualidades pessoais do outro, gera-se de igual o inadimplemento absoluto.³⁰²

Trazendo essas compreensões à análise do contrato de agência, depreende-se que o mesmo apresenta particularidades que permitem afirmar que ele é *de duração* ou *de obrigação duradoura*.³⁰³

²⁹⁸ BAPTISTA MACHADO, op. cit., p. 140-141. MARTINS-COSTA, 2009, p. 34.

²⁹⁹ BAPTISTA MACHADO, op. cit., p. 141. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 34.

³⁰⁰ BAPTISTA MACHADO, op. cit., p. 138-145.

³⁰¹ Ibid., p. 138-139.

³⁰² Ibid., p. 140-142.

³⁰³ TRIONI, 2006, p. 45. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 35. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 54. TOFFOLETTO, 2008, p. 49 e p. 225. MONTEIRO, 2004a, p. 50. ASSIS, 2005, p. 198. GOMES, O., 1977, p. 438. CERAMI, 1958, p. 873. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.763, 4, p. 26. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 812, p. 22-40, jun. 2003, p. 40. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 962. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 245. GHEZZI, 1970, p. 3. OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, v. XLII, Prima Parte, 1944, p. 45. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 409. SORIA FERRANDO, 1996, p. 51. MARTINI, Angelo. Obbligazione di durata. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: UTET, 1965, v. 11, p. 658. KLEIN, 1997, p. 72. MÉGNIN, 2003, p. 179. GARCÍA HERRERA, 2006, p. 123. FADEL; VANTINI, 2006, p. 57. SCHMIDT, 1997, p. 756.

Analisando-se o contrato de agência como de obrigação duradoura, sob o prisma de uma perspectiva dinâmica e complexa, observa-se que ele tem como ponto fundamental a confiança recíproca entre os figurantes, onde os deveres da boa-fé alcançam elevado grau de intensidade. Isto gera para ambos os figurantes o dever de pautarem as suas condutas não só pelo alcance dos seus próprios interesses, mas também dos do outro contratante.³⁰⁴ O fato de cada um dos figurantes dever atuar pautando as suas condutas de modo a perseguir os interesses legítimos do outro figurante assegura a necessidade de uma mútua cooperação, durante toda existência do contrato de agência.³⁰⁵

Por ser um contrato que necessita da conduta cooperativa entre os partícipes para alcançarem o máximo de satisfação dos interesses envolvidos, a confiança recíproca é elemento assente em todos os contratos, especialmente nos de obrigação de duração e tem papel relevante, permitindo-se classificá-lo como um contrato de confiança.^{306 e 307} Entretanto, a classificação do contrato de agência como um contrato de confiança não se restringe apenas ao prisma vinculado ao comportamento diligente e normalmente esperado dos seus figurantes.³⁰⁸ A classificação também toma por base a importância das qualidades pessoais de ambos os figurantes; qualidades que despertam a confiança recíproca para a conclusão do contrato.

Tradicionalmente, qualifica-se o contrato de agência como contrato de confiança *intuitu personae*, por se compreender que a fidúcia que permite ao agenciado querer concluir

³⁰⁴ TRIONI, 2006, p. 126-127. BASENGHI et al., 2008, p. 123. MÉGNIN, 2003, p. 179-180. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 293-294.

³⁰⁵ Isso se constata no próprio artigo 38 da Lei nº 4.886/65. Na doutrina essa é posição, por exemplo, de: GARCIA HERRERA, op. cit. p. 355-356. REQUIÃO, R., E. 2007, p. 27. Na jurisprudência: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70015862279. Relator: Angelo Maraninchi Giannakos. J. 08 nov. 2006.

³⁰⁶ Mesmo escrevendo sobre o contrato de representação de empresa, deve ser aplicada ao contrato de agência, como se a ambos os figurantes deste contrato tivessem sido referidos, a seguinte afirmação de Pontes de Miranda: *“O contrato de representação de empresa é negócio jurídico de confiança, no qual a empresa conta com a atenção e o velamento do representante de empresa [...]”* (grifo nosso). PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XLIV, § 4.777, 5, p. 81. REQUIÃO, R., E., 2007, p. 156. LARA GONZALES, 1998, p. 74, nota 72. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3, p. 334. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 234-244. BASENGHI et al., 2008, p. 123. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 78 e p. 192. SORIA FERRANDO, 1996, p. 412-413. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8. ASSIS, 2005, p. 201. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 281.

³⁰⁷ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8. *“La confianza que en los contratos constituye un simple motivo subjetivo, en los contratos de gestión se transforma en un motivo determinante de la voluntad y en elemento integrante de la causa del contrato. Esta condición se ve reafirmada en el contrato de agencia porque además de ser un contrato de gestión es un contrato de duración, de ejecución continuada. Y si, además de la ejecución continuada, el contrato tiene por objeto una actividad personal especial, con mayor razón todavía cabrá afirmar que el contrato se concluye, indubitavelmente, sobre la base de la fidelidad.”*

³⁰⁸ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 96.

o contrato decorre das qualidades pessoais que o agente apresenta perante o primeiro.³⁰⁹ Esta característica do contrato de agência, contudo, não pode mais ser auferida, considerando-se somente as qualidades pessoais do agente. Devido à alteração substancial ocorrida no tráfego das relações empresariais, o elemento confiança deixou de ser calcado estritamente pelo critério pessoal dos contratantes, passando a ser calcado mais no critério organizacional. Deste modo, o que importaria à caracterização da confiança não seriam as qualidades pessoais de um contratante. O critério a se ter como base de sustentação seria a observância das condições técnicas, econômicas, patrimoniais etc.³¹⁰ Tal procedimento torna-se ainda mais necessário por se ter tornado corrente a conclusão de contrato de agência entre pessoas jurídicas.³¹¹ O contrato de agência, assim como os demais contratos de distribuição, deixa de ser preponderantemente *intuitu personae* e passa a ser, para muitos casos, *intuitu instrumenti*.³¹² Não há, por isso, correspondência absoluta entre o elemento fiduciário e as peculiaridades pessoais de um contratante.³¹³ Mesmo que, para se alcançarem os interesses do agenciado, sejam intensas as qualidades pessoais de agente, estas acabam, portanto, não figurando como as únicas à existência do contrato.³¹⁴

O fato de nos contratos de distribuição, entre os quais se inclui o de agência, vermos aumentada a importância das qualidades organizacionais, em detrimento das qualidades pessoais, não nos dá razão para afirmarmos a irrelevância da última para a existência do elemento confiança.³¹⁵ A preponderância do *intuitu instrumenti* ou do *intuitu personae* depende da observância das qualidades pessoais e organizacionais concretamente apresentadas pelos contratantes.³¹⁶ Em determinados casos, por exemplo, a confiança gerada

³⁰⁹ QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 236 QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 151.

³¹⁰ FORGIONI, 2009, p. 106. LARA GONZALES, 1998, p. 374. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 236-237.

³¹¹ GARCIA HERRERA, 2006, p. 593, nota 967.

³¹² LARA GONZALES, op. cit., p. 374. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 236-237. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 151.

³¹³ LARA GONZALES, 1998, p. 374. «El contrato de agencia, en efecto, obliga a ambas as partes a una cooperación fundada en la mutua confianza; pero, sin embargo, de esta indudable relevancia del elemento fiduciario en la relación de agencia no debe seguirse la conclusión de que el contrato ha de encuadrarse plenamente entre los de carácter personal, ya que una cosa es la caracterización de una relación jurídica como de colaboración fiduciaria y otra el carácter personal de esa relación. No obstante, sin duda alguna, entre elemento fiduciario y carácter personal existe una proximidad conceptual, pero no una total correspondencia.» QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 236-237.

³¹⁴ Ibid., p. 238. Essa observação, contudo, não se restringe ao contrato de agência. É pertinente a todos os contratos de distribuição, entre os quais o de agência. Assim, por exemplo, aplicam-se as mesmas peculiaridades ao contrato de concessão comercial e franquia. GARCIA HERRERA, op. cit., p. 591-593.

³¹⁵ LARA GONZALES, op. cit., p. 375. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8.

³¹⁶ LARA GONZALES, op. cit., p. 375.

no agenciado para a conclusão do contrato está calcada nas qualidades pessoais do agente, ou seja, em sua honorabilidade e sua honestidade. Neste caso, configura-se a confiança *intuitu personae*. No caso de preponderarem as qualidades organizacionais do agenciado, tratando-se, por exemplo, de uma sociedade de responsabilidade limitada, com grande estrutura organizacional e patrimonial, com vários auxiliares e a possibilidade de atuar em zona muito abrangente, configura-se a confiança *intuitu instrumenti*.^{317 e 318}

Estando a confiança no núcleo do contrato de agência, esta se torna elemento preponderante não só à existência, mas também à manutenção do sinalagma estabelecido entre as partes. Por conseguinte, havendo a afetação dessa confiança, de modo a se constatar que não há mais como ser mantido o contrato, o mesmo pode vir a ser extinto.³¹⁹ Nesse caso, deverão ser observados dois aspectos. Um é restrito à natureza jurídica fiduciária do contrato; o outro é vinculado à perda da confiança ao fiel cumprimento do contrato por parte de um dos contraentes. Quanto ao primeiro, a perda da confiança pode servir de fundamento ao exercício justificado do direito formativo extintivo de denúncia, quando, por exemplo, o agente, contratado, em face de suas qualidades profissionais e de sua honradez, é condenado por sentença judicial definitiva por crime considerado infamante, conforme dispõe a alínea do artigo 35 da Lei nº 4.886/65.³²⁰ Quanto ao segundo, na hipótese de serem praticadas por parte do agente condutas não cooperativas e violadoras da legítima confiança do agenciado no fiel e futuro cumprimento das obrigações existentes na esfera jurídica do agente, temos justo

³¹⁷ LARA GONZALES, 1998, p. 375.

³¹⁸ Mesmo considerando a existência e o crescente aumento de importância da consideração do *intuitu instrumenti*, Maria Rócio Quitáns Eiras (QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 240-241; QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295, nota 8) considera que, mesmo se tomando em consideração as qualidades organizacionais do agente, e independentemente de ser o agente, por exemplo, uma sociedade empresarial, interessará antes de tudo, para a confiança, ser a pessoa física a comandar a estrutura organizacional. Em razão das qualidades da pessoa física é que o contrato pode formar-se, e, em razão dessas qualidades, o contrato pode ser denunciado ou resilido. Com essa posição não se concorda, pois no contrato de agência, conforme já referido, pode haver agentes na qualidade de pessoas jurídicas com grande organização, em que as qualidades pessoais dos sócios não seriam causa ao advento da confiança para a conclusão do contrato de agência por parte do agenciado.

³¹⁹ QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 244. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 599250776. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. J. 24 nov. 1999. Ação de cobrança. Representação comercial. Nessa espécie de relação jurídica fundamental, para seu sucesso comercial, necessário que haja mútua confiança entre as partes contratantes. Rompida essa mútua confiança, outro caminho não resta ao contratante que se sinta lesado, que não o imediato rompimento da relação.

³²⁰ Artigo 35, alínea d, da Lei nº 4.886/65. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) d) a condenação definitiva por crime considerado infamante.

motivo para ser denunciado o contrato de agência, conforme preceitua a alínea c do artigo 35 da Lei nº 4.886/65.³²¹

Surge então, nesse contexto, outra característica do contrato de agência: o de ser um contrato de gestão de interesses alheios ou de colaboração.³²² O agente é, afinal, um colaborador do agenciado. A atividade que desenvolve não tem por escopo somente o cumprimento das suas obrigações, mas também a defesa dos interesses do agenciado.³²³ Não obstante, é forçoso reiterarmos o fato de que as condutas cooperativas não estão somente a cargo do agente, sendo exigidas, em razão da boa-fé objetiva, de ambos os contratantes para o alcance dos seus interesses e das suas expectativas. Há que se observar que os interesses, embora possam parecer estar em antagonismo, são em verdade comuns ao agente e ao agenciado. Assim, não só o agenciado tem interesse na atividade de promoção à captação de clientela e ao aumento do número de negócios em determinada zona. O agente também tem interesses semelhantes, pois a existência prolongada do contrato e a conclusão por parte do agenciado do maior número possível de negócios lhe dão direito à remuneração.³²⁴ Deste modo, ao lado do conceito e da concepção de gestão de interesses alheios, pode-se incluir a concepção de um interesse comum dos contratantes.

Trata-se, por fim, de um contrato bilateral e oneroso, conforme estabelece o artigo 710 do Código Civil.³²⁵ Tem o cariz de um contrato bilateral, por nascerem obrigações recíprocas para ambos os figurantes do contrato: ao agente, o dever de promover a conclusão de negócios; ao agenciado, o dever de remuneração.³²⁶ É contrato oneroso por reconhecer o

³²¹ Artigo 35, alínea c, da Lei nº 4.886/65. "Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial."

³²² QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 229. GHEZZI, 1970, p. 99. BARATA, 1991, p. 37-38. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 77-78. MONTEAGUDO, Montiano. *La remuneración del agente*. Madrid: Civitas, 1997, p. 31. ASSIS, 2005, p. 201. GARCÍA HERRERA, 2006, p. 347.

³²³ MONTEIRO, 2004a, p. 48.

³²⁴ A noção de interesse comum existente no contrato de agência foi cunhada pelo Direito francês pela compreensão desse contrato como vinculado à natureza de um contrato de mandato de interesse comum. Essa postura adotada pela jurisprudência francesa deveu-se à necessidade de regular a indenização devida ao agente quando da extinção do contrato, sem motivo justificado, pela perda da possibilidade de seguir sendo remunerado junto à clientela que ajudou a formar e manter para o agenciado. Para o estudo mais pormenorizada dessa concepção no Direito francês, quanto ao contrato de agência: MÉGNIN, 2003, p. 167-174. EL HAGE, 1995, p. 358-359.

³²⁵ QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 290-291.

³²⁶ *Ibid.*, p. 290-291.

artigo 710 do Código Civil a necessidade de que se remunere o agente pela atividade realizada.³²⁷

2.2. O contrato de agência e sua distinção com os contratos afins

Tomando-se por base os elementos tipificadores do contrato de agência e a sua natureza jurídica, pode-se traçar a correta distinção entre este e os outros contratos, com os quais é afim. Antes disso, deve-se observar que há várias espécies de contrato de agência: o de seguros, regulado pelo artigo 775 do Código Civil³²⁸ e pela Lei nº 4.594/64;³²⁹ o de navegação, à conclusão de contratos de transporte marítimo; o bancário, à conclusão de negócios jurídicos bancários; o agrícola e pecuário; o teatral.³³⁰ Um exemplo é o agenciamento à conclusão de contratos de transporte.³³¹

A primeira distinção há de ser traçada entre o contrato de agência e o de distribuição *stricto sensu*, na medida em que a parte final do artigo 710 do Código Civil preceitua: “[...] quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, o contrato será designado de distribuição.

³²⁷ QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 291.

³²⁸ Artigo 775 do Código Civil. “Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem.”

³²⁹ Ainda que a Lei nº 4.594/64 tenha o nome de “Lei do Corretor de Seguros”, em verdade, está a regular o contrato de agência de seguros. A essa afirmação toma-se por premissa o próprio suporte fático do artigo 1º da lei que declara a obrigação principal do agente de promover a conclusão de contratos de seguro. (O corretor de seguros, seja pessoa física ou jurídica, é o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguros, admitidos pela legislação vigente, entre as Sociedades de Seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado.) Cabe ainda ressaltar que, embora tenha constado na redação do artigo 775 do Código Civil o termo “representante”, não se pode pensar que pela mera existência do contrato de agência de seguros tenha o agente poder de representação para a conclusão de contratos em nome do agenciado. Como o próprio artigo afirma, há somente uma presunção. Para que haja a efetiva outorga de poderes ao agente há de ser concretizado o suporte fático do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil.

³³⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.764, 1-8, p. 27-28. ASSIS, 2005, p. 206. GOMES, O., 1977, p. 440-441. SCHMIDT, 1997, p. 751. Para uma análise mais aprofundada das espécies de agente: FORMIGGINI, 1958, p. 13-18. BALDI, 2001, p. 391-422. DONNO, 2009, p. 305-307.

³³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câmara. Cív. Ap. Cív. nº 70008667222. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. J. 02 jun. 2004. “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AGENCIAMENTO DE FRETES RODOVIÁRIOS DE CARGAS E/OU ENCOMENDAS DE PROPRIEDADE DE TERCEIROS. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO. [...] Se a atividade comercial da contratante é o transporte de mercadorias, a captação de clientes dispostos a utilizar esse serviço por parte da contratada, mediante contraprestação (pagamento de comissão), não deixa de ser uma atividade típica de venda de representação comercial. [...]” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câmara. Cív. Agr. de inst., nº 70009741950, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos. J. 05 ago. 2005. “REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. O agenciamento de fretes, sob comissão, é negócio de representação comercial, fazendo incidir sobre o pacto a Lei nº 4.886/65, alterada pela Lei nº 8.420/92. [...]” RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara. Cív. Ap. Cív. nº 0095492-41.2005.8.19.0001. Relator: Werson Rego, J. 21 out. 2008.

O legislador pátrio deveria ter feito melhor análise do conceito de contrato de distribuição, visto ser este um conceito geral que contempla as duas espécies: os contratos de distribuição direta e os de distribuição indireta.^{332 e 333}

Cumpra, assim, desmistificar a ideia segundo a qual o Código Civil tipificou, de modo geral, o contrato de distribuição *lato sensu*.³³⁴ O contrato de distribuição *lato sensu*, que não está regulado por lei especial e ao contrário, por exemplo, do de concessão e o de franquia e, também não está regrado pelo Código Civil, ainda que tenham sido empregadas as expressões *“distribuição”* e *“distribuidor”*, no seu Capítulo XII, Título VI, Livro I.³³⁵ Segue sendo um contrato sem tipicidade, via modelo jurídico legislativo,³³⁶ e por isso não pode ser confundido com o contrato de agência.³³⁷ Ao se empregar o termo *“distribuidor”* e se afirmar que a *“distribuição”* caracteriza-se quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada, no *caput* do artigo 710 do Código Civil, reconheceu-se uma modalidade *“ampliada”* dos contratos de agência, o de *“agência-distribuição”*.³³⁸ Nessa espécie,³³⁹ o agente assume a posição de agente-distribuidor,³⁴⁰ possuindo, quando *“tiver”* à sua disposição a coisa a ser negociada, o dever jurídico secundário de guardar e realizar a tradição do bem ao cliente, para que seja adimplido o contrato pelo agenciado.³⁴¹ A confiança entre os figurantes do

³³² CISTARO, Mariangela et al. I contratti di distribuzione. In: I CONTRATTI di distribuzione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 50-51.

³³³ A definição dos contratos de distribuição direta e indireta foi apresentada na introdução desse trabalho.

³³⁴ Sustentando que o Código Civil, no artigo 710, regula os contratos de distribuição não regrados por lei especial é a posição de: TEPEDINO, 2008, p. 297-300. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 49. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed.. São Paulo: Saraiva 2005, v. 3, p. 424.

³³⁵ FORGIONI, 2005, p. 111. CASES, 2003, p. 63-64.

³³⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 11ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 0004991-11.2000.8.19.0003. Relator: José C. Figueiredo. J. 22 fev. 2006. *“APELAÇÃO CÍVEL, AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO. INADIMPLEMENTO RESCISÃO CONTRATUAL. A figura do “agente-distribuidor” trazido pelo Código CM, não se confunde com o distribuidor dos tradicionais contratos de distribuição comercial, os quais permanecem na seara da atipicidade. [...]”*

³³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70004982203. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. J. 23 nov. 2005. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 599381472. J. 22 mar. 2000.

³³⁸ FORGIONI, op. cit., p. 112.

³³⁹ ASSIS, 2005, p. 206. GOMES, O., 1977, p. 440.

³⁴⁰ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 915-916. THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 34. ASSIS, op. cit., p. 205. NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 3, p. 432. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 3, p. 440. COELHO, 2005, p. 124. Do mesmo modo no Direito italiano: BALDI, Roberto, 2001, p. 391-392. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 100-102. TOFFOLETTO, 2008, p. 146. GHEZZI, 1970, p. 15.

³⁴¹ DONNO, 2009, p. 306. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 915-916. THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 34. NADER, 2005, p. 432. GONÇALVES, 2006, p. 440. Em sentido contrário é a posição de Gustavo Tepedino,

contrato, quando se observa a presença dessa modalidade, intensifica-se.³⁴² Não se trata de contrato misto ou de contrato coligado ao de depósito.³⁴³

Em que pesem os traços de similitude, não se pode confundir o contrato de agência com o de representação. São contratos distintos, razão pela qual não se concorda com o entendimento segundo o qual não há diferença entre eles³⁴⁴ ou a diferença é meramente terminológica, e não substancial.³⁴⁵ Também não é correto sinonimizar as categorias.^{346 e 347}

O equívoco em se tratar como sinônimos tais contratos deve-se principalmente ao *nomen iuris*, empregado na Lei nº 4.886/65, a qual, embora tendo por título o Lei do Representante Comercial, regula, em verdade, apenas o contrato de agência. O disposto no artigo 1º da referida Lei está quase em total sinonímia com o artigo 710 do Código Civil. Ou seja, regra é o contrato de agência.³⁴⁸ Tanto isso é verdade, que Miguel Reale afirma ser impróprio o *nomen iuris* da referida Lei.³⁴⁹ Assim, não é por ter sido atribuído à Lei nº 4.886/65 o nome de Lei do Representante Comercial que o contrato tipificado em seu artigo 1º passou a ser o de representação, e não o de agência, pois tanto o nome de uma lei como o de um contrato não são aquilo que os caracteriza,³⁵⁰ e sim os seus elementos. A intenção do

ao afirmar ser correta a (...) interpretação que empreste sentido jurídico ao poder de disposição, de modo a se considerar distribuidor aquele que dispõe (vende) em nome próprio das mercadorias que comercializa, seja por tê-las adquirido, seja por ter sido autorizado pelo proponente a vendê-las em nome próprio, sem delas ser o titular do domínio (TEPEDINO, 2008, p. 302).

³⁴² COELHO, 2005, p. 124.

³⁴³ GOMES, O., 1977, p. 440.

³⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 590044616. Relator: Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. J. 14 ago. 1990: Representação comercial. Contrato de agência. Na legislação brasileira, não há necessariamente diferença entre o contrato de representação comercial e de agência. [...]

³⁴⁵ FORGIONI, 2005, p. 112. Não se deve considerar a introdução do contrato de agência como uma novidade em nosso ordenamento, porque a diferença entre a agência e representação comercial é meramente terminológica e não substancial.

³⁴⁶ Considera como sinônimos o contrato de agência e representação: THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 936-937. TEPEDINO, op. cit., p. 84.

³⁴⁷ GOMES, M. J., 1982, p. 35. Daqui resulta que não é muito rigoroso sinonimizar-se agência com *representação comercial* se se restringir esta expressão à prática de actos jurídicos e não também (e principalmente) a *operações materiais de negociação, prospecção e promoção* (grifos do autor). MESSIENO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 1954. v. 3, t. 2, p. 61. *Il contratto di agenzia* (volgarmente e impropriamente detto, anche, di *rappresentanza di commercio*) [...]. GOMES, Orlando. Qualificação profissional do agente autônomo. In: NOVAS questões de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1979a, p. 105.

³⁴⁸ COELHO, 2005, p. 113.

³⁴⁹ REALE, 2005, p. 42. Reformulação do contrato de *agência* e *distribuição* para atender à lei especial que disciplina a matéria sobre o título impróprio de *representação comercial* (grifos do autor).

³⁵⁰ GOMES, M. J., 1982, p. 23. Acresce o facto de a *caracterização jurídica dum contrato não corresponder necessariamente ao seu nome de baptismo*; não é pelo facto de um comerciante ter celebrado um contrato com terceiro a que deram o nome de agência, que o negócio deverá ser assim qualificado: *Contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt* (grifos do autor).

legislador, ao regradar o contrato de agência no Código Civil, não foi reconhecer a distinção entre este e o contrato de representação. A intenção foi regradar o contrato de agência, no Código Civil, sob os seus aspectos gerais, deixando as maiores particularidades às regras existentes na Lei nº 4.886/65.³⁵¹ Assim, com a entrada em vigor do Código Civil, que deu adequado *nomen iuris* ao contrato, não há mais razão para se manter o debate.³⁵² Tal digressão sobre a distinção entre contrato de agência e de representação vem a calhar na análise do artigo 721 do Código Civil, possibilitando sustentar-se a derrogação tácita dos artigos da Lei nº 4.886/65 que estejam em dissonância com os artigos referentes ao contrato de agência.

O artigo 721 do Código Civil preceitua: *“Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”*. Da leitura do dispositivo, destaca-se a expressão *“no que couber”*.

Desses elementos do suporte fático, pode-se alcançar o entendimento de que toda a regra jurídica de vigência anterior à do Código Civil e que estiver em dissonância com os artigos tipificadores do contrato de agência não pode ser aplicada a esse tipo contratual, porque perdeu a vigência.³⁵³ Pelo fato de a Lei nº 4.886/65 regradar o contrato de agência, em face da expressão *“no que couber”*, disposta no artigo 721 do Código Civil, todos os artigos dessa Lei dissonantes dos que estão no Código Civil estão derogados.³⁵⁴ A derrogação foi tácita, de acordo com a segunda parte, do § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil,³⁵⁵ que preceitua ter a lei posterior revogado a anterior, *“quando seja com ela incompatível”*. O Código Civil é o eixo sobre o regramento do contrato de agência, passando

³⁵¹ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1036.

³⁵² MEDEIROS, 2006, p. 119 e p. 122.

³⁵³ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 245.

³⁵⁴ THEODORO JÚNIOR et al., op. cit., p. 1036. *“O Código Civil não teve o intento de regular toda a atividade do agente ou representante comercial, mas apenas a de traçar as normas básicas do relacionamento entre os figurantes do contrato de agência, que foram nomeados de agente e proponente. As normas da legislação especial foram, expressamente, conservadas em vigor pelo art. 721, e com elas, de maneira geral, o Código procurou integrar-se. Poucos foram os casos em que este se desviou da lei pretérita e ditou regra diferente. É claro que, quando isto se deu, a norma codificada derogou o preceito diverso contido na lei especial antiga”* (grifos do autor). GONÇALVES, 2006, p. 436-437. *“Preceitua o art. 721 do Código Civil que ~~aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes lei especial~~”* A expressão *“no que couber”* indica que se trata de aplicação subsidiária, preponderando as normas específicas no novo diploma para os contrato de agência e distribuição. Pode-se afirmar que as regras especiais pelas quais a Lei. nº 4.886/65 disciplinou a profissão e os direitos e deveres do representante comercial continuam em vigor, uma vez que o Código Civil traçou apenas normas gerais concernentes ao contrato de agência. Apenas quando alguma norma do novo diploma estiver conflitando com preceito da mencionada lei especial é que terá havido revogação parcial desta” (grifos do autor).

³⁵⁵ Parágrafo 1º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.657/1942. *“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”*.

a Lei nº 4.886/65 a suplementar as incompletudes existentes. Tomando-se por arrimo este entendimento, não se pode afirmar que, em decorrência da pluralidade de fontes quanto ao contrato de agência, possa haver um diálogo entre elas,³⁵⁶ ficando ao alvedrio do intérprete determinar qual artigo de lei entende incidir sobre o suporte fático, quando houver disposição antagônica entre as regras do Código Civil e a Lei nº 4.886/65.

Partindo-se desse entendimento, o primeiro passo para se distinguir o contrato de agência do contrato de representação é termos em mente que não se pode confundir o instituto da representação, negócio jurídico unilateral receptício e abstrato, com o contrato de representação, espécie de negócio jurídico bilateral. O contrato é adjetivado de representação, pois, obrigatoriamente ao desenvolvimento de sua atividade, o representante tem de ter poderes outorgados pelo representado para que conclua negócios à conta e em nome deste. Entretanto, não é esse o elemento principal que permite traçar a distinção entre ambos os contratos, pois, de acordo com o item 1.4.2. da parte I deste trabalho, ao agente também podem ser outorgados poderes para concluir contratos em nome e à conta do agenciado, conforme prevê o parágrafo único do artigo 710 do Código Civil. É na abrangência da obrigação principal que se há de deter o intérprete para que possa traçar a distinção entre ambos os tipos contratuais, porque esse é o fator principal de distinção.

O dever jurídico principal do representante é concluir negócios em nome e à conta do representado. Em outros termos: além de promover a conclusão de negócios, o representante tem por dever jurídico principal concluir contratos. Não basta somente convidar o cliente a formular proposta e captá-la. Ele tem a obrigação de concluir o contrato com o cliente.³⁵⁷ O agente, no entanto, tem por dever jurídico principal tão somente promover a conclusão de negócios para o agenciado. Seu dever jurídico principal de promover³⁵⁸ está restrito a captar junto à clientela as propostas a serem endereçadas ao agenciado.³⁵⁹ Não vai além disso.³⁶⁰ Portanto, o agente prepara a conclusão de contratos; não os conclui.³⁶¹ Mesmo que lhe tenha

³⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; Benjamin, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 28-29.

³⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.777, 1, p. 79.

³⁵⁸ Sobre o dever jurídico principal do agente, analisar o item 2.1., Parte II.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 1, p. 33.

³⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.766, 1, p. 32. O agente não conclui, porque recebe pedidos e faz pedidos, transmite ofertas ao outro figurante ou as ofertas que esse faz (grifo do autor).

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.766, 1, p. 33. Quando a atividade do agente chega a dar por concluído o contrato, o que se há de atender é que lhe cabe operar até o momento em que ele avisa sobre o

sido outorgado poder para concluir contrato em nome e por conta do agenciado, a conclusão de contrato não é dever principal. A distinção entre ambas as espécies contratuais não altera, todavia, as demais estruturas basilares, pois são idênticas. Somente quanto à obrigação principal é que a diferença ressalta, não se necessitando de regramento em separado para uma ou outra espécie. O contrato de agência é o gênero, e o de representação, a espécie, pois o representante é o agente que tem a obrigação principal de concluir contratos ao representado.³⁶²

Em se tratando do critério da distinção, não se pode afirmar, como o faz parte da doutrina,³⁶³ que o contrato de representação discrepa do contrato de agência, porque o representante intermedeia negócios mercantis e o agente somente negócios de natureza civil. Tal distinção não é concebível por ter sido unificado o direito obrigacional com a entrada em vigor do Código Civil de 2002.³⁶⁴ Do mesmo modo, é incorreto afirmar que, na hipótese de o agente exercer a atividade de representante e ser aplicada a lei especial, devem ser as partes empresárias.³⁶⁵

Com efeito, o contrato de agência é, por vezes, confundido com o de mandato, pois ambos pertencem à categoria dos contratos de gestão de interesses alheios. Nos dois tipos contratuais, tanto o agente como o mandatário atuam por conta e no interesse de outrem. Não obstante, é indevida a confusão. Temos também asseverado que o contrato de agência se distingue do contrato de mandato, pelo fato de o agente só praticar atos materiais, enquanto ao mandatário cumpre apenas executar atos jurídicos *lato sensu*. Esse critério, no entanto, embora não seja equivocado, também não é absoluto.

Como bem chama a atenção Pontes de Miranda,³⁶⁶ o agente, em regra, realiza atos não jurídicos, enquanto o mandatário, em regra, pratica atos jurídicos *lato sensu*. Ou seja, há exceções à regra. Desse modo, o agente pode praticar atos jurídicos *lato sensu*, e.g., quando, no caso do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil, lhe forem outorgados poderes a

acordo, sem que se lhe dê forma, sem que se *declare* concluído (corretagem), o que significaria ter ido até concluir-se. O agente prepara; não conclui (grifo do autor).

³⁶² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.774, 2, p. 66. "O representante de empresa é o agente comercial que conclui negócios jurídicos do agenciado, aí exatamente representado. Não só promove conclusões."

³⁶³ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 19. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e distribuição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 19, p. 3-28, 2004, p. 16. ROQUE, José Sebastião. *Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003, p. 159-160.

³⁶⁴ LIPPERT, 2003, p. 105-111.

³⁶⁵ CASES, 2003, p. 54.

³⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.766, 3, p. 35. "A atividade do agente é fática, *raramente jurídica*; a do mandatário, *quase sempre jurídica*" (grifo nosso).

fim de concluir contrato em nome do agenciado o caso em que o contrato não se transformará no de mandato, nem se tratará contrato de agência misto com de mandato.³⁶⁷ O mandatário pode efetivar ato jurídico *lato sensu*, ou atos-fatos jurídicos, ou até mesmo fatos não jurídicos, em cumprimento à ordem de quem manda,³⁶⁸ e.g., tomar a posse ou abandonar a posse de um imóvel para o mandante.³⁶⁹

O contrato de mandato também se distingue do contrato de agência pelo fato de que, ao cumprir o mandatário o seu dever principal, o contrato acaba por se exaurir. Situação análoga não acontece com o de agência, pois a promoção de negócios é infinita (em caráter não eventual), ou seja, não se extingue o contrato pelo êxito no cumprimento de seu dever principal.³⁷⁰

Do mesmo modo, não são idênticos os contratos de agência e de trabalho do viajante ou do praticista, muito embora se deva reconhecer que, no direito brasileiro o pela existência e eficácia da Lei nº 3.207/57, regulamentadora do contrato de trabalho de viajantes e praticistas o , se tornou difícil distinguir quando um contrato é de trabalho ou de agência. Em ambos há mais semelhanças do que dessemelhanças. Somente a pesquisa rente aos fatos permitirá ao intérprete saber qual espécie de contrato se está a analisar.³⁷¹

O viajante e o praticista são encarregados de, em determinada zona, por conta e interesse do empregador, captar propostas ou convites à proposta de clientes para as remeter ao empregador ou concluir o contrato.³⁷² Têm, portanto, por dever jurídico, promover a conclusão de negócios ou concluir negócios, elementos que também identificam o contrato de agência.³⁷³

³⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 1, p. 43. ãA propósito cumpre observar que, em caso de outorga de poder de representação, não se trata de contrato misto com o de mandato, erro em que muitos incorrem, mas de agência com o plus da procuração (poderes de representar), que lhe foi dado.ö

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.675, 1, p. 5. ãO mandato, no direito brasileiro, não só se refere a poder de representação; não é limitado a negócios jurídicos: há mandato para atos jurídicos *stricto sensu* e para atos-fatos, e o no tocante a esses o não há representação.ö PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.675, 2, p. 10. ãTambém se gestionam interesses que não consistem em negócios jurídicos, nem, sequer, em atos jurídicos. Cuida-se de atos-fatos jurídicos e até de fatos, que interessam ao dono do bem ou dos bens. A expressão ñnegóciosö foi empregada em sentido latíssimo, de modo que abrange qualquer fato que entre na esfera dos interesses de alguém.ö

³⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.675, 1, p. 5.

³⁷⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 3, p. 35.

³⁷¹ QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 415-416.

³⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XLVIII, § 5.128, 1, p. 134.

³⁷³ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLVIII, § 5.128, 1, p. 135.

O primeiro elemento a permitir que se distinga o contrato de agência do contrato de trabalho está centrado em não ser possível, no último, empregar pessoa jurídica, pois, conforme prescreve o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho,³⁷⁴ o empregado obrigatoriamente tem de ser pessoa física. Diferente é o que se passa no contrato de agência. Neste, tanto o agente como o agenciado podem ser pessoa física ou jurídica. Quando não for possível basear-se nesse critério, é comezinho distinguir ambas as espécies de contrato, levando-se em conta os elementos subordinação e o risco da atividade.

Quanto à subordinação, o viajante e o praticista não possuem plena autonomia no cumprimento de sua obrigação, pois estão subordinados às ordens do empregador. Entretanto, como o agente também não possui plena autonomia junto ao agenciado, pois tem a obrigação de cumprir as instruções declaradas pelo último,³⁷⁵ algumas situações que só ocorrem na primeira espécie contratual permitem diferenciá-la da segunda espécie. Assim, o viajante ou o praticista, diferentemente do agente, tem o dever de cumprir jornada de trabalho, obedecer a métodos de venda estabelecidos pela empresa, cumprir o itinerário de visitas predeterminadas a clientes, realizar reuniões periodicamente etc. Ou seja, está eminentemente subordinado às ordens do empregador. Em contraposição, o agente, pelo menos em regra, não está subordinado às ordens do agenciado, tendo autonomia para organizar o desenvolvimento de sua atividade e o modo como a cumprirá.³⁷⁶ Ressalte-se, contudo, não ser suficiente que ocorram, de modo esporádico, essas situações fáticas para se configurar o contrato de trabalho; é preciso que sejam habituais.³⁷⁷

Concernente ao risco da atividade, quem o assume é o empregador. O empregado não corre o risco de, caso o empregador não conclua o contrato, perder o direito à remuneração. O empregado ô mesmo estipulado em contrato o direito à comissão quanto aos negócios concluídos pelo empregador com os clientes que angariou, conforme prescreve o *caput* do artigo 2º da Lei nº 3.207/57³⁷⁸ ô não pode ficar sem o direito ao salário mínimo estabelecido

³⁷⁴ Artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. ðConsidera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.ö

³⁷⁵ Sobre a relativização da autonomia do agente, analisar o item 2.2.3.2., Parte II deste trabalho.

³⁷⁶ REIS, Nélío. *Contratos especiais de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 315-316. CARDONE, Marly A. *Viajantes e praticistas no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1990, p. 35-36. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 52-53. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 942. GOMES, O., 1977, p. 443. GHEZZI, 1970, p. 52. DONNO, 2009, p. 343.

³⁷⁷ REQUIÃO, R. E., op. cit., p. 52.

³⁷⁸ Artigo 2º, *caput*, da Lei nº 3.207/57. ðO empregado vendedor terá direito à comissão avançada sobre as vendas que realizar. No caso de lhe ter sido reservada, expressamente, com exclusividade, uma zona de trabalho, terá esse direito sobre as vendas ali realizadas diretamente pela empresa ou por um preposto desta.ö

no artigo 7º, IV, da Constituição Federal³⁷⁹ ou, em caso de acordo ou dissídio coletivo, ao salário mínimo da categoria para a região abrangida. Por sua vez, o agente não tem direito ao salário. Mesmo na hipótese de ter sido ao agente constituída uma comissão fixa, esta não é fator a permitir que se declare a descaracterização do contrato de agência em contrato de trabalho. Embora com a remuneração fixa, o agente não deixa de estar vinculado diretamente ao risco da atividade junto com o agenciado.³⁸⁰

Mesmo estando cada vez mais diminuta a conclusão do contrato de comissão, devendo-se isso, principalmente, ao fato de o contrato de agência ter assumido papel de destaque, o legislador pátrio manteve-o tipificado no Código Civil atual. Entretanto, não podem deixar de ser distinguidos, porque, embora existam evidentes e variadas similitudes entre o contrato de agência e o de comissão — por exemplo, serem contratos de colaboração; de gestão de negócios alheios; de confiança³⁸¹ —, há também um número acentuado de divergências. O contrato de agência distingue-se do contrato de comissão, pois o agente atua à conta e no interesse do agenciado,³⁸² mas não em nome do agenciado, enquanto o comissionário atua à conta do comitente e, conforme dispõe o artigo 653 do Código Civil³⁸³, atua em nome próprio.³⁸⁴ No contrato de agência, o agente tem de promover a conclusão de negócios entre o agenciado e o cliente. Só conclui contrato se lhe foram outorgados poderes para tanto. No de comissão, diferentemente, o comissionário deve concluir negócios em nome próprio e à conta do comitente, tendo a atividade de promoção um papel secundário.³⁸⁵ O

³⁷⁹ Artigo 7º, IV, da Constituição Federal. «São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...); IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.»

³⁸⁰ BALDASSARI, 2003, p. 76-77.

³⁸¹ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 295.

³⁸² BALDI, 2001, p. 45. «[...] l'agente, che non è un mandatario, agisce sempre per conto altrui, e quando è munito del potere di concludere contratti (oltreché nelle limitate ipotesi di rappresentanza di cui all'art. 1745 Cod. Civ.) anche in nome altrui; ma non agisce mai né per conto proprio né in nome proprio. Il commissionario conclude (in nome proprio ma per conto altrui) i contratti: l'agente li conclude (in nome del preponente) solo se munito del relativo potere rappresentativo.»

³⁸³ Artigo 653 do Código Civil. «Opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato.»

³⁸⁴ BALDI, op. cit., p. 45. MONTEIRO, 2004a, p. 56. BORTOLOTTI et al., 2007, v. I, p. 72. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 46. Sobre a nota característica de o comissionário atuar em seu nome e à conta do comitente, analisar: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.722, 1, p. 283-286.

³⁸⁵ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 298. CAMILLETI, Francesco. Il contratto di commissione. In: CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione. Milano: Giuffrè, 2004, p. 345. TRIPODI, Enzo Maria. Il contratto di commissione. In: I CONTRATTI di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, commissione, procacciamento d'affari, concessione di

contrato de comissão distingue-se do contrato de agência, pois o âmbito de atividade do comissionário se restringe, tal como se depreende da leitura do artigo 693 do Código Civil,³⁸⁶ à conclusão de contratos de compra e venda, ao contrário do agente, que pode promover a conclusão de variada gama de espécies contratuais.³⁸⁷ Distingue-se também o contrato de agência do contrato de comissão quanto à variação de intensidade da obrigação de obedecer às instruções.³⁸⁸ No contrato de agência, o grau de intensidade da obrigação de obedecer às instruções é menos intenso do que no contrato de comissão. No contrato de comissão, como o comissionário tem a obrigação de concluir contrato, há variabilidade do grau de intensidade das instruções, classificadas em três espécies: imperativa, indicativa, facultativa.³⁸⁹ Quanto à atividade de aproximação junto ao cliente, desenvolvida por ambos, o agente não tem a obrigação de concluir contrato como o comissionário, mas somente de promover. Outra distinção existente entre ambos os contratos refere-se à necessidade de ser o contrato de agência um contrato de obrigação estável, enquanto o de comissão pode ser um contrato de natureza ocasional.³⁹⁰ No contrato de comissão, pode constar a cláusula *del credere*, conforme preceitua o artigo 698 do Código Civil,³⁹¹ enquanto essa, tal como dispõe o artigo 43 da Lei nº 4.886/65³⁹², não pode ser inserta no contrato de agência.

É preciso atentar ao conseqüente discernimento entre o contrato de agência e o de corretagem, pois ambos são contratos de intermediação.³⁹³ No contrato de corretagem, além de o corretor ter, tal como no de agência, de preparar e aproximar as partes a contratar, o objetivo centra-se na função de declarar a conclusão do negócio jurídico entre o interessado e

vendita, franchising, intermediazione finanziaria. Padova: Cedam, 2009, p. 655. DONNO, 2009, p. 358. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 46.

³⁸⁶ Artigo 693 do Código Civil. òO contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.ö

³⁸⁷ BALDI, 2001, p. 45.

³⁸⁸ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 311-314.

³⁸⁹ Sobre as referidas espécies de comissão analisar: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.724, I, p. 298-301.

³⁹⁰ CAMILLETI, op. cit., p. 345. TRIPODI, op. cit., p. 659. DONNO, 2009, p. 359.

³⁹¹ Artigo 698 do Código Civil. òSe do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.ö

³⁹² Artigo 43 da Lei nº 4.886/65. òÉ vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*.ö

³⁹³ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1036.

o terceiro.³⁹⁴ Contudo, o ponto mais visível de distinção entre ambos consiste do fato de o contrato de agência ter como elemento a estabilidade, enquanto o de corretagem, a ocasionalidade.³⁹⁵ Assim, basta o corretor ter cumprido o seu dever, qual seja, o de preparar a conclusão de um contrato e declará-lo concluído, para que o contrato de corretagem se extinga.

O contrato de agência diferencia-se também do contrato de mediação, que no direito brasileiro não é tipificado via modelo jurídico legal³⁹⁶ e não pode ser confundido com o de corretagem.³⁹⁷ A atividade do mediador passa-se no plano fático. Os atos que pratica são anteriores à formação do contrato de mediação.³⁹⁸ Este só surge quando ocorre a conclusão do contrato entre as partes³⁹⁹ que o mediador aproximou de modo imparcial.⁴⁰⁰ Os atos do agente, que atua de modo parcial, passam-se dentro do mundo jurídico, pois o contrato de agência existe antes da prática dos atos do agente em cumprimento do seu dever jurídico.⁴⁰¹ O direito e a pretensão à comissão por parte do mediador surgem no momento em que o contrato de mediação passa a existir, podendo exigir-se dos dois ou mais contratantes que concluíram o negócio jurídico declarado pelo mediador. No contrato de agência, além de o agente somente ter direito à remuneração em momento posterior à existência do contrato de agência, ela só pode ser exigida do agenciado que o contratou.⁴⁰² O mediador atua ocasionalmente; o agente, não, pois há estabilidade em sua atividade.⁴⁰³ O agente tem de cumprir instruções declaradas

³⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.676, 8, p. 39. «Se o agente informa até o momento último, como o corretor, nenhuma função declaratória tem, e a comunicação de se haver concluído o contrato (o terceiro aceitou a oferta do agenciado, ou chegou a oferta e foi entregue ao agenciado) é apenas informativa, sem a típica declaratividade do ato do corretor que se opera antes de qualquer comunicação.»

³⁹⁵ ASSIS, 2005, p. 251. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 48.

³⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.734, 1, p. 346. ASSIS, 2005, p. 247-248.

³⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 6, p. 242. ASSIS, op. cit., p. 243-249. PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. 1ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 76280. Relator: Des. Pedro Mariniano Lins. J. 27 maio 1975. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, v. 5, 1978, p. 266. «MEDIADOR. NEGÓCIO DE VENDA DE PROPRIEDADE IMÓVEL. A figura do mediador não se confunde com a do corretor, mas o trabalho de ambos está sujeito à remuneração que for convencionada. Prova de mediação além do prazo da carta de opção (grifo nosso).

³⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 7, p. 247. ASSIS, op. cit., p. 247.

³⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.716, 9, p. 258. ASSIS, op. cit., p. 247.

⁴⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 6, p. 242 e § 4.715, 7, p. 247. ASSIS, op. cit., p. 247. BALDI, 2001, p. 46-47. DONNO, 2009, p. 347. PELLEGRINO, Emanuela. La mediazione. In: *I contratti di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, commissione, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria*. Padova: Cedam, 2009, p. 560.

⁴⁰¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 6, p. 242.

⁴⁰² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 6, p. 242.

⁴⁰³ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.715, 6, p. 242. BALDI, 2001, p. 47. GUIDOTTI, Rolandino. La mediazione. In: *Contratti d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione,*

pelo agenciado, enquanto o mediador é livre em sua atuação.⁴⁰⁴ Quanto ao dever de informar, esse é diminuto perante o mediador, enquanto perante o agente é um dever de extrema importância.⁴⁰⁵ A atividade do mediador, ao contrário da atividade do agente, independe da existência de uma zona.⁴⁰⁶

O contrato de agência também não se confunde com o de concessão. O segundo pertence à categoria dos contratos de distribuição indireta. No direito brasileiro, o de concessão é tipificado legalmente, mas apenas quanto à revenda de veículos automotores de via terrestre, por meio da Lei nº 6.729/79, conhecida como Lei Ferrariö. As demais espécies, que fogem à aplicação dessa lei, são legalmente atípicas, embora dotadas de tipicidade pelos usos do tráfico.

O contrato de concessão gera ao concessionário, que age em nome e por conta própria, o dever de comprar os bens fabricados pelo concedente para os revender aos consumidores, mediante o controle e a fiscalização do primeiro. Não é equivalente ao contrato de agência, porque o agente atua à conta e no interesse do agenciado, contrariamente ao modo de proceder do concessionário. Neste caso, o agente tem por dever promover a conclusão de contrato, por lhe terem sido outorgados poderes de o concluir, mas sempre no interesse e à conta do agenciado.⁴⁰⁷ Ao concessionário não cabe esse dever. É sua obrigação revender os bens que comprou do concedente. Além disso, tem o concessionário de atender aos pré-requisitos estabelecidos pelo concedente, como o de respeitar a política de propaganda e difusão da marca, a organização dos setores de funcionamento, o modo de atendimento ao cliente etc. O concedente, por isso, pode interferir na atividade do concessionário, pois tem controle sobre ela. O agente não pode sofrer intromissão do agenciado na organização de sua atividade.⁴⁰⁸

Ressalte-se ainda a acentuada distinção entre o contrato de agência e o de franquia (*franchising*). Esse é outra espécie de contrato pertencente ao gênero dos contratos de distribuição indireta. Tem tipificação legal no direito brasileiro pela Lei nº 8.955/94.

mediazione, spedizione. Milano: Giuffrè, 2004, p. 357. PELLEGRINO, 2009, p. 559. DONNO, 2009, p. 347-348.

⁴⁰⁴ BALDI, 2001, p. 48. PELLEGRINO, 2009, p. 561.

⁴⁰⁵ PELLEGRINO, 2009, p. 561.

⁴⁰⁶ DONNO, op. cit., p. 349.

⁴⁰⁷ MONTEIRO, 2004a, p. 57.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 112-113.

A franquia é um contrato no qual a interferência do franqueador é mais acentuada do que no de concessão. O franqueado necessita utilizar todos os métodos desenvolvidos pelo franqueador, tendo o direito de se valer dos sinais e das marcas que identificam o segundo.⁴⁰⁹

O elemento mais importante desse contrato é o fornecimento de *know-how*. O franqueado recebe os conhecimentos desenvolvidos pelo franqueador para confeccionar o bem com idêntica qualidade à da marca e com os seus sinais característicos no mercado. Diante do exposto, percebe-se a forma pela qual o contrato de agência se distingue do contrato de franquia, principalmente pelo fato de que a autonomia do agenciado no desenvolvimento de seus atos não ocorre no último. O agenciado não pode imiscuir-se na atividade desenvolvida pelo agente, o qual, em regra, atua à conta e no interesse do primeiro.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ MONTEIRO, 2004a, p. 61.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 62.

PARTE II

DOS DEVERES DO AGENTE E DO AGENCIADO

Nesta segunda parte do trabalho, analisam-se os deveres primários e secundários e os deveres laterais, insertos nas esferas de interesses de prestação e de proteção, do agente e do agenciado. Observam-se esses deveres dentro da perspectiva dinâmica da relação jurídica obrigacional, que se desenvolve como um processo, estando polarizada pelo adimplemento perfeito. Por esse motivo, no primeiro momento, são perquiridos e apresentados, ainda que de forma resumida, os fundamentos para que se possa compreender a relação jurídica dentro das características citadas. Realiza-se em seguida a análise específica dos deveres existentes na esfera jurídica, tanto do agente como do agenciado.

1. A RELAÇÃO JURÍDICA COMO UMA ESTRUTURA COMPLEXA E DINÂMICA E O PAPEL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Todo aquele que se propõe a analisar os efeitos originados de determinado contrato, de plano, se põe a observar aqueles efeitos que lhe são ínsitos. Contudo, entender somente existirem os efeitos ínsitos a determinado tipo contratual é restringir a perspectiva de observação da relação jurídica obrigacional dele advinda. Estar-se-á arraigado numa concepção unitária e estática da relação contratual. Essa postura metodológica não permite abranger a totalidade de efeitos que a relação obrigacional alcança.⁴¹¹ Os figurantes de uma relação obrigacional, sobre o prisma unitário, são observados como se estivessem eminentemente em contraposição. Entretanto, quando começou a ser observado que qualquer um dos sujeitos de uma relação jurídica assume a posição simultânea de credor e devedor e ambos possuindo créditos e débitos em suas esferas jurídicas, bem como vários outros efeitos jurídicos, diversos dos naturalmente resultantes de determinada espécie de contrato e, a relação obrigacional passou a ser entendida como um organismo.⁴¹² A dogmática jurídica, ao apreender que a relação jurídica obrigacional é um organismo, formado pela integração de múltiplas faculdades e situações,⁴¹³ observa também que essa se desenvolve de modo dinâmico no transcurso do tempo, tendo por escopo um fim, centrado no adimplemento satisfatório.⁴¹⁴ Esse *iter* é chamado de processo.⁴¹⁵ Em razão disso, a relação jurídica obrigacional passa a ser tida como relação complexa.⁴¹⁶

⁴¹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 317-323. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 383-384.

⁴¹² COUTO E SILVA, 2006, p. 19. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 590.

⁴¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 65.

⁴¹⁴ LARENZ, 1958, p. 39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo, XXVI, § 3.169, 1-2, p. 283-284. CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicada ao sistema jurídico aberto. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 71, p. 1997, p. 133.

⁴¹⁵ LARENZ, op. cit., p. 38-39. COUTO E SILVA, op. cit., p. 20-21. MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 590.

⁴¹⁶ LARENZ, op. cit., p. 39. COUTO E SILVA, op. cit., p. 17-20. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1, p. 67-68. ALMEIDA COSTA, 2005, p. 63. MARTINS-COSTA, 2009, p. 27-28. MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tradução espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1., p. 8.

Portanto, aquele que se detiver a analisar uma relação jurídica obrigacional como uma totalidade a se desenvolver,⁴¹⁷ voltada a um fim, constatará que, além da existência de direitos e deveres primários ou das respectivas pretensões e obrigações correlatas, existe, em torno deles, outra gama de efeitos jurídicos, os quais conferem caráter complexo à relação obrigacional, a saber: os direitos e deveres secundários; os laterais *ô* advindos da boa-fé objetiva *ô* ; os direitos potestativos *ô* em suas espécies, direitos formativos e direitos de exceção *ô* , vinculados a um estado de sujeição; ações vinculadas às situações do acionado; os *ônus*; as faculdades.⁴¹⁸ Não obstante, muitos desses efeitos não emergem de modo automático, quando do surgimento dessa relação, podendo erigir em seu transcorrer, em razão de ser a relação jurídica organismo encadeado por processo de etapas. Esse modo de compreensão da relação jurídica passou a imperar, em termos legais, no ordenamento pátrio, em decorrência da preceituação da cláusula geral da boa-fé objetiva contida no artigo 422 do Código Civil.

Dentre as funções que a boa-fé objetiva apresenta,⁴¹⁹ destaca-se a de ser fonte criadora de direitos e deveres laterais,⁴²⁰ insertos tanto nas esferas de prestação como na esfera de proteção dos figurantes da relação obrigacional. Assim, pela concreção da cláusula geral da boa-fé objetiva (artigo 422 do Código Civil), dá-se, de acordo com as circunstâncias do caso e dos usos do tráfego (artigo 113 do Código Civil), a criação de direitos e deveres laterais.⁴²¹ Estes não necessitam, para existir, diferentemente dos primários e secundários, promanarem da vontade dos figurantes da relação contratual.⁴²² Existem a ambos os sujeitos da relação,⁴²³ os quais devem pautar todas as suas ações e omissões no desenrolar das fases do processo obrigacional, de modo a satisfazer os interesses de prestação e de proteção do outro partícipe.⁴²⁴ Desse modo, a importância de tais deveres sobressai no processo obrigacional.

⁴¹⁷ A relação jurídica contratual, por ser um processo, desenvolve seu curso normal, em três fases, comumente adjetivadas como: a) pré-contratual; b) de execução; e c) pós-contratual. Para a análise do tema: MARTINS-COSTA, 2009, p. 172-187.

⁴¹⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XXVI, § 3.169, 1, p. 283.

⁴¹⁹ A boa-fé objetiva apresenta três funções: a) hermenêutico-integrativa; b) limitadora de direitos subjetivos; c) criadora de deveres laterais. Para o estudo do tema, analisar: LARENZ, 1958, p. 148-156. MARTINS-COSTA, 1999, p. 427-472.

⁴²⁰ São comumente classificados de três tipos: de proteção, de lealdade e de informação. Para essa classificação analisar: MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 602-608. SILVA, 2002, p. 106-119.

⁴²¹ LARENZ, *op. cit.*, p. 21. BETTI, 1969, p. 115.

⁴²² COUTO E SILVA, 2006, p. 38.

⁴²³ BETTI, *op. cit.*, p. 102.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 101-102.

A relação jurídica, por ser uma totalidade orgânica polarizada ao seu fim o adimplemento satisfatório, mesmo tendo como cerne o dever jurídico principal, não atinge esse fim somente pelo cumprimento desse dever. Por seu curso normal, apenas ocorrerá o adimplemento satisfatório se tanto o interesse de prestação como o de proteção forem completamente satisfeitos.⁴²⁵ Em decorrência da necessidade de haver a satisfação completa dos interesses dos figurantes da relação jurídica, há de ocorrer o cumprimento de todos os deveres, sejam eles primários, secundários ou laterais. Os últimos têm a peculiaridade de atender tanto aos interesses de prestação como aos de proteção.

Como o processo obrigacional está pautado pela inter-relação entre sujeitos, eles têm, em decorrência da boa-fé, de pautar as suas condutas de modo a ser cumprido com fidelidade o interesse de prestação.⁴²⁶ Esse interesse é formado pelos deveres principais, secundários e laterais. O cumprimento desses deveres satisfaz o interesse de prestação. Entretanto, entre os partícipes da relação há o interesse de proteção. Esse interesse, em razão da boa-fé,⁴²⁷ impõe aos partícipes o dever de não virem a causar dano à pessoa e ao patrimônio do outro figurante. Portanto, no processo obrigacional, não só existe o interesse de prestação, como também o de proteção. Na satisfação, seja do interesse de prestação, seja do interesse de proteção, os deveres laterais têm papel relevante.⁴²⁸

Portanto, no que se refere ao interesse de prestação, os deveres laterais têm, como consequência, de impor aos sujeitos do vínculo obrigacional um mandamento de conduta, para que os figurantes venham a se portar de modo a atingir as legítimas expectativas geradas e o pelo cumprimento dos deveres primários e secundários advindos do vínculo obrigacional o a satisfação completa do interesse de prestação.⁴²⁹ Essa particularidade fica salientada,

⁴²⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo, XXVI, § 3.169, 2, p. 284. "Obtido o fim, a relação jurídica extingue-se; mas, para isso, é preciso que a satisfação seja completa." LARENZ, 1958, p. 39. "La relación de obligación como un todo se extingue cuando su fin haya sido alcanzado totalmente, es decir, cuando el acreedor (o todo el que participa como acreedor) haya sido totalmente satisfecho en su interés en la prestación."

⁴²⁶ LARENZ, op. cit., p. 20. BETTI, 1969, p. 82 e p. 102.

⁴²⁷ BETTI, op. cit., p. 82.

⁴²⁸ Graças a Heinrich Stoll foi traçada a distinção entre interesse de prestação e proteção, conforme ensina Menezes Cordeiro na seguinte passagem: "Em aprofundamento importante, Hr. Stoll distingue, na obrigação, um interesse de prestação e um interesse de proteção. Ao serviço do primeiro, resultam deveres do contrato, a interpretar e a complementar segundo a boa fé, que tutela a obtenção efectiva do fim visado pela prestação. O segundo, por via, também, da boa fé, assenta no seguinte. Havendo, entre as partes, uma ligação obrigacional, gera-se, com naturalidade, uma relação de confiança na base da qual é, em especial, possível o infligir mútuo de danos; a boa fé comina deveres de não o fazer. Esta análise permite constatar a presença na obrigação, de deveres de cumprimento, que visam ao prosseguir efectivo do interesse do credor na prestação e de deveres de proteção que pretendem obstar a que, a coberto da confiança gerada pela existência de uma obrigação, se produzam danos na esfera das partes" (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 598).

⁴²⁹ LARENZ, op. cit., p. 148.

conforme se verá, no contrato de agência. Por outro lado, o interesse de proteção é formado exclusivamente pelos deveres laterais.⁴³⁰ Não há que se pensar na existência de deveres primários e secundários nessa esfera de interesse. Os deveres laterais inseridos no interesse de proteção preceituam aos figurantes da relação jurídica o dever de pautar as suas ações e omissões com vistas a não causarem danos ao patrimônio e à pessoa do outro figurante, bem como aos terceiros a ela vinculados.⁴³¹ Disso se depreende o corolário lógico de que o mesmo dever lateral pode estar incluso em ambos os interesses e atender, em determinado processo obrigacional, a escopos distintos.⁴³² Assim, os deveres laterais caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes.⁴³³

Mesmo tendo limites bem traçados, essas duas esferas de interesse não se contrapõem, mas se complementam na totalidade do vínculo obrigacional. Todos esses deveres possuem vinculação, porém variável.⁴³⁴ Desse modo, o descumprimento de um dos deveres inseridos nesses interesses gera o inadimplemento.⁴³⁵ No caso do descumprimento de deveres inseridos no interesse de prestação principal, secundário, lateral, ocorre, em caso da perda ou não do interesse do credor, o inadimplemento absoluto ou o inadimplemento relativo, e, no caso de ser descumprido dever lateral inserto no interesse de proteção, a violação positiva do crédito.^{436 e 437} Exemplo de descumprimento de dever lateral inserto no interesse de proteção, dando causa à violação positiva do crédito, dá-se quando o agenciado envia aos clientes do agente carta de conteúdo ofensivo ao último, referente ao exercício da atividade desenvolvida

⁴³⁰ MARTINS-COSTA, 2009, p. 88-89.

⁴³¹ Ibid., p. 89. Os deveres de proteção tendem a evitar prejuízos aos bens jurídicos de cada parte de uma relação obrigacional, prejuízos esses que decorreriam da própria relação de obrigação considerada como um fato social tendencialmente produtor de danos em razão da especial aproximação (contato social qualificado) que promove entre as partes. Por isso a boa-fé, como regra de lealdade e consideração aos legítimos interesses alheios, produz um interesse de proteção contra danos, interesse que é implementado, justamente, pelos deveres de proteção.

⁴³² Ibid., p. 88-90.

⁴³³ MOTA PINTO, 2003, p. 339.

⁴³⁴ BETTI, 1969, p. 109-110.

⁴³⁵ SILVA, 2006, p. 31. A obrigação abrange, pois, deveres de prestação e de conduta os chamados deveres laterais e interesses do credor e do devedor. E, se é verdadeiro que se tem por adimplida a obrigação que concretiza os interesses legítimos (ativos e passivos) nela envolvidos e dela decorrentes, não menos certo é que por inadimplemento se deve entender *o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de qualquer dever emanado do vínculo obrigacional*. O inadimplemento, assim, não se limita à prestação e nem aos deveres exclusivamente a ela relacionados (grifos do autor). LARENZ, op. cit., p. 22. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 88 e p. 181.

⁴³⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 181.

⁴³⁷ Para o estudo detalhado das espécies de inadimplemento, analisar: MARTINS-COSTA, op. cit., p. 108-109 e p. 216-245. SILVA, op. cit., p. 31-49.

por esse, cujo conteúdo causa constrangimento e abala a sua reputação perante a clientela com a qual atua.⁴³⁸ É importante ressaltar que, na hipótese da violação positiva do crédito, em razão da perda do interesse do credor, esse inadimplemento se transformará em inadimplemento absoluto.

Sob o manto das concepções apresentadas do direito das obrigações, deve-se analisar o contrato de agência para que se observem, com maior clarividência, as peculiares eficácias que apresenta.

2. OS DEVERES DO AGENTE

O Código Civil e a Lei nº 4.886/65 não dedicam, ao contrário da legislação alienígena, um artigo pelo qual se possam delimitar, de modo claro e sistemático, os deveres do agente à satisfação do interesse de prestação e de proteção do agenciado. Portanto, há que se indagar quais as regras jurídicas existentes tanto no Código Civil como na lei especial para que se sistematizem e, a partir daí, se investiguem os deveres do agente. Assim, esquadrinham-se o dever primário do agente: a promoção de negócios; os deveres secundários e os deveres laterais.

2.1. Dever jurídico principal do agente: promover a realização de negócios

Dentre os elementos do suporte fático do artigo 710 do Código Civil, um coloca-se como central à configuração do contrato de agência. Tal elemento refere-se à obrigação de o agente promover a realização de negócios. Promover a realização de negócios à conta e no interesse do agenciado é a obrigação principal do agente.⁴³⁹ Essa obrigação é o elemento que permite identificar o contrato de agência.⁴⁴⁰ Isso não significa que ela não possa existir em outro contrato, mas a sua falta, no plano da eficácia de determinado contrato, dá azo a se afirmar, de plano, não ser tal contrato um contrato de agência.⁴⁴¹

⁴³⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 5ª Câmara Cível. Ap. Cível nº 2005.001.42323. Relator: Des. Roberto Wider. J. 07 fev. 2006.

⁴³⁹ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 26. FADEL; VANTINI, 2006, p. 27. BASENGHI et al., 2008, p. 22. BALDI, 2001, p. 159. MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2004b, p. 84. MONTEIRO, 2004a, p. 45. EL HAGE, 1995, p. 358-359. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 57. ACHILLI et al., 2006, p. 154. BALDASSARI, 2003, p. 111. SCHMIDT, 1997, p. 764-765.

⁴⁴⁰ BALDASSARI, op. cit., p. 56. «L'attività di promozione contrattuale (e la sua obbligatorietà) rappresenta, dunque, il nucleo centrale sul quale si concentra l'identificazione dell'agente di commercio (e la conseguente configurazione del contratto di agenzia).» ASSIS, 2005, p. 198.

⁴⁴¹ TOFFOLETTO, 2008, p. 42 e p. 47. TRIONI, 2006, p. 37. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 31.

O verbo *concluir* não seria bem empregado porque compreenderia uma atividade que, em regra, não é a do agente. Os atos que pratica são direcionados até o ponto de se angariarem, junto à clientela, propostas ou se realizar(em) convite(s) à(s) proposta(s) para o agenciado concluir, com esta(s), os negócios pretendidos.⁴⁴² Sua obrigação está limitada a promover a captação da proposta do cliente e transmiti-la ao principal.⁴⁴³ Portanto, não chega propriamente a concluir, isto é, a realizar o(s) contrato(s), que é(são) o fim de sua atividade promotora. A expressão *concluir negócios* alberga a atividade de dar existência a negócios jurídicos à conta e em nome do agenciado. Isso não é dever do agente, salvo no caso do parágrafo único do artigo 710 do Código Civil, em que o agenciado outorga poderes para o agente realizar proposta ou aceitá-las em seu nome.⁴⁴⁴ Esse dever, entretanto, conforme já analisado no item 1.4.2.1., na parte I, é um dever secundário.

Foi feliz o legislador pátrio ao fixar, no suporte fático do artigo 710 do Código Civil, o verbo *promover*,⁴⁴⁵ pois permite depreender, pelo menos em síntese e de modo mais preciso e acertado, que o dever do agente é além de consistir na realização de uma atividade voltada a que o cliente conclua contratos de modo a ser alcançada a distribuição dos produtos ou serviços disponibilizados ao mercado pelo agenciado é também consiste na captação, na manutenção e no aumento de determinada clientela.⁴⁴⁶ É preciso, contudo, buscar ainda maior precisão, no contrato de agência, para o sentido do verbo *promover*.

Nessa perspectiva, para que se possa depreender toda a potencialidade advinda do verbo *promover* e, deste modo, alcançar o correto entendimento do que é o dever principal do agente, faz-se necessária a incursão nos léxicos. Entre as acepções apresentadas para o verbo *promover* destacam-se, a fim de se atingirem os desígnios pretendidos no presente estudo, as seguintes: trabalhar a favor de; favorecer o progresso de; fazer avançar; fomentar;

⁴⁴² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 1, p. 32. *O agente é no sentido de figurante de contrato de agência é não conclui, porque recebe pedidos e faz pedidos, transmite ofertas ao outro figurante ou as ofertas que esse faz.* VENOSA, 2005, p. 331.

⁴⁴³ VIVANTE, 1921, p. 616.

⁴⁴⁴ ACHILLI et al., 2006, p. 153-154. *L'agente che non abbia la rappresentanza del preponente, dovrà limitare la propria attività alla sola ricerca dei compratori, alla presa di contatto con gli stessi ed all'inizio delle trattative, restando però estraneo alla conclusione del contratto, che si verifica esclusivamente tra il proponente ed il cliente al momento in cui s'incontrano i rispettivi consensi [...].* MONTEIRO, 2004b, p. 49. FORMIGGINI, Aldo. *Agenzia (Contratto di)*. In: NUOVISSIMO digesto italiano. Turim: Utet, 1968. v. 1, t. 1, p. 403.

⁴⁴⁵ No plano do Direito comparado também é empregado o verbo *promover*. Assim, por exemplo, em Portugal (artigo 1 do Decreto-Lei nº 178/86); em Itália (artigo 1742 do Código Civil); em Espanha (artigo 1 da Lei nº 12/1992).

⁴⁴⁶ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 58 e p. 61.

ser causa de; gerar; provocar; originar; dar impulso; fazer propaganda.⁴⁴⁷ Entre as acepções existentes, deve-se asseverar que todas as apresentadas nos interessam para o fim de se entender o alcance do dever principal do agente.

Todavia, tentando organizar de modo mais lógico as acepções, para se adentrar na análise do verbo *õpromoverõ* no contrato de agência, pode-se observar que existem duas linhas básicas para se realizarem promoções. A primeira linha de definição refere-se à promoção de algo que ainda não existe, estando centrada nas acepções: originar; gerar; dar impulso. A outra refere-se à promoção de algo que já existe, estando centrada nas acepções: favorecer o progresso de; dar impulso; fazer propaganda. Interessam-nos todas as acepções citadas para a compreensão do dever principal do agente, pois todas se inter-relacionam.⁴⁴⁸

Quanto à primeira: o agenciado, ao realizar o contrato de agência, tem por fim conquistar, em determinada zona, clientela que ainda não possui. Quanto à segunda: esta está vinculada ao fato de já ter sido formada, pelo agenciado, uma clientela. Desse modo, há que se atentar para as circunstâncias do caso, de modo a se saber de que forma se deve interpretar o conceito de promoção ao contrato de agência. Se configurada a segunda hipótese, em determinadas circunstâncias, nas quais o agente foi contratado, pode ser inconcebível pensar-se em aumento de clientela, porque a zona onde atuará um agente já foi trabalhada por outro, que conseguiu um elevado nível, tanto de captação de clientela como de conclusão de negócios.⁴⁴⁹ Para tais casos, seria, portanto, inconcebível pensar-se que o agente deve aumentar a clientela ao agenciado.⁴⁵⁰ Nesse viés, o dever de promover do agente reside não em aumentar a clientela ou o volume de negócios, mas em manter a clientela e a média de negócios por ela concluídos junto ao agenciado.⁴⁵¹ Deve-se ter em conta, por exemplo, que, em razão da conjuntura econômica, as circunstâncias do mercado não permitiriam que o agente, por mais diligente que fosse, conseguisse manter o mesmo nível de contratos concluídos e o mesmo rol de clientes.⁴⁵² O agente deve atuar de modo a *õrealizar o possívelõ*,

⁴⁴⁷ PROMOVER. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1648: *õPromover*. [Do lat. *promovere*.] *V. t. d.* 1. Dar impulso a; trabalhar a favor de; favorecer o progresso de; fazer avançar; fomentar. 2. Fazer avançar; dar. 3. Era a causa de; causar, gerar, provocar, originarõ.

⁴⁴⁸ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 26.

⁴⁴⁹ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 26. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 61.

⁴⁵⁰ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 61.

⁴⁵¹ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 26. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 61.

⁴⁵² QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 61.

para que clientes antigos e novos venham a concluir contratos com o agenciado; deve, por fim, promover justamente a conclusão de futuros contratos.⁴⁵³

Como o contrato de agência é uma espécie de contrato de distribuição direta, deve-se entender que conclusão de contratos pelo agenciado implica a distribuição do produto ou serviço junto à clientela e ao mercado, o que, por consectário, leva à criação, à manutenção ou ao aumento da clientela e do volume de contratos concluídos.⁴⁵⁴

O dever do agente está, pois, centrado na realização de atos tendentes a promover a conclusão de contratos futuros. Por certo essa é uma obrigação de fazer.⁴⁵⁵ Assim, deve-se saber em que consistem esses atos de promoção.

Em sentido amplo, a obrigação de promover abarca, na prática, uma série de atividades, de conteúdo variado e indeterminado, tais como: visitar clientes antigos ou novos; entrar em contato com eles, por meio telefônico; expor a conveniência de concluir o contrato com o agenciado; realizar a propaganda do produto ou serviço o qual quer distribuir o agenciado; realizar a tratativa à conclusão do contrato; transmitir ao agenciado a proposta do cliente; e atuar de modo a que a negociação tenha bom êxito.⁴⁵⁶ A atividade de promoção pode ser desenvolvida de modo direto ou indireto, sem que haja por parte de um agente contato pessoal direto com cliente.⁴⁵⁷ Desse modo, não se pode considerar como atos de promoção: a mera atividade de recepção passiva de pedidos da clientela; a simples

⁴⁵³ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 26-27. «Dunque, l'agente deve promuovere, con clienti vecchi e nuovi, la conclusione di contratti nel senso di renderla possibile, consentirla, favorirla, caldeggiarla, ecc. Deve promuovere precisamente ciò che ancora non esiste: futuri contratti. In questo stesso senso è da intendere anche quel *vermitteln* che compare nel § 84 *HGB*, contenente la definizione del contratto de agenzia, che i vocabolari traducono con «mediare, combinare, intercedere, ecc.» e lo Schröder intende proprio nel senso di «rendere possibile» (*ermöglichen*).» TOFFOLETTO, 2008, p. 43. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 62.

⁴⁵⁴ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 62.

⁴⁵⁵ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 28. TOFFOLETTO, op. cit., p. 47.

⁴⁵⁶ GHEZZI, 1970, p. 101. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 28-29. FADEL; VANTINI, 2006, p. 27. ACHILLI et al., 2006, p. 154. BALDASSARI, 2003, p. 112. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 64. BALDI, 2001, p. 32 e 159. CERAMI, 1958, p. 872. BARATA, 1991, p. 35.

⁴⁵⁷ Assim é como assevera Guido Trioni, baseado em a jurisprudência, poder ser realizada sobre os atos de promoção do agente perante os clientes novos ou antigos. TRIONI, 2006, p. 40. «La promozione può aver luogo in qualunque forma, quindi non solo in quella tradizionale delle visite ai clienti, ma anche per via telefonica o telematica o da un punto di esposizione e vendita gestito dall'agente; e anche in modo indiretto, ossia con un'attività che non comporta il contatto dell'agente coi potenziali clienti, ma consiste nel supporto e nel coordinamento dell'opera promozionale diretta svolta da altri agenti, a volte reclutati dal primo, ma sempre retribuiti dal preponente: il che può avvenire nelle reti di vendita più complesse, composte da agenti collocati a livelli diversi in un assetto sostanzialmente gerarchico, che alla massa degli agenti assegna il compito di operare a diretto contatto con la potenziale clientela e a un ristretto gruppo quello di curarne il reclutamento, la formazione, la direzione e la vigilanza. Talvolta, poi, la realtà aziendale conosce funzioni ancora più elevate, di «controllo dei controllori», dando luogo a una struttura piramidale in tutto simile agli organigrammi aziendali.» Do mesmo modo, BALDASSARI, op. cit., p. 113-115. FADEL; VANTINI, op. cit., p. 28. TOFFOLETTO, op. cit., p. 43-44.

propaganda dos produtos ou serviços a serem distribuídos pelo agenciado; a mera entrega de uma lista de clientes potenciais ao agenciado.⁴⁵⁸ Com base nessa posição, pode-se asseverar não existir um contrato de agência quando um dos figurantes está obrigado a efetuar somente atos de propaganda à conta e no interesse de outrem. Nesse caso, o contrato é o de propaganda. O propagandista não tem a obrigação de promover, no mesmo sentido que essa obrigação alcança para o contrato de agência.⁴⁵⁹ Obviamente, isso não exclui a possibilidade de ser concluído, conexo ao contrato de agência, um contrato de propaganda.⁴⁶⁰

Não obstante a gama de atos a serem praticados pelo agente, estes não exaurem o verdadeiro sentido da atividade de promoção. É equivocado restringir a promoção à mera execução desses atos. Eles servem de base ao escopo: a conclusão de negócios à conta e no interesse do agenciado. No desenvolvimento da estruturação desse dever principal, ao final, tem o agente o dever de convencer ou persuadir um terceiro a realizar proposta ao agenciado, para que seja concluído o contrato de interesse do último.⁴⁶¹

Como o agente tem de conseguir que o cliente conclua contratos com o agenciado, em sentido estrito, a obrigação de promoção, portanto, centra-se em fazer com que o cliente tenha desperto, pela prática de atos condizentes às circunstâncias do caso, o interesse de concluir

⁴⁵⁸ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 148. MONTEAGUDO, 1997, p. 28. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 455, nota 846.

⁴⁵⁹ MONTEIRO, 2004a, p. 44. "Não se trata, assim, de modo algum, de uma simples actividade publicitária, antes a obrigação de promover a celebração de contratos compreende um vasto e diversificado leque de actos com o objetivo último de conquista e/ou de desenvolvimento do mercado." LARA GONZALES, 1998, p. 116. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 78. TOFFOLETTO, 2008, p. 44. ACHILLI et al., 2006, p. 155. DONNO, 2009, p. 301. No Direito italiano, é relevante a constatação da precisa definição da atividade promocional da mera atividade de propaganda. A primeira é típica do contrato de agência. A segunda, conforme posição da jurisprudência e doutrina, é típica daquele que desenvolve atos de propaganda de determinado produto ou serviço, ou seja, do chamado propagandista. As posições que existem, tanto na doutrina como na jurisprudência, são no sentido de poderem ou não enquadrar o contrato de propagandista na disciplina do contrato de agência. No âmbito doutrinário, defende o enquadramento do contrato de propagandista no de agência BALDI, 2001, p. 401-408. No sentido contrário, a posição de que o propagandista não é um agente, em virtude de sua obrigação não ser a de promover a conclusão de contrato, captando proposta a ser encaminhada ao agenciado, é defendida por GHEZZI, 1970, p. 40-41. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 31-33. TOFFOLETTO, op. cit., p. 42. BORTOLOTTI, Fabio et al., 2007, p. 62-63. Para a análise das principais decisões da jurisprudência sobre o tema: ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 78-83.

⁴⁶⁰ GHEZZI, 1970, p. 41.

⁴⁶¹ ACHILLI et al., op. cit., p. 155. "L'attività di promozione della conclusione dei contratti per conto del preponente non può consistere in una mera attività di propaganda, il cui unico effetto è quello di incrementare indirettamente le vendite, ma deve consistere in un'attività di convincimento e persuasione del potenziale cliente ad effettuare delle ordinazioni dei prodotti del preponente, atteso che è proprio con riguardo a questo risultato che viene attribuito all'agente il compeso, consistente nella provvigione sui contratti conclusi per suo tramite e andati a buon fine." CERAMI, 1958, p. 872. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 65. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 148. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.762, 1, p. 23. REQUIÃO, R., 2008, p. 81. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1036. TEPEDINO, 2008, p. 269.

contratos com o agenciado.⁴⁶² Para atingir tais desígnios, o agente, como em regra não é dotado de poderes de representação para concluir contrato à conta e em nome do agenciado, está obrigado a realizar a *invitatio ad offerendum* ao cliente.⁴⁶³

Na cadeia de atos de promoção, a etapa final ocorre quando o agente convida o cliente a formular proposta a ser encaminhada ao agenciado. A manifestação de uma *invitatio ad offerendum* é, em síntese, a última etapa da cadeia de atos de promoção. É o cumprimento da obrigação de promoção do agente. O agente, portanto, pode não realizar um ou outro dos atos necessários ao convencimento do cliente, mas não pode deixar de fazer, como ato essencial à configuração do adimplemento de sua obrigação, o convite ao cliente para formular uma proposta.⁴⁶⁴

Como o agente está obrigado a prestar a sua atividade com o objetivo de levar o agenciado a ter, através de bons resultados, a satisfações de seus interesses, de acordo com as circunstâncias do caso e o que se pode prever no tráfego,⁴⁶⁵ não é qualquer tipo de proposta que há de ser captada pelo agenciado. Há de ser uma proposta que atenda ao interesse do agenciado, estando por isso em consonância com as instruções que efetuou ao agente.⁴⁶⁶ Somente essas propostas são passíveis de aceitação pelo agenciado, pois não é qualquer contrato que ele pretende concluir, mas aquele que lhe é conveniente e possível de ser cumprido dentro da sua capacidade produtiva.⁴⁶⁷ Por consequência, o convite não pode ser

⁴⁶² QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 64-65. «Por tanto, para cumplir esta obligación el agente tiene que realizar una actividad preliminar, que variará en cada supuesto concreto. Pero, en todo caso, el agente debe llevar a cabo todas aquellas actuaciones necesarias para *persuadir o provocar en los terceros la conclusión de contratos; actuaciones todas ellas que contribuyen a hacer efectiva la prestación promotora, es decir, la que consiste en facilitar al principal sus negociaciones con terceras personas*» (grifos da autora). QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 206-207. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 60. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 148. MONTEAGUDO, 1997, p. 28.

⁴⁶³ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 29. TOFFOLETTO, 2008, p. 41.

⁴⁶⁴ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 30. «Ma l'invito a proporre che l'agente indirizza al cliente presenta, a ben vedere, una sua peculiarità: costituisce l'adempimento ad una obbligazione: l'agente invita a proporre perché *deve* invitare a proporre. È la sostanza giuridica di ciò che l'art. 1742 definisce, utilizzando un termine schiettamente commerciale, «promozione» degli affari: l'agente è bensì tenuto, o può essere tenuto, allo svolgimento di questa o quella delle attività predette; ma ciò che l'agente non può non fare, ciò che costituisce l'atto essenziale della promozione degli affari, consiste appunto nell'invitare il cliente a formulare una proposta» (grifo dos autores). QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 66. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 208. TOFFOLETTO, op. cit., p. 42 e p. 47.

⁴⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 1, p. 43-44. «O agente vincula-se a prestar a sua atividade, mas há de prestá-la suficientemente aos bons resultados dos interesses da empresa agenciada, que ele examinou, e admitiu ser agente dela, para que tais interesses fossem atendidos. Certo, os resultados não de ser os que se haviam de prever, de acordo com os dados do tráfico.»

⁴⁶⁶ TOFFOLETTO, op. cit., p. 47. «No una proposta qualsiasi, bensì una proposta predeterminata dal preponente, quanto ai suoi termini essenziali, in conformità alle istruzioni ricevute.»

⁴⁶⁷ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 42. BASENGHI et al., 2008, p. 24-25.

feito ao aveldrio do agente. Como é obrigação do agente atender às instruções do agenciado,⁴⁶⁸ conforme prescreve o artigo 712 do Código Civil,⁴⁶⁹ *a invitatio ad offerendum* há de se dar em consonância com essas intruções, para que o cliente formule proposta a concluir negócio em consonância com os interesses do agenciado.⁴⁷⁰ Para serem satisfeitos esses interesses, e, por consectário, para que o agente adimpla a sua obrigação principal, o agenciado tem de receber de seu cliente uma proposta na qual constem predeterminadas, por exemplo, as qualidades da mercadoria, a quantidade mínima e máxima, o preço, o modo de pagamento. Portanto, o agente deve convidar o cliente a formular uma proposta predeterminada, atendendo aos interesses primários do agenciado.⁴⁷¹ Deste modo, não se pode concordar com quem assevera⁴⁷² que o agente é um negociador discutindo as cláusulas do contrato. O agente age dentro de balizas predeterminadas pelo agenciado à formação da proposta pelo cliente.

Nessa complexibilidade de atos, sobre a qual está centrado o núcleo da obrigação de promoção e que eclode por completo no convite ao cliente a formular proposta, o adimplemento somente se dá por completo se a proposta formulada pelo cliente for encaminhada ao agenciado. Isso é pressuposto lógico da atividade desenvolvida pelo agente, pois é ele quem está em contato direto com o cliente. Assim, inclusa ao conceito de promoção, está a obrigação de o agente encaminhar proposta do cliente ao agenciado.⁴⁷³ Isso não significa que, na hipótese de ser a proposta dirigida ao agenciado diretamente pelo cliente, se esteja diante de um inadimplemento da obrigação principal do agente.⁴⁷⁴ A atividade está centrada na captação de proposta do cliente a concluir negócio jurídico, a atender aos interesses do agenciado; está centrada no recebimento da proposta por este último, não importante como isso se deu.⁴⁷⁵

⁴⁶⁸ BASENGHI et al., 2008, p. 22. Sobre instruções, analisar o item 2.3.1., Parte II do presente trabalho.

⁴⁶⁹ Artigo 712 do Código Civil. òO agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.ö

⁴⁷⁰ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 66. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 30.

⁴⁷¹ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 29. TOFFOLETTO, op. cit., p. 41. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 66-67. BASENGHI et al., 2008, p. 22.

⁴⁷² TEPEDINO, 2008, p. 269.

⁴⁷³ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 67.

⁴⁷⁴ Ibid., p. 67.

⁴⁷⁵ Ibid., p. 67.

2.1.1. A natureza dos atos de promoção praticados pelo agente

A doutrina tende a afirmar que os atos de promoção praticados pelo agente são o por se restringirem, por exemplo, à prospecção de mercado, à angariação de clientes, à difusão dos produtos ou serviços disponibilizados pelo agenciado etc., de modo a preparar a conclusão de contratos o atos materiais.⁴⁷⁶ Em razão disso, os atos que o agente pratica, não ingressariam no mundo jurídico. Entretanto, essa posição é restrita.

Consoante o exposto, o dever jurídico principal do agente consiste em realizar atos os quais venham a culminar na realização pelo terceiro (cliente) de convite à proposta ou na concretização desta, endereçada ao agenciado, para que seja possível concluir negócios. O agente terá de entrar em contato com o terceiro, a fim de alcançar o cumprimento de sua obrigação perante o agenciado. Terá de persuadir o terceiro à conclusão de negócios com o agenciado. No entanto, ocorrerá também outra cadeia de atos, os quais em nada se relacionam com o terceiro; somente com o agenciado. A primeira situação é a que aqui interessa.

Quando o agente entra em contato com o terceiro, considera-se terem os atos por ele praticados a virtualidade de despertar, no terceiro, expectativas legítimas de que atuará lealmente, ocasionadas pela confiança. A partir desse contato, se o terceiro passar a confiar na conduta do agente e for estimulado a atuar em prol da conclusão do negócio entre ele e o agenciado, dá-se a existência, no mundo jurídico, do contato social.⁴⁷⁷ Este é uma espécie de ato-fato jurídico.⁴⁷⁸

O contato social, sendo ato-fato jurídico, produz, como eficácia jurídica, direitos e deveres laterais, decorrentes da boa-fé objetiva, na fase pré-contratual.⁴⁷⁹ O contato social gera entre o agente e o terceiro, bem como com o agenciado, uma relação jurídica de confiança, ou seja, configura uma relação jurídica em que há somente direitos e deveres

⁴⁷⁶ MONTEIRO, 2004b, p. 84. BARATA, 1991, p. 36.

⁴⁷⁷ Para se saber quando começa o contato social, tem o intérprete de recorrer à análise das circunstâncias em que é desenvolvida a relação entre o agente e o terceiro. A investigação tem de ser rente aos fatos. São os usos do tráfego que vão servir de arrimo ao intérprete para que este possa saber se a conduta do agente despertou a confiança no terceiro ou não. Portanto, somente pela análise minuciosa dos fatos, com o arrimo nos usos do tráfego, o intérprete conseguirá saber se existe, no caso analisado, relação jurídica de confiança ou não (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005, v. 1, t. 1, p. 409-417).

⁴⁷⁸ Para análise do tema, COUTO E SILVA, 2006, p. 75 e p. 77. MARTINS-COSTA, 1999, p. 384-409. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66, nota 24, p. 121-122.

⁴⁷⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: ESTUDOS de direito civil brasileiro e português: I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 67.

laterais.⁴⁸⁰ Agente, agenciado e terceiro terão de atuar de maneira diligente, tendo por escopo não descumprir os deveres laterais de proteção um para com o outro.⁴⁸¹ Em decorrência disso, se o agente, o qual atua à conta e no interesse do agenciado, descumprir esses deveres na fase pré-negocial, mesmo que depois não participe da conclusão do negócio, fará com que o agenciado tenha de responder pelo dano originado da conduta desleal daquele perante o terceiro.⁴⁸² Neste ponto, é importante chamar a atenção para o fato de que o agente também pode responder pelo dano que a sua conduta tenha causado ao terceiro.⁴⁸³

Pela incidência da cláusula geral da boa-fé, disposta no artigo 422 do Código Civil, sobre os atos do agente, tais atos ingressam no mundo jurídico. A boa-fé objetiva e os usos do tráfego exigem, ao ser captada a confiança de outrem, a prática de uma conduta honesta e leal, a fim de não serem descumpridos os deveres laterais surgidos com o advento do contato social.⁴⁸⁴

Assim, os atos do agente referentes ao terceiro não se limitam somente ao mundo dos fatos, ou seja, ao mundo dos fatos não-jurídicos. Podem eles ingressar no mundo jurídico como um ato-fato jurídico, na espécie de contato social, gerando como eficácia deveres laterais decorrentes da boa-fé para com o terceiro.

2.1.2. O que se há de entender por õrealização de certos negóciosõ?

O legislador pátrio, ao compor o suporte fático do artigo 710 do Código Civil, estabeleceu que o agente tem a obrigação de promover õa realização de certos negóciosõ. Em virtude da amplitude que a referida expressão possui, deve-se adentrar na análise de seu significado. Numa perquirição no âmbito do Direito comparado, constata-se que o termo õnegocioõ é empregado no Direito alemão no § 84 do Código Comercial.⁴⁸⁵ No Direito

⁴⁸⁰ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 102. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo XXXVIII, § 4.243, 2-3, p. 323.

⁴⁸¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XXXVIII, § 4.242-4.243, p. 319-324. FABIAN, 2002, p. 66-67. FRADA, 2003, p. 99-159. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 68-86 e p. 201-206.

⁴⁸² PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.243, 1, p. 323. õO futuro figurante ou figurante responde pelos danos que hajam resultado de pessoas que tenham de *presentá-lo*, ou *representá-lo*, ou *assisti-lo*; bem assim, pelos *auxiliares nos tratos preliminares, punctuações, avisos, anúncios* e outros atos, mesmo que nenhuma cooperação possam ter na conclusãoõ (grifos do autor).

⁴⁸³ Ibid., § 4.243, 3, p. 323.

⁴⁸⁴ Ibid., § 4.242, p. 320-321.

⁴⁸⁵ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 39-40.

português⁴⁸⁶ e no italiano,⁴⁸⁷ o termo empregado no lugar de negócio é *õcontratoö*. No Direito espanhol,⁴⁸⁸ o legislador utilizou-se do termo *õatos e operações de comércioö*. O Direito francês, diferentemente da vagueza dos termos utilizados nas legislações anteriormente referidas, tipificou que o agente deve negociar a conclusão de contratos de compra e venda, de locação ou de prestação de serviços.⁴⁸⁹

O que há, portanto, de se entender por *õrealização de certos negóciosö* no âmbito do Código Civil pátrio?

Para se alcançar o significado do termo *õnegóciosö*, há que se concentrar na análise da classificação dos fatos jurídicos. Pela vagueza semântica, o termo *õnegóciosö* abrange tanto o negócio jurídico bilateral como o negócio jurídico plurilateral.⁴⁹⁰ Dessa primeira identificação, pode-se adiantar que o contrato de agência não se restringe somente à promoção da conclusão de contratos de compra e venda. Como o termo *õnegócioö* abarca tanto os negócios jurídicos bilaterais como os plurilaterais, o agente pode ter a obrigação de promover qualquer tipo de contrato, o qual venha a permitir a distribuição de bens ou serviços de interesse do agenciado.⁴⁹¹

Assim, pode o agente promover, no âmbito dos negócios jurídicos bilaterais, não só a compra e venda, mas também a conclusão de contrato de *leasing*, de locação, de empréstimo, de prestação de serviços etc.⁴⁹² No âmbito da promoção à realização de negócios jurídicos plurilaterais, um exemplo é a captação de propostas de terceiros para ingressarem numa associação.⁴⁹³ A promoção à captação de novos associados insere-se no conceito de realização de negócios do artigo 710 do Código Civil, pois o contrato de associação, por ser um negócio jurídico plurilateral, apresenta a particularidade de ser, de ordinário, aberto ou acessível,⁴⁹⁴

⁴⁸⁶ Art. 1º do Decreto-Lei nº 178/86.

⁴⁸⁷ Art. 1742 do Código Civil Italiano.

⁴⁸⁸ Art. 6 da Lei nº 12/1992.

⁴⁸⁹ Art. 1º da Lei de 25 junho 1991.

⁴⁹⁰ Sobre a distinção entre as espécies de negócios jurídicos: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XXXVIII, § 4184 e § 4185, p. 5-19. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo III, § 278, p. 137-150; MELLO, 2008, p. 200-208.

⁴⁹¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 3, p. 31. TEPEDINO, 2008, p. 271. TRIONI, 2006, p. 37. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 38-39. TOFFOLETTO, 2008, p. 50-52. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 35. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 157. BARATA, 1991, p. 36.

⁴⁹² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.766, 3, p. 31. TRIONI, op. cit., p. 37. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 39, nota 25. TOFFOLETTO, op. cit., p. 52, nota 20.

⁴⁹³ GOMES, O., 1979a, p. 17.

⁴⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XXXVIII, § 4.185, p. 10.

permitindo, por isso, a proposta de terceiro que, aderindo ao ato constitutivo, ingresse na associação.⁴⁹⁵

O verbo *realizar* vem empregado no sentido de o cliente *concluir* com o agenciado, em virtude da promoção pelo agente, determinado negócio jurídico. Mas o agente, como já visto, somente tem o dever de *promover* a conclusão, não a própria conclusão, que fica a cargo do agenciado. De acordo com o artigo 714 do Código Civil,⁴⁹⁶ o direito à remuneração (comissão) do agente surge, em regra, quando da existência de negócio jurídico o qual está obrigado a promover.

2.1.2.1. A determinação do negócio jurídico a ser promovido pelo agente

A determinação do negócio jurídico cuja conclusão o agente tem de promover, à conta e no interesse do agenciado, é de praxe definida por cláusula contratual, mas essa delimitação não se restringe somente ao negócio jurídico. Pode referir-se também à espécie de produto fabricado ou ao serviço disponibilizado pelo agenciado, objeto mediato do negócio jurídico baseado no qual é promovida a conclusão.⁴⁹⁷

No entanto, um problema de interpretação contratual reside na hipótese de não ficar expressa qual espécie de negócio jurídico há de promover o agente, sendo tal espécie somente delimitada quanto ao gênero do produto fabricado ou ao serviço disponibilizado. Nesse caso, há de se interpretar a letra, pelo menos no primeiro momento, no sentido de se compreender que o agente está obrigado a promover todos os negócios de espécies de produtos ou serviços inclusos em determinado gênero.⁴⁹⁸ Portanto, sendo determinável o objeto mediato do contrato que o agente é obrigado a promover, todos os outros inclusos no gênero dessa atividade fazem parte da obrigação do agente.⁴⁹⁹

Quando o contrato de agência tiver especificado o contrato a ser promovido pelo agente, ele, em regra geral, não tem a obrigação de assumir a promoção de contratos diversos

⁴⁹⁵ GOMES, O., 1979a, p. 17.

⁴⁹⁶ Artigo 714 do Código Civil. *“Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.”*

⁴⁹⁷ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 160. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 103-104.

⁴⁹⁸ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 160.

⁴⁹⁹ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 104. *“Por tanto, a falta de pacto expreso o tácito parece posible admitir que el agente está autorizado y, en consecuencia, obligado a promover o, en su caso, concluir todos los negocios que, en el marco de la realidad de la empresa del principal, han de ser considerados usuales en relación con su sector de actividad, esto es, con el programa empresarial típico o común en su sector”* (grifo da autora).

ou com objetos mediatos diversos. Somente assumirá essa obrigação se esta vier a ser estipulada por alteração contratual adjacente expressa ou tácita. Essa obrigação, contudo, pode exsurgir por imposição do dever lateral de proteção aos interesses do agenciado, sem que haja necessidade, no primeiro momento, de autorização ou concordância do último.⁵⁰⁰

A problemática que se levanta sobre a delimitação da obrigação de promover do agente está centrada somente quando esta for determinável. Assim o problema de interpretação contratual acerca do caráter determinável está em se saber quando o agente está obrigado a promover a conclusão de todos os contratos possíveis de serem concluídos pelo agenciado e se a sua obrigação aumentará quando o último incluir novos bens ou serviços passíveis de serem objetos mediatos desses contratos.

Em princípio, infere-se passar o agente, pela inclusão de novos bens ou serviços, a estar também obrigado a promover a conclusão de contratos que tenham por objeto mediato esses novos bens ou serviços.⁵⁰¹ Entretanto, essa é uma resposta simplista a uma situação por demais complexa.

O Código Civil pátrio, no inciso II do artigo 104,⁵⁰² preceitua como requisito à validade dos negócios jurídicos ser determinado ou determinável o seu objeto. Deste modo, quando a obrigação do agente estiver centrada na expressão *õtodosö*, não se poderá interpretá-la no sentido de haver indeterminabilidade tanto da espécie de contrato cuja conclusão o agente deverá promover *ö e.g., compra e venda ö*, como do objeto mediato do contrato, que, pelos menos quanto ao gênero, deve ser determinável *ö e.g., roupas sociais masculinas*. Se assim não se interpretar a lei, estar-se-á perante a indeterminabilidade do objeto, havendo com isso a nulidade do contrato de agência, na forma do inciso II do artigo 166 do Código Civil.^{503 e 504} Na hipótese de haver o emprego da expressão *õtodosö* ou *õtodasö*, ela tem de ser interpretada no sentido de ser determinável a obrigação de promoção do agente, estando esta delimitada por gênero, contrato, produto ou serviço do agenciado.⁵⁰⁵ Portanto, no primeiro

⁵⁰⁰ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 160-161.

⁵⁰¹ MERCADAL VIDAL, 1998, p. 453, nota 842. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 104. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 161.

⁵⁰² Artigo 104, II, do Código Civil. *öA validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável.ö*

⁵⁰³ Artigo 166, II, do Código Civil. *öÉ nulo o negócio jurídico quando: (...) II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto.ö*

⁵⁰⁴ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 105.

⁵⁰⁵ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 161. *öVigente el contrato de agencia, el empresario puede extender su actividad a nuevos actos y operaciones de comercio: v.gr. poner en venta nuevas mercancías o extender sus operaciones comerciales a mercancías o servicios no previstos en el contrato. El agente habrá de encargarse de los nuevos actos y operaciones de comercio introducidos por el*

momento, se o agenciado, no curso do contrato, produzir determinado bem não incluso no gênero que o agente se obrigou a promover, independentemente da vagueza semântica da palavra *ótodaö* ou *õtodaö*, não se pode interpretá-la no sentido de se entender como aumentada a sua obrigação.⁵⁰⁶ Assim, por exemplo, se o produto fabricado estiver incluso no gênero do objeto mediato do contrato que o agente promove, a resposta há de ser afirmativa no caso de a obrigação principal estar delimitada somente pelo gênero. Se, entretanto, o produto não pode ser considerado incluso no gênero ou se o objeto mediato do contrato cuja conclusão será promovida pelo agente for especificamente delimitado, este não assumirá a obrigação quanto ao novo bem produzido. Por esta feita, quanto à última hipótese, somente está obrigado o agente se inserta a cláusula contratual no sentido de ampliar a sua obrigação.⁵⁰⁷

Em respeito aos interesses do outro contratante, por imposição da boa-fé, há outra hipótese a partir da qual não se pode compreender como aumentada a obrigação de promover do agente, em razão da produção de novo bem pelo agenciado, independentemente de o mesmo vir a ser incluso no gênero do bem do qual o agente já promove a distribuição. Tal hipótese dá-se quando, ou pelas características do novo produto ou pelas circunstâncias particulares do agente — por exemplo, a sua capacidade ou especialização —, for contrário aos seus legítimos interesses o aumento de sua obrigação.⁵⁰⁸

Ainda dentro do tema da determinabilidade outro problema pode apresentar-se.

O agente não é obrigado a atuar somente à conta e no interesse de um único agenciado, podendo atuar na mesma zona em favor de outro, desde que não o faça em concorrência. Deste modo, para aqueles que consideram haver o aumento da obrigação do agente quando a obrigação for determinável, em razão da expressão *ótodosö*, pode ocorrer, quando o agenciado passa a produzir, por exemplo, novos bens, um problema de ordem concorrencial. No caso de o agente atuar à conta e no interesse de outro agenciado à promoção da conclusão de contratos que tenham por objetos mediatos determinados bens, e se o agenciado também passa a produzi-los, há que se interpretar essa hipótese no sentido de não

empresario en su ámbito negocial si desde un principio asumió el encargo de ocuparse en general de todos los negocios del empresario. Al respecto, deben distinguirse aquellos productos o servicios *rectius*: actos u operaciones de comercio nuevos, pero afines al ámbito negocial del empresario en el momento de la formalización del contrato de agencia, de aquellos que no pueden considerarse afines. A nuestro modo de ver, el agente sólo deberá encargarse de la promoción o conclusión del primer tipo de actos y operaciones de comercio, aun cuando venga obligado, como consecuencia de ello, a dirigir su actividad de promoción a un nuevo círculo de clientes.ö QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 108. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 453-454, nota 842.

⁵⁰⁶ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 108.

⁵⁰⁷ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 108. MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 453-454, nota 842.

⁵⁰⁸ MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 453-454, nota 842. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 162.

estar o agente obrigado a promover contratos os quais tenham por objeto mediato o novo bem fabricado pelo primeiro agenciado. Se assim não for entendido, poder-se-á afirmar que o agente se encontra inadimplindo a sua obrigação de não atuar em concorrência aos agenciados com os quais trabalha.⁵⁰⁹

Pela imposição da boa-fé objetiva, o agente, nesse caso, tem o dever de informar o agenciado de que não atuará na promoção do novo bem ou serviço. Se assim não o fizer, estará inadimplindo a obrigação de não concorrência perante o outro agenciado. O agente, por isso, não pode ser considerado obrigado a promover a conclusão de contrato de um bem que tenha por objeto mediato um análogo ao de outro agenciado com o qual também atua.⁵¹⁰ A recusa do agente de promover, por exemplo, o bem ora confeccionado pelo agenciado, com vistas a não ser considerado inadimplente perante o outro agenciado, não pode ser considerada como justo motivo à denúncia.⁵¹¹ Em decorrência disso, se o agenciado vier a denunciar o contrato, essa denúncia será vazia. No caso de estar declarado, de modo expreso, no instrumento contratual, que só pode atuar com outros agenciados até que o agenciado com o qual trabalha não introduza bens ou serviços correntes aos dos outros agenciados, o agente deve denunciar o contrato que entabulou com estes últimos. Se assim não o fizer, estará inadimplindo a obrigação de não concorrência junto ao primeiro agenciado e dará ensejo ao justo motivo para a denúncia do contrato por parte do agenciado.⁵¹²

Assim, num postulado geral quanto à busca da determinação do objeto do contrato de agência, as circunstâncias do caso, a boa-fé e os usos do tráfico são fundamentais para se dar à questão um correto entendimento, a fim de se interpretar se ocorre ou não o aumento da obrigação do agente em atenção aos seus interesses, em contraposição aos do agenciado.⁵¹³

2.1.2.2. A obrigação principal do agente é de meio ou de resultado?

⁵⁰⁹ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 105-106, nota 107. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 453-454, nota 842. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 162.

⁵¹⁰ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 108. MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 454, nota 842.

⁵¹¹ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 162.

⁵¹² Ibid., p. 162-163.

⁵¹³ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 108. «En definitiva lo que habrá de tenerse presente ante supuestos de la naturaleza, es que las obligaciones del agente de lealtad y buena fe y de velar por los intereses del principal, a tenor de las cuales podría considerarse afectado el contenido de la actividad del agente, no autorizan a que el principal pueda modificar unilateralmente su situación agravando irrazonablemente sus actuaciones, de forma que alteren sustancialmente su situación o amplíen sus obligaciones.»

A obrigação principal do agente circunscreve-se à complexidade de atos cujo objetivo final é despertar num terceiro, perante o qual o agente atua, o interesse de realizar proposta a ser encaminhada ao agenciado para com este concluir um contrato. Entretanto, para que o agente tenha a contraprestação do agenciado pelo cumprimento dessa obrigação, ou seja, tenha constituído o direito à remuneração, o contrato cuja conclusão promove haverá de ser de fato concluído (artigo 714 do Código Civil). Essa particularidade, referente tanto à obrigação do agente como à constituição de seu direito à remuneração, dificulta o surgimento de uma resposta fácil à questão de se saber se a obrigação do agente é de meio ou de resultado.

No primeiro momento, tomando-se por prisma de análise ou a obrigação de promover do agente ou a constituição do direito à remuneração, tem-se a obrigação do agente classificada como de meio; no segundo momento, como de resultado.

Se for tomado como prisma de perquirição o direito à remuneração do agente, não há como não classificar a sua obrigação como de resultado. O direito à remuneração, salvo disposição em contrário, somente existirá com a obtenção do resultado desejado pelo agenciado, ou seja, a conclusão do contrato com o cliente. Se, ao contrário, tomarmos por análise a obrigação de promover, ela deverá ser classificada como de meio, pois o agente tem de agir para que o resultado visado se dê, sem, contudo, haver a obrigação de alcançar esse resultado.⁵¹⁴

Sob essas duas perspectivas existentes no contrato de agência, a doutrina tem uma posição dissonante.

Há autores que sustentam ser a obrigação do agente de meio, mesmo reconhecendo que a atividade do agente se volta para a busca de um resultado: a conclusão do contrato.⁵¹⁵ Em sentido contrário, há quem sustente ser a obrigação do agente de resultado, não podendo esta ser considerada de meio, pois o objeto da sua atividade não está estritamente centrado na atividade realizada, mas no resultado final esperado: a conclusão do contrato. Por isso, o resultado é ínsito à atividade do agente.⁵¹⁶

As particularidades apresentadas pelo contrato de agência, decorrentes da sua estrutura complexa, não permitem que se tome, de modo rígido, a posição de ser a obrigação do agente exclusivamente de resultado ou de meio. O ponto nodal para não se permitir asseverar ser

⁵¹⁴ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 80. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 89-90.

⁵¹⁵ GHEZZI, 1970, p. 17-20. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 48. TOFFOLETTO, 2008, p. 45-46. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 456.

⁵¹⁶ ACHILLI et al., 2006, p. 255.

exclusivamente de meio ou de resultado a obrigação do agente está assentado no fato de que, entre o cumprimento da obrigação de promover do agente e a conclusão do contrato pelo agenciado com o cliente, há um fracionamento, podendo se dar a intervenção de fatores externos, independentes da vontade e da previsão das partes contratantes.⁵¹⁷ Ademais, entre a complexa gama de obrigações que possui o agente, em sua esfera jurídica, pode-se tomar por análise para essa classificação não somente a obrigação de promover, mas também as obrigações secundárias e laterais. Isso nos leva a observar que muitas obrigações analisadas sob uma perspectiva estática são de meio, mas no âmbito da estrutura complexa da relação contratual de agência resultam em obrigações de resultado. Tal fato implica a possibilidade de estar caracterizado o inadimplemento de uma obrigação, em tese de meio, pela ausência de resultado.⁵¹⁸

Logo, são exemplos de obrigações de meio as de informação e as de sujeição às instruções do agenciado; e de resultado, as de não se violar segredo do agenciado, de não atuar em concorrência e de se manter a contabilidade separada para cada agenciado com o qual atua o agente.⁵¹⁹

Nesse sentido, levando-se em conta a complexidade apresentada pela obrigação do agente, numa perspectiva dinâmica, ela apresenta, no transcorrer do processo obrigacional, tanto obrigações de meio como de resultado, e, embora exista a necessidade da conclusão do contrato entre o cliente e o agenciado, para que haja a constituição do direito à remuneração, ela deve ser classificada como mista.^{520 e 521}

⁵¹⁷ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 80. «Entre la actividad debida por el agente y el resultado útil para el empresario se detecta una fractura causada por la intervención de factores ajenos a la previsión de las partes contractuales.»

⁵¹⁸ Ibid, p. 81.

⁵¹⁹ Ibid, p. 81.

⁵²⁰ BALDI, 2001, p. 29. «Per riportarci alla nota classificazione tra obbligazioni di mezzi (o meglio, di comportamento) e di risultato, la cui importaza sul piano pratico peraltro, è stata posta in dubbio (non esistendo di fatto obbligazioni che no mirino direttamente o indirettamente al raggiungimento di un risultato), l'attività dell'agente comporta obbligazioni dell'un tipo e dell'altro: in quanto la sua obbligazione contrattuale consiste nell'attività promozionale (comportamento), mentre per ottenere il diritto alla provvigione egli deve raggiungere un certo risultato.» QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 95-96. «Así las cosas, podríamos considerar que mientras en el *iter* del contrato de agencia la obligación es «de medios» porque se resume en el desarrollo de una actividad duradera o la actividad promotora o , para la determinación del devengo de las comisiones la obligación es de resultado. Pero obsérvese, y no se nos escapa este hecho, que hay un cambio de perspectiva radical al hacer esta afirmación porque hemos pasado de considerar el contenido obligatorio de la relación de agencia como una prestación duradera de actividad, a atender a hechos singulares y puntuales, perfectamente localizados en el tiempo, que efectivamente admiten una consideración en términos de resultado alcanzado o no conseguido.» DONNO, 2009, p. 300. LARA GONZALES, 1998, p. 74, nota 72.

⁵²¹ Rafael Lara Gonzales considera indiferente quanto à obrigação de promoção do agente classificá-la como de meio ou de resultado (LARA GONZALES, op. cit., p. 282).

Reitera-se, contudo, não se poder tomar essa posição em termos absolutos. No caso de o agente assumir, por exemplo, a obrigação de levar o agenciado a concluir um número mínimo de contratos, essa obrigação se transformará necessariamente em obrigação de resultado.

2.2. Deveres secundários

Conforme a perspectiva dinâmica sob a qual se está a analisar a relação contratual de agência, o agente tem deveres de cunho secundário ao dever principal de promover. Podem esses advir tanto da lei como dos usos do tráfico ou pela vontade das partes.

Esses deveres, vinculados à plena satisfação do dever principal, podem ser identificados, no contrato de agência, diante do dever do agente de, por exemplo: entregar o bem confeccionado pelo agenciado, atuar em nome do agenciado em juízo para requerer a tutela jurídica do Estado, concluir negócio em nome do agenciado ao lhe ser outorgado poder de representação, prestar assistência aos clientes ao ser solicitado;⁵²² efetuar a prestação de contas ao agenciado, apresentar recibos de quantias pagas, conservar e devolver os documentos recebidos do agenciado etc.⁵²³

O que se há de ter claro quanto ao dever secundário, inserto por cláusula contratual e sendo ínsito a outro tipo contratual, é, de regra, não desnaturar o contrato de agência.⁵²⁴ Tão pouco vem a ser esse contrato misto ou um contrato conexo, pois esse dever tem somente o fito de facilitar a obrigação principal.⁵²⁵ O dever secundário apenas virá a desnaturar o contrato de agência, tornando-o um contrato misto ou um contrato complexo, se alcançar enorme relevância, de modo a equivaler ou sobrepor-se ao fim e em importância econômica em relação ao dever principal do agente.⁵²⁶

⁵²² BORTOLOTTI et al., 2007, p. 75.

⁵²³ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 212.

⁵²⁴ GHEZZI, 1970, p. 15. «Del resto, e per concludere, anche l'eventuale inserzione nel contratto di agenzia di elementi che sono tipici di altri e diversi contratti son sembra snaturare, quando si risolve, ad es., nell'attribuzione all'agente di funzioni meramente accessorie, quello che resta il carattere originario nel negozio: caso classico è quello del deposito della merci.»

⁵²⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo III, § 292, 2, p. 187. «Não é contrato normalmente misto aquele em que uma das prestações exerce papel simplesmente facilitador.» MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109. Específico ao contrato de agência: BALDI, 2001, p. 392.

⁵²⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 292, 2, p. 187. «Tem-se de procurar o fim e a importância econômica das duas ou mais prestações, para se saber se, a despeito da pluralidade delas, o negócio jurídico é *único*» (grifo do autor). MARINO, 2009, p. 109.

Outro ponto que se há de ter claro sobre o dever acessório refere-se ao seu descumprimento. Esse dever, sendo descumprido, pode dar azo ao advento da justa causa à denúncia do contrato de agência. Para isso, basta que o descumprimento afete o interesse do agenciado em manter o contrato. Assim, *e.g.*, se o agente tem, junto ao dever principal, o dever secundário de usinagem de peças metálicas e acessórios para veículos, onde é de extrema importância o contato direto e constante com os clientes, ao se afastar da zona de atuação por um longo período, vindo a gerar o desinteresse dos clientes em seguir concluindo contratos com o agenciado, atua de modo indiligente. Em razão disso, descumpe gravemente o dever secundário, dando ensejo ao advento da justa causa à denúncia do contrato de agência.⁵²⁷

Portanto, o dever secundário tem de ser concebido em vista desse contexto, no qual têm atuação particularmente relevante os elementos de confiança e de cooperação, por conter o contrato de agência uma obrigação duradoura e estável. Dentre os deveres secundários do agente, dois apresentam destacada importância: o dever de diligência e o dever de obedecer às instruções do agenciado.

2.2.1. O dever de diligência: o padrão de conduta objetivo do agente

O artigo 712 do Código Civil⁵²⁸ estabelece dever o agente, no desempenho de suas obrigações, agir com toda a diligência. Nesse artigo, portanto, está entalhado o dever de diligência.

O dever de diligência consiste num padrão de comportamento a ser seguido pelo agente em cumprimento às suas obrigações, mas, sobretudo, no cumprimento da obrigação principal.⁵²⁹ O agente tem de agir de modo a ter uma conduta a qual permita que o cumprimento de suas obrigações possa levar o agenciado a alcançar a satisfação de seus legítimos interesses.⁵³⁰ O dever de diligência não tem caráter meramente instrumental ao dever principal do agente. Ele tem um caráter integrativo complementar.⁵³¹ Destarte, não pode o agente, por exemplo, limitar-se a promover a conclusão de contratos que entenda

⁵²⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap.Cív. nº 70012200937. Relator: Angelo Maraninchi Giannakos. J. 14 set. 2005.

⁵²⁸ Artigo 712 do Código Civil. O agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente.

⁵²⁹ TRIONI, 2006, p. 142.

⁵³⁰ BALDASSARI, 2003, p. 143-144.

⁵³¹ TRIONI, *op. cit.*, p. 140. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 348.

satisfatórios ao seu ganho, por ser a sua retribuição proporcional aos contratos que promove e conclui.⁵³² Entretanto, não se circunscreve somente ao cumprimento da obrigação principal.

Atuar de modo diligente abarca toda a atividade do agente, devendo tal padrão de conduta, por isso, ser empregado para atender às instruções recebidas; prestar as informações úteis ao principal, por exemplo, as concernentes ao abalo da idoneidade financeira de determinados clientes; assim como informar ao agenciado a impossibilidade de seguir cumprindo com as suas obrigações.⁵³³

Agir diligentemente, no contrato de agência, conforme estabelece o artigo 712 do Código Civil, é, além de fazer a captação de terceiro para concluir negócio com o agenciado, atuar no cumprimento do dever lateral de proteção, que consiste em averiguar se, por exemplo, o terceiro possui idoneidade financeira e goza de respeitabilidade na praça. Portanto, não se comporta diligentemente o agente que aproxima terceiros os quais não possuem higidez financeira reconhecida para cumprir os contratos possíveis com o agenciado.⁵³⁴

O agente deve atuar dentro do padrão exigido a um agente de mesmo grau de profissionalidade e que se encontre nas mesmas circunstâncias. Há de agir com base nos padrões exigidos nos usos do tráfico e conforme as circunstâncias do caso exigem.⁵³⁵ *E.g.*, não se pode afirmar não ter atuado de modo diligente o agente que, em razão da crise financeira na zona de atuação, não tenha conseguido manter a média de conclusões de contrato por parte do agenciado. Não é ao conceito abstrato do *õbom pai de famíliaõ*, que se há de recorrer para se perquirir o comportamento do agente, mas a um critério de cunho objetivo.⁵³⁶ Quando o agente não tiver uma conduta tal qual o tráfico exige de um agente acautelado e ordenado no cumprimento de suas obrigações, estará dando causa à existência de um ato ilícito relativo. A diligência exigida do agente para que não lhe venha a ser imputada culpa por ter atuado negligentemente há de ser a do *õhomem-tipoõ* do grupo ao qual pertence

⁵³² SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 243-244, nota 4. FADEL; VANTINI, 2006, p. 30.

⁵³³ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 245. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 348.

⁵³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 2ª Turma Recursal Cível. Re. Cív. nº 71000923300. Relator: Eduardo Kraemer. J. 21 jun. 2006. *õREPRESENTANTE COMERCIAL. CRÉDITO. VERIFICAÇÃO*. O representante comercial não pode realizar vendas sem verificar a possibilidade do comprador efetuar o pagamento das mercadorias adquiridas. O representante comercial possui o dever de zelar pela higidez creditícia dos adquirentes de mercadorias. Recurso não provido.õ

⁵³⁵ QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 350.

⁵³⁶ Em termo gerais, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Tomo II, § 178, 2, p. 254. *õA medida do cuidado, para se saber desde onde e desde quando ele falta, é dada pelas relações inter-humanas, é social, objetiva, e não individual, íntima, subjetivaõ* (grifo do autor). MARTINS-COSTA, 2009, p. 339-341. GHEZZI, 1970, p. 106. TOFFOLETTO, 2008, p. 164. BALDASSARI, 2003, p. 143. QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 346-347 e p. 351.

determinado sujeito.⁵³⁷ A diligência deve ser a do agente-tipo. A existência ou não de um ato ilícito relativo por parte do agente e o respectivo cumprimento ou descumprimento do contrato dependem de se verificar se a atividade do agente foi diligente ou não.⁵³⁸ O descumprimento do dever de diligência por parte do agente, em regra, há de ser reiterado de modo a justificar o advento da justa causa ao exercício do direito de denúncia do contrato por parte do agenciado, entabulado na alínea *b* do artigo 35 da Lei nº 4.886/65.⁵³⁹ e ⁵⁴⁰ Entretanto, essa assertiva não pode ser considerada em termos absolutos. Levando-se em conta as circunstâncias do caso concreto, de uma única conduta desidiosa do agente pode exsurgir o justo motivo ao exercício do direito de denúncia, se tal conduta afetar a confiança do agenciado em relação ao agente quanto ao adimplemento perfeito de suas obrigações. *E.g.*, dá causa ao advento do justo motivo ao exercício do direito de denúncia do contrato pelo agenciado quando o agente recebe pessoalmente o valor da compra concluída por um cliente e

⁵³⁷ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo II, § 178, 7, p. 261-262. *Se o comerciante, que contrata, tem de responder com a diligência própria (diligência que em casos semelhantes empregam os comerciantes acautelados* Código Comercial, art. 181), é porque esse é o homem-tipo do grupo. E o mesmo ocorre quanto ao médico, quanto ao transportador com animais, se não pode dominá-los, quanto ao automobilista que desconhece a cidade, quanto ao cavaleiro que não está a par de dificuldades da equitação. De regra, o que depende de *instrução* e *cultura* (e concorre para catalogar o agente) põe-no em grupo, a que corresponde homem-tipo (grifos do autor). FORGIONI, 2005, p. 419-420. *O sistema jurídico espera que o empresário aja de acordo com os padrões de sua categoria econômica e não de forma irresponsável.* SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 244.

⁵³⁸ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 347-348.

⁵³⁹ Artigo 35, alínea *b*, da Lei nº 4.886/65. *Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: a) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.*

⁵⁴⁰ REQUIÃO, R., 2008, p. 254-255. RT-508/209. *REPRESENTANTE COMERCIAL* *Rescisão unilateral de contrato* *Cobrança de comissões* *Ação procedente* *Recurso provido.* A desídia de representante só é inescusável quando habitual ou constante, equivalendo à negligência contumaz, reveladora de contínuos e injustos desleixos, oriunda da ociosidade, da negligência contínua e permanente. O declínio do rendimento do agente de vendas é apenas um fato objetivo; passível de múltiplas explicações desvinculadas do elemento subjetivo caracterizador da desídia, algumas delas até mesmo ligadas ao comportamento do representado; daí sua irrelevância quando assim aparece desacompanhada do elemento volitivo. *PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. 5ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 113421-6. Relator: Jovaldo Nunes Gomes. J. 26 out. 2005. COMERCIAL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO. ALEGAÇÃO DE DESÍDIA. FATO ISOLADO. HABITUALIDADE NAS CONDUTAS DE DESCUIDO E DESLEIXO NÃO COMPROVADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. APELAÇÕES DE AMBOS OS RÉUS. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. APELOS IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. 1) Ocorrendo a rescisão contratual em período no qual a parte era responsável, por sucessão, pelos atos da empresa sucedida, não procede a alegação de ilegitimidade passiva da parte para figurar na relação processual. 2) A rescisão do contrato de representação por desídia pressupõe a comprovação da habitualidade nas atitudes de desleixo e descuido por parte do representante. Não caracterizada, transforma-se a rescisão para aquela ocorrida sem justo motivo, o que, nos termos da Lei nº 4886/65, gera direito de indenização ao representante comercial despejado de suas funções.*

não o repassa ao agenciado, acarretando, inclusive, uma eventual cobrança do cliente pelo agenciado.⁵⁴¹

2.2.2. O dever de obedecer às instruções do agenciado

O contrato de agência, por ser classificado como um contrato de gestão de interesses alheios, de colaboração e de cooperação, por consectário, dá ao agenciado o direito de dirigir instruções ao agente sobre como devem ser desenvolvidas as suas atividades.⁵⁴² Somado a essa particularidade, o caráter duradouro desse contrato leva a que nele não possam ter as obrigações do agente, em aspecto geral, um conteúdo específico e inalterável, porque, como o mercado apresenta constantes modificações de suas circunstâncias, isto impediria o agenciado de alcançar os seus desígnios. Por isso, muitas das obrigações do agente, embora especificadas em termos gerais, para serem cumpridas de modo a atender aos interesses do agenciado devem estar orientadas por instruções declaradas pelo último.

As instruções têm a função de tornar mais claro o conteúdo de determinadas obrigações do agente, de modo a que se coadunem com as necessidades e circunstâncias impostas pelo tráfego.⁵⁴³ Portanto, as instruções permitirão ao agente levar o agenciado a alcançar, da melhor forma possível, a satisfação de seus interesses.⁵⁴⁴

Mesmo sendo fundamentais para que o agente cumpra as suas obrigações, as instruções apresentam também a particularidade de relativizar a autonomia do agente no exercício de sua atividade. O próximo item, portanto, detém-se na análise da natureza jurídica das instruções e de sua vinculação ao adimplemento perfeito das obrigações do agente. Inverstigiar-se-á, em seguida, a instrução quanto à sua interferência na autonomia do agente.

2.2.2.1. A natureza jurídica das instruções do agenciado e a sua importância para o adimplemento perfeito das obrigações do agente

⁵⁴¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. 15ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70026083329. Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos. J. 24 set. 2008.

⁵⁴² MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 193. GARRIDO, 1995, p. 64. GHEZZI, 1970, p. 99. BASENGHI et al., 2008, p. 126. BALDASSARI, 2003, p. 223-224. Sobre o conceito geral de instruções, PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo III, § 278, 5, p. 15.

⁵⁴³ GARRIDO, op. cit., p. 65. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 368.

⁵⁴⁴ GARRIDO, op. cit., p. 64. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 193.

A instrução é uma declaração de vontade receptícia.⁵⁴⁵ É um ato jurídico *stricto sensu* receptício. Gera eficácia ao ser recebida pelo agente.⁵⁴⁶ A partir do momento em que é recebida pelo agente, este tem o dever secundário de a cumprir.⁵⁴⁷ A instrução, por não gerar nenhum direito ao agente, pode ser revogada a qualquer momento pelo agenciado.⁵⁴⁸ Por isso, não tem força vinculativa autônoma das obrigações do agente.⁵⁴⁹

As instruções podem ser de cunho geral ou singular. Assim, podem referir-se tanto a toda a atividade promocional do agente como ao modo de proceder perante determinado cliente.⁵⁵⁰ A primeira espécie reconhece ao agente, em razão da confiança que o agenciado nele deposita, autonomia para atuar de acordo com a sua diligência, conforme as circunstâncias que o caso impuser.⁵⁵¹ A segunda espécie consiste em instruções diretas e detalhadas, que, sem afetar a independência do agente, predeterminam de modo preciso a sua atividade, principalmente quanto às condições do contrato que está a promover ô por exemplo, preço, condições de pagamento e concessão de descontos, tal como preceitua a primeira parte do artigo 29 da Lei nº 4.886/65.^{552 e 553} A classificação das instruções em imperativas, indicativas e facultativas, assente no contrato de comissão,⁵⁵⁴ não pode ser aplicada ao contrato de agência quanto à atividade de promoção que há de desenvolver o agente. Entretanto, pode ser aplicada no que se refere ao modo como será realizado o convite à oferta do cliente e quando ao agente forem outorgados poderes para concluir o contrato em nome do agenciado.⁵⁵⁵ A possibilidade de se aplicar essa classificação observa-se principalmente em relação à fixação do preço, ao modo de pagamento, à espécie de clientes com quem o agenciado quer concluir contrato etc. Desse modo, se o agenciado impõe ao

⁵⁴⁵ GHEZZI, 1970, p. 108. SARACINI; TOFFOLETTO. 2002, p. 247. BASENGHI et al., 2008, p. 126. GARRIDO, 1995, p. 66-67. TOFFOLETTO, 2008, p. 166.

⁵⁴⁶ Para análise das categorias dos atos jurídicos *lato sensu* receptícios, analisar PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo II, § 222, 3, p. 398-401.

⁵⁴⁷ TRIONI, 2006, p. 129-130.

⁵⁴⁸ GARRIDO, op. cit., p. 66. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 193.

⁵⁴⁹ GARRIDO, op. cit., p. 66-67.

⁵⁵⁰ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 248. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 462, nota 854. TRIONI, op. cit., p. 137. FADEL; VANTINI, 2006, p. 30.

⁵⁵¹. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 462, nota 854.

⁵⁵² Artigo 29 da Lei nº 4.886/65. ãSalvo autorização expressa, não poderá o representante conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções do representado.ö

⁵⁵³ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 372-373. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 195. MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 462, nota 854.

⁵⁵⁴ Para a análise dessas instruções no contrato de comissão, GARRIDO, op. cit., p. 87-91.

⁵⁵⁵ MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 462, nota 854.

agente um preço certo e não variável, a instrução é imperativa; se a margem para conceder descontos varia em determinada faixa de preço, a instrução é indicativa; se o agenciado remete ao agente maior liberalidade em fixar o preço, com base na diligência e na confiança que nele deposita, é facultativa.⁵⁵⁶ Mas a regra no contrato de agência quanto a esses aspectos é serem as instruções sempre imperativas. Por isso, não se podem aplicar de modo indiscriminado as regras jurídicas sobre instrução do contrato de comissão artigos 699 e 700 do Código Civil ao contrato de agência.⁵⁵⁷

As instruções não são elementos fundamentais para que o agente realize os atos atinentes a promover ou a concluir negócios de interesse do agenciado. Na falta de instruções, ou sendo elas incompletas, não pode o agente eximir-se de cumprir o seu dever jurídico principal. Cabe-lhe atuar com maior perspicácia no desenvolvimento de sua atividade. A diligência deve ser de maior intensidade. Se assim não o fizer, estará descumprindo os deveres contratuais.⁵⁵⁸

O não cumprimento de uma instrução ocasiona o descumprimento de dever secundário, podendo gerar dano ao agenciado. As circunstâncias do caso demonstrarão se houve ou não ocorrência de dano ao agenciado. Se houver, dependendo do grau, advirão ao agenciado o direito de requerer o pagamento de indenização e, conjuntamente, o direito à justa causa à denúncia do contrato.⁵⁵⁹ Do mesmo modo, independentemente do grau do dano decorrente do descumprimento de instrução, se este for reiterado, também haverá justa causa para que seja denunciado o contrato.⁵⁶⁰ A conclusão é erigida pela aplicação analógica do artigo 679 do Código Civil⁵⁶¹ e da parte final do artigo 29 da Lei nº 4.886/65. Assim, *e.g.*, o agente que formula pedidos em desacordo com as instruções do agenciado ou concede prazos superiores e/ou pratica os seus atos de agenciamento ao agenciado em zona por ele não determinada dá justa causa ao exercício do direito de denúncia do contrato.⁵⁶²

⁵⁵⁶ MERCADAL VIDAL, 1998, p. 462, nota 854.

⁵⁵⁷ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 314.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 392.

⁵⁵⁹ GOMES, O., 1977, p. 446. QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 393 e p. 397. BALDASSARI, 2003, p. 237.

⁵⁶⁰ QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 393 e p. 397. LARA GONZALES, 1998, p. 296.

⁵⁶¹ Artigo 679 do Código Civil. «Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções.»

⁵⁶² RT-554/206. «REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - Representante autônomo - Desídia no cumprimento de obrigações contratuais - Fato que justifica a rescisão do contrato - Inteligência do art. 35, alínea ~~3~~ da Lei 4.886/65. Ementa oficial: Ação de cobrança. Contrato de representação comercial autônomo. Rescisão do contrato em decorrência da negligência do representante. Conduta insatisfatória. Sentença confirmada. Justifica a rescisão do contrato de representação comercial autônomo - nos termos do art. 35,

Podem existir circunstâncias nas quais o agente não deve atender às instruções recebidas pelo agenciado. Por conhecer, melhor do que o agenciado, a zona na qual desenvolve a sua atividade, e pela sua experiência, o agente estaria atuando com culpa e sem a diligência devida caso viesse a cumprir uma instrução contrária ao contexto.⁵⁶³ Entretanto, o agente deve considerar-se obrigado a cumprir a instrução se o agenciado a emitiu, mesmo sendo conhecedor das particularidades da situação de risco ao cumpri-la.⁵⁶⁴ Em sentido contrário, o agente não será obrigado a cumprir a instrução recebida, podendo proceder em sentido diverso na hipótese de ter motivo justificado — por exemplo, se não houver possibilidade de obter autorização do agenciado por falta de tempo e por não existir outra oportunidade de concluir um contrato tão vantajoso.⁵⁶⁵ De igual modo, não praticará ato ilícito relativo se descobrir que o cliente, que teve a instrução de o contatar para promover a conclusão de contrato, está prestes a ter a sua falência decretada.⁵⁶⁶

As circunstâncias do caso e os usos do tráfico permitirão ao intérprete saber se foi justificável ou não o motivo do descumprimento.⁵⁶⁷ Sendo justificado, propiciando vantagens ao agenciado, não existirá ato ilícito relativo, pois houve a excludente da contrariedade ao direito, pelo estado de necessidade.⁵⁶⁸ Por consectário, não existirão justa causa ao exercício do direito formativo extintivo de denúncia do contrato nem o dever de indenizar. É o que se há de compreender por aplicação analógica dos artigos 695⁵⁶⁹ e 696⁵⁷⁰ do Código Civil.

Sendo o dever de informar, conforme adiante se analisa, um dever lateral de grande intensidade e importância no contrato de agência, fica o agente, quando não houver urgência

alínea ~~caç~~ da Lei 4.886/65 — o comportamento desidioso do representante comercial que formula pedidos de mercadorias em desacordo com as especificações da fábrica e concede prazos superiores aos constantes das instruções, bem como faz vendas em praças para as quais não estava credenciado.ö

⁵⁶³ FORMIGGINI, 1958, p. 102. GHEZZI, 1970, p. 108. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 394-395.

⁵⁶⁴ FORMIGGINI, op. cit., p. 102.

⁵⁶⁵ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 395.

⁵⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45.

⁵⁶⁷ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 394.

⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.727, 1, p. 309. Sobre estado de necessidade, PONTES DE MIRANDA, Tomo II, §§ 186-187, p. 294-307.

⁵⁶⁹ Artigo 695 do Código Civil. —O comissário é obrigado a agir de conformidade com as ordens e instruções do comitente, devendo, na falta destas, não podendo pedi-las a tempo, proceder segundo os usos em casos semelhantes. Parágrafo único. Ter-se-ão por justificados os atos do comissário, se deles houver resultado vantagem para o comitente, e ainda no caso em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos.ö

⁵⁷⁰ Artigo 696 do Código Civil. —No desempenho das suas incumbências o comissário é obrigado a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio. Parágrafo único. Responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente.ö

para a tomada de decisão que contrarie a instrução, obrigado a entrar em contato com o agenciado para lhe explicar que a prática do ato de obediência à instrução será prejudicial para o êxito do contrato.⁵⁷¹ Se, no caso de ser cumprido o dever de informar acerca da incompatibilidade entre uma determinada instrução e uma situação fática e, mesmo assim, o agenciado for reticente em manter a instrução que declarou, advindo-lhe prejuízo, não terá o agente qualquer responsabilidade.⁵⁷² Do mesmo modo, se desse fato resultarem prejuízos ao agente, deverá este ser indenizado pelas perdas e pelos danos.⁵⁷³

2.2.2.2. As instruções e a relativização da autonomia do agente

As instruções passadas pelo agenciado devem ser observadas sob o prisma da autonomia do agente na realização de suas atividades. Desse modo, há de se considerar primeiro o aspecto referente à subordinação quanto ao contrato de trabalho e de agência. Depois, analisar-se a instrução como fator a demonstrar a relatividade da autonomia do agente.

Quando o artigo 710 do Código Civil preceitua ser o agente aquele que não mantém vínculos de dependência, estabelece um critério para a distinção entre o contrato de agência e o de trabalho. No contrato de trabalho, o empregado possui vínculos de dependência, elemento do suporte fático do artigo 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, cabe investigar, primeiramente, o significado da palavra "dependência", usada tanto no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, quanto no artigo 710 do Código Civil. Da investigação, crê-se, pois, encontrar o significado de "subordinação".

É incorreto afirmar em termos absolutos a não subordinação do empregado em relação ao empregador, como também a não subordinação do agente ao agenciado. Deve-se entender que tanto o empregado quanto o agente estão subordinados ao empregador e ao agenciado, respectivamente. O que permite distinguir um contrato do outro é o modo de subordinação. Tal distinção alcança-se quando, analisando-se as circunstâncias do caso, se constata diferença qualitativa e quantitativa na subordinação existente em ambos os contratos.⁵⁷⁴ O que varia numa e noutra espécie é o grau de intensidade da subordinação.

⁵⁷¹ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 196.

⁵⁷² ASSIS, 2005, p. 215.

⁵⁷³ QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 397.

⁵⁷⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, p. 473.

Assim, a palavra dependência, considerada como subordinação a ordens alheias, há de ser compreendida dentro do contexto e da estruturação de cada espécie contratual e de cada ramo do Direito a que pertence.

No contrato de trabalho, subjaz à conotação dada ao termo subordinação a ideia de o empregado, ao exercer o seu dever jurídico isto é, realizar trabalho, estar inserido na organização da empresa. Essa organização, em regra, é disposta conforme diversos graus hierárquicos⁵⁷⁵ e implica o dever jurídico de ser o empregado subordinado às ordens que o superior hierárquico tem o direito subjetivo de dar.⁵⁷⁶ Estas só não devem ser cumpridas pelo empregado e, por esse modo, não geram ato ilícito relativo a ele imputado quando deixarem de ser lícitas. Em outros termos, se forem contrárias à lei, ou à moral, ou à boa-fé objetiva, ou aos bons costumes.

Diversamente, para se entender o significado do elemento sem vínculos de dependência do artigo 710 do Código Civil, cabe estabelecer a conjugação com a parte final do artigo 712 do mesmo diploma legal. O agente não está obrigado a respeitar carga horária, obedecer a itinerário, dar relatório periódico de suas atividades cotidianas nem visitar ou instruir outro colaborador.⁵⁷⁷ Ele tem autonomia financeira, podendo contratar terceiros para realizar a sua atividade de maneira mais proveitosa, mas é seu dever jurídico obedecer às instruções, a fim de que os seus atos alcancem o fim econômico e estratégico concebido pelo agenciado.

Essas instruções, que visam, em face da natureza de cooperação do contrato, a uma maior eficiência na atividade do agente, relativizam a sua autonomia na realização prática de sua atividade.⁵⁷⁸ Contudo, as instruções precisam respeitar um postulado de razoabilidade, pois não podem afetar a independência do agente.⁵⁷⁹ Não podem ultrapassar um limite razoável, de modo a anular a autonomia do agente no exercício de seus atos como colaborador, os quais se pressupõe realizados diligentemente.⁵⁸⁰ Caso contrário, pode restar

⁵⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLVII, § 5.051, 2, p. 73-74. RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 60.

⁵⁷⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966, v. 1, p. 51. PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 5.051, 2, p. 73. REQUIÃO, R., 2008, p. 62.

⁵⁷⁷ TRIONI, 2006, p. 132. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 86.

⁵⁷⁸ GOMES, O., 1977, p. 438-439. GOMES, M. J., 1982, p. 31. BALDASSARI, 2003, p. 225-227. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 385. Com a mesma ideia, mas não tão claro, MONTEIRO, 2004a, p. 50.

⁵⁷⁹ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 194.

⁵⁸⁰ GARRIDO, 1995, p. 72-73.

desconfigurado o contrato de agência, passando a existir um contrato de trabalho de viajante ou praticista.

As instruções, para não ferirem a autonomia do agente como colaborador do agenciado, devem objetivar a conclusão de negócios que o agente tem de promover.⁵⁸¹ *E.g.*, instruções sobre possíveis condições de pagamento, de descontos, tipos de clientes os quais têm de buscar, publicidade do produto, momento de concluir contrato sem a necessidade de autorização do agenciado.⁵⁸² Portanto, não poderão as instruções interferir, por exemplo, na carga horária do agente no cumprimento de suas obrigações.⁵⁸³ Se o agente viesse a adotar essa instrução, esse fato afetaria de tal modo a sua autonomia, que se estaria perante uma alteração do tipo contratual, o que levaria o contrato a deixar de ser de agência, passando a ser de trabalho (viajante e praticista). De tudo, o que se pode depreender é que as instruções não podem afetar a autonomia do agente, de modo a interferir na organização das suas atividades nem no tempo a elas dedicado.⁵⁸⁴

Entretanto, pode ser considerada uma instrução, sem que se afete a autonomia do agente, o fato de o agenciado requerer do agente que participe de um curso de formação com o específico fim de lhe permitir o conhecimento mínimo de determinado bem produzido pelo primeiro. *E.g.*, o agente que deve promover a conclusão de contratos tendo por objeto mediato um novo *software* ou determinado maquinário industrial tem o dever de realizar curso de capacitação oferecido pelo agenciado para adimplir o dever de promover o produto de modo eficaz.⁵⁸⁵ Nesse viés, pode-se considerar inclusa no conceito de instrução a obrigação do agente de participar de reunião com o escopo precípua de permitir ao agenciado colher informações sobre o andamento do mercado e a satisfação do cliente sobre o bem ou serviço distribuído; ou, ainda, para que possa conhecer o andamento do mercado, a fim de saber se deve ou não adotar uma nova política comercial.⁵⁸⁶

2.3. Deveres laterais: o dever de informar

⁵⁸¹ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 386.

⁵⁸² BALDASSARI, 2003, p. 372-373 e p. 388-392.

⁵⁸³ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 249.

⁵⁸⁴ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 195.

⁵⁸⁵ TOFFOLETTO, 2008, p. 166. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 246. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 195.

⁵⁸⁶ TOFFOLETTO, op. cit., p. 167.

Pelo fim que busca o agenciado ao realizar contrato de agência o aumento do número de negócios concluídos numa zona não conhecida pelo agenciado e por ser esse contrato de natureza fiduciária,⁵⁸⁷ em que a cooperação e a confiança entre as partes contratantes são fundamentais,⁵⁸⁸ não basta o estrito cumprimento dos deveres principais e secundários ao adimplemento satisfatório. Além desses deveres, para que se possa declarar o adimplemento satisfatório das obrigações do agente e do agenciado, os deveres laterais advindos da boa-fé objetiva e dos usos do tráfego também devem ser cumpridos.⁵⁸⁹ Dentre os deveres laterais, um deles ressalta em importância no contrato de agência: o dever de informar.⁵⁹⁰

Ainda que o Código Civil em relação ao contrato de agência tenha sido omissivo acerca do dever de informar do agente, tal dever, em termos gerais, vem reconhecido pelo artigo 28 da Lei nº 4.886/65.⁵⁹¹ Contudo, por ser o dever de informar imposto pela cláusula geral da boa-fé objetiva, expressa no artigo 422 do Código Civil, deve-se considerar como revogada tacitamente, em razão do disposto no artigo 721 do Código Civil, a expressão disposta no artigo 28 da Lei nº 4.886/65: "quando lhe for solicitado, porque, por se tratar de dever lateral, o agente tem de cumpri-lo, independentemente de ser solicitado ou de haver uma cláusula contratual para tanto."

Por ser o contrato de agência de gestão de interesses alheios, o dever de informar apresenta, quanto ao agente, destacada intensidade e importância, pois, como atua à conta e no interesse do agenciado, de modo direto na zona onde o segundo pretende alcançar bons resultados na distribuição do bem ou serviço que oferece, tem de informar o último, por exemplo, sobre as condições do mercado, os clientes específicos; os negócios dos quais

⁵⁸⁷ FORMIGGINI, 1968, p. 402-403.

⁵⁸⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e a defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151-153.

⁵⁸⁹ MONTEIRO, 2004a, p. 75. "A boa fé, critério por que o julgador deve apreciar o comportamento das partes, quer do agente quer do principal (cfr. artigo 12º), é um princípio normativo que, tomado em sentido objectivo, exprime uma regra jurídica, integrada pelos valores da lealdade, honestidade e correção, de onde pode desentranhar-se toda uma série de obrigações ou deveres, que incumbe às partes satisfazer, tendo em conta o fim do contrato e a relação de confiança e de recíproca colaboração que este fundamenta [...]" THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 992.

⁵⁹⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. REQUIÃO, R., 2008, p. 204. LARA GONZALES, 1998, p. 117-118. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 57 e 110-112. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 121. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 26. FADEL; VANTINI, 2006, p. 27. BASENGHI et al., 2008, p. 22. BALDI, 2001, p. 159. MONTEIRO, 2004b, p. 84. MONTEIRO, 2004a, p. 45. EL HAGE, 1995, p. 358-359. ACHILLI et al., 2006, p. 154. BALDASSARI, 2003, p. 111. SCHMIDT, 1997, p. 759.

⁵⁹¹ Artigo 28 da Lei nº 4.886/65. "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."

promove a conclusão ou os quais ele próprio conclui etc.⁵⁹² Portanto, sob a perspectiva dinâmica da relação obrigacional é que irá ser analisado o dever de informar do agente.

No contrato de agência, a doutrina mais especializada pelo tema afirma que o dever de informar se concretiza de dois modos: genérico ou específico.^{593 e 594}

O primeiro está diretamente vinculado ao caráter contínuo e duradouro do contrato de agência.⁵⁹⁵ Consiste em fornecer ao agenciado as informações úteis para que ele tenha o conhecimento global do mercado na zona de atuação do agente, permitindo-lhe, com isso, identificar os meios idôneos para alcançar a distribuição de bens ou serviços e satisfazer os seus interesses.⁵⁹⁶ Está centrado em informar ao agenciado sobre as condições do mercado na

⁵⁹² QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 112-113.

⁵⁹³ Essa distinção é concebida pela doutrina italiana em razão da redação do artigo 1.746 do Código Civil que dispõe dever o agente fornecer ao agenciado *informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari*, estando a primeira preposição vinculada ao conceito de dever de informar de cunho genérico e a segunda ao dever de informar específico. ACHILLI et al., 2006, p. 257. BALDASSARI, 2003, p. 237. FADEL; VANTINI, 2006, p. 32. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 121. No direito espanhol, a posição adotada pela doutrina italiana, também é reconhecida pela doutrina espanhola, em razão da redação da alínea *b*, do artigo 9 da Lei nº 12/1992, de 27 de maio, que assim dispõe: *Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución*. Assim, MERCADAL VIDAL, 1998, p. 464, nota 859. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 198. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 113. No direito brasileiro é no mesmo sentido a distinção do dever de informar apresentada por ASSIS, 2005, p. 220. Também se pode depreender essa distinção, somente variando o adjetivo empregado, em THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 992.

⁵⁹⁴ Cabe ressaltar que no âmbito do mundo jurídico, o verbo *informar* é empregado em sentido lato, pois, em regra, não é feita tanto pela doutrina ou como pela jurisprudência a distinção entre as espécies de informação apresentadas em linguagem vulgar: conselho; recomendação e informação em sentido estrito. Conforme ensina Jorge Ferreira Sinde Monteiro, o *conselho* significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que, na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar, a que se liga a exortação (expressa ou implícita, mas de qualquer forma nunca vinculativa para o destinatário) no sentido de aquele que recebe o conselho agir (ou se abster) de forma correspondente; o conselho contém pois um juízo de valor acerca de um acto futuro do aconselhado, em regra ligado a uma explicação; a *recomendação* é apenas uma sub-espécie de conselho. Traduz-se na comunicação da boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo. Conselho e recomendação distinguem-se apenas pela intensidade: o conselho implica, face à recomendação, uma exortação mais forte ao seu seguimento; a informação em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de factos objectivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) proposta de conduta (SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 14-15). Contudo, cabe destacar que Sinde Monteiro assevera ser extremamente difícil a diferenciação na vida prática entre as espécies de informação em decorrência da proximidade de conceituação. O que é comum entre as espécies, e que justifica a aplicação em sentido lato do verbo *informar*, é a possibilidade de influenciarem a vontade do informado (SINDE MONTEIRO, 1989, p. 16-18). No presente item do trabalho, utilizam-se os fundamentos apresentados pela doutrina espanhola e italiana, tal como o faz Sinde Monteiro, do verbo *informar* em sentido amplo, ainda que em nota se destaque se a informação é conselho, ou recomendação ou informação em sentido estrito.

⁵⁹⁵ ACHILLI et al., op. cit., p. 257. BALDASSARI, op. cit., p. 238. FADEL; VANTINI, op. cit., p. 32.

⁵⁹⁶ CERAMI, 1958, p. 879. BALDASSARI, op. cit., p. 238. FADEL; VANTINI, op. cit., p. 32. ACHILLI et al., op. cit., p. 257. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 250.

zona na qual atua.⁵⁹⁷ Restringe-se, portanto, a dar ao agenciado os informes sobre o estado do mercado, não podendo ser equiparado a um juízo nem ao menos servir de previsão ou conselho sobre o futuro andamento do mercado.⁵⁹⁸ Essas são conclusões a que o agenciado somente pode chegar com as informações prestadas pelo agente.⁵⁹⁹

Podem ser identificadas como espécies de dever de informar de cunho genérico a de informar: a) a atividade e o desenvolvimento dos concorrentes, na mesma zona demarcada ao agente para o cumprimento do contrato;⁶⁰⁰ b) as condições de transporte na região;⁶⁰¹ c) a acolhida do produto ou serviço na zona de atuação do agente, após o início de sua atividade;⁶⁰² d) o gosto e a moda de maior afeição dos clientes potenciais na zona de atuação;⁶⁰³ e) as modificações da disciplina administrativa do mercado;⁶⁰⁴ f) as reclamações da clientela concernentes ao bem ou serviço prestado, ou seja, se este está sendo prestado de forma satisfatória ou não;⁶⁰⁵ e g) o nome do potencial cliente junto ao qual o agente está realizando atos de promoção.⁶⁰⁶

O dever de informar de cunho específico está vinculado a toda a notícia a ser dada ao agenciado para que este tenha a possibilidade de mensurar, quanto a um específico cliente, a segurança e a conveniência necessárias para a conclusão de um contrato.⁶⁰⁷ e ⁶⁰⁸ Esse dever

⁵⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. GOMES, O., 1977, p. 446. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 118. FORMIGGINI, 1958, p. 102. BALDI, 2001, p. 162. TRIONI, 2006, p. 137. BASENGHI et al., 2008, p. 131.

⁵⁹⁸ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 250. TOFFOLETTO, 2008, p. 168.

⁵⁹⁹ O dever de informar no sentido genérico é, utilizando-se da distinção apresentada por Sinde Monteiro, uma informação em sentido estrito, pelo fato de o agente só comunicar ao agenciado fatos objetivos ocorridos na sua zona de atuação, pois não apresenta nenhuma proposta de conduta a ser adotada pelo segundo.

⁶⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. MONTEIRO, 2004a, p. 85. CERAMI, 1958, p. 872. FORMIGGINI, op. cit., p. 102. GHEZZI, 1970, p. 111. TRIONI, 2006, p. 137. BASENGHI et al., op. cit., p. 131. ACHILLI et al., 2006, p. 257.

⁶⁰¹ ACHILLI et al., op. cit., p. 257-258. GHEZZI, op. cit., p. 111. TRIONI, op. cit., p. 137. BASENGHI et al., op. cit., p. 131.

⁶⁰² QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 119. ACHILLI et al., op. cit., p. 258.

⁶⁰³ FORMIGGINI, 1958, p. 102. ACHILLI et al., op. cit., p. 258. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; RAMÍREZ, 2000, p. 198.

⁶⁰⁴ ACHILLI et al., op. cit., p. 257.

⁶⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 4, p. 49. ASSIS, 2005, p. 216.

⁶⁰⁶ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; RAMÍREZ, op. cit., p. 198.

⁶⁰⁷ GHEZZI, op. cit., p. 111-112. «La seconda categoria di informazioni che l'agente deve fornire riguarda, come sappiamo, quanto può essere utile per valutare la sicurezza o la convenienza del singolo affare, e ciò tanto per quel che attiene, soggettivamente, al futuro contraente che viene presentato (sua capacità e solvibilità, sua «serietà» commerciale), quanto per quel che concerne, oggettivamente, l'affare in sé considerato (così, ad es., riguardo all'opportunità di inserire o no, allo scopo di maggiormente «introdurre» i prodotti, determinate clausole contrattuali).» BALDI, op. cit., p. 163. FADEL; VANTINI, 2006, p. 32.

decorre especialmente do dever principal do agente de promover negócios que atendam às legítimas expectativas do agenciado.⁶⁰⁹ Assim, o fundamento do agente de prestar informações específicas está estritamente vinculado ao próprio dever de promover a conclusão de contratos convenientes e com clientes solventes,⁶¹⁰ por estar inserto no interesse de prestação. Esse dever, no entanto, também está incumbido ao agente, porque é ele quem está em contato direto com o cliente.⁶¹¹ O dever de informar específico, por estar centrado principalmente na informação sobre a solvabilidade e a seriedade de determinado cliente, bem como sobre a confiança merecida pelo mesmo, serve para, por exemplo, permitir ao agenciado conceder ou não a determinado cliente dilatação do prazo de pagamento de uma obrigação contratual, ou mesmo um desconto.⁶¹²

Outros exemplos sobressaem nessa hipótese do dever de informar. *E.g.*, a) na fase pré-contratual entre o agenciado e o cliente, o agente deve comunicar ao agenciado informações relevantes que possam servir a que o último conclua ou não o contrato com o cliente; b) na fase de execução do contrato concluído entre o agenciado e o cliente, deve o agente apresentar informações pertinentes para que o agenciado possa tomar, quanto a seu direito ou seu dever junto ao cliente, uma postura adequada;⁶¹³ c) informar ao agenciado sobre o estado de insolvência o qual acarretará a decretação da falência de um antigo cliente do agenciado, evitando que este venha a realizar contratos futuros com esse cliente;⁶¹⁴ e d) informar a correção e a seriedade de determinado cliente no cumprimento de outras obrigações contratuais.⁶¹⁵

O agente tem o dever de comunicar ao agenciado a informação útil para o melhor resultado da distribuição dos bens ou serviços por ele disponibilizados, na zona na qual atua. Assim, quanto ao dever de informar de cunho específico, não é a informação de conhecimento

⁶⁰⁸ O dever de informar no sentido específico é, utilizando-se da distinção apresentada por Sinde Monteiro, uma recomendação, pelo fato de o agente comunicar ao agenciado as qualidades de determinado cliente, para que aquele possa averiguar se cabe ou não concluir contrato ou seguir concluindo contrato com o último.

⁶⁰⁹ BALDI, 2001, p. 163.

⁶¹⁰ BALDASSARI, 2003, p. 244.

⁶¹¹ MERCADAL VIDAL, 1998, p. 466.

⁶¹² FORMIGGINI, 1958, p. 103. TOFFOLETTO, 2008, p. 170. GHEZZI, 1970, p. 112. FADEL; VANTINI, 2006, p. 34. BASENGHI et al., 2008, p. 131-132. ACHILLI et al., 2006, p. 259. TRIONI, 2006, p. 138. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 122.

⁶¹³ MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 465.

⁶¹⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. ASSIS, 2005, p. 215. LARA GONZALES, 1998, p. 117.

⁶¹⁵ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 125.

geral, numa determinada zona, acerca da solidez de capital reconhecida de um cliente que há de ser comunicada.⁶¹⁶ Deve ser comunicada ao agenciado a informação que possa clarear a dúvida que ele possui sobre o estado de solvência de determinado cliente, para ponderar sobre a conveniência ou não de concluir determinado contrato com este.⁶¹⁷ Não há como se pensar diferente. É ilógico pensar que o agente, por estar atuando no interesse do agenciado, promoverá um contrato com um cliente que sabidamente está em estado de solvência precário.⁶¹⁸

Visto ser o dever de informar um dever lateral, a mensuração do grau de intensidade que o mesmo possui dependerá da análise das circunstâncias fáticas nas quais está sendo desenvolvida a relação contratual, sendo assim estabelecida uma maior ou menor vinculação do agente ao cumprimento.⁶¹⁹ Um exemplo dá-se na hipótese de o agente vir a promover operações não usuais ou extraordinárias ao agenciado. Aqui, o dever de informar, pelas particularidades que determinado negócio apresenta, necessita de ser mais específico e esmerado, pois só assim o agenciado poderá saber, pelos detalhes da informação, se concluirá ou não o contrato com determinado cliente.⁶²⁰

Para o contrato de agência, um ponto é certo: quanto maior for a dificuldade do agenciado em conhecer as situações do mercado, na zona onde pretende aumentar os seus negócios, maior será o grau de intensidade do dever de informar por parte do agente. Além de serem essas informações em maior número, devem ser mais precisas.⁶²¹ Exemplo disso ocorre quando o contrato de agência tem como um dos figurantes uma empresa num país e um agenciado noutra. Por mais informações que possa ter a empresa agenciada, apenas o agente tem condições de conhecer, de forma minuciosa, os usos do tráfego do mercado que a empresa agenciada pretende abarcar.⁶²²

⁶¹⁶ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 253. TOFFOLETTO, 2008, p. 170. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 127.

⁶¹⁷ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 253. TOFFOLETTO, op. cit., p. 170. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 127.

⁶¹⁸ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 253. TOFFOLETTO, op. cit., p. 170. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 128.

⁶¹⁹ QUITÁNS EIRAS, op. cit. p. 117 e p. 128. GHEZZI, 1970, p. 111. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; RAMÍREZ, 2000, p. 197-198. Em termos gerais a todas as relações obrigacionais é também a posição de PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLVII, § 5.101, 4, p. 483. MENEZES CORDEIRO, 2001, § 50º, p. 1.253-1.257. MARTINS-COSTA, 2009, p. 91.

⁶²⁰ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 124.

⁶²¹ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 119.

⁶²² FORMIGGINI, 1958, p. 102. *„Løbbbligo di informazioni ha una importanza particolare negli agenti di case estere, in cui la conoscenza della casa sulle condizioni del mercato dipende prevalentemente e spesso esclusivamente dalle informazioni dell'agente.“* PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45.

O grau de intensidade do dever de informar não pode, contudo, ser considerado em termos pelos quais venha a perder o caráter de dever lateral ao principal, que é o de promoção à conclusão de contrato.⁶²³ Se ultrapassar esse limite a ponto de ser considerado dever principal do agente, o contrato deixa de ser exclusivamente de agência e passa a ser misto: de agência e informação.

As informações a serem prestadas pelo agente ao agenciado não se restringem às de seu conhecimento original ou àquelas que lhe foram passadas. O agente deve, por ter de atuar diligentemente, buscar informações que ainda não tenham vindo a seu alcance, tentando, desse modo, captá-las e fornecê-las ao agenciado.⁶²⁴ Portanto, em razão do dever de diligência o artigo 712 do Código Civil, tem o agente de atuar de modo a conquistar para o agenciado as informações normais que um ordenado agente, em condições subjetivas e objetivas de atuação, repassaria.⁶²⁵ Sob os limites impostos pela boa-fé objetiva, cabe ao agente obter concretamente essas informações. Sua conduta, em face dos usos do tráfico e da natureza cooperativa de sua atuação, visa a proporcionar ao agenciado a ciência acerca de situações impossíveis ou extremamente difíceis de serem conhecidas.⁶²⁶

Nesse viés, integra o dever de diligência a realização, pelo agente, da análise das informações obtidas, a fim de constatar quais seriam ou não necessárias ao agenciado. Com vistas a uma atuação diligente e cooperativa para com o agenciado, deve, portanto, selecioná-las.⁶²⁷ Essas informações dar-lhe-ão um melhor conhecimento das condições do mercado ou de determinado cliente, vindo a alcançar, assim, maior efetividade na busca de seus interesses. Em consequência, o dever de informar será cumprido quando as informações captadas e transmitidas ao agenciado forem necessárias para que este alcance os seus interesses: maior penetração no mercado para distribuição de seus produtos ou serviços. Ou seja, as

Para os agentes de empresas estrangeiras, cresce de ponto a vinculação a informar, porque não podem elas ter o conhecimento do mercado e suas circunstâncias que as empresas internas costumam ter. Contam elas com o que lhes informa o agente. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 119. LARA GONZALES, 1998, p. 117-118, nota 142. TRIONI, 2006, p. 138. GHEZZI, 1970, p. 111.

⁶²³ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; RAMÍREZ, 2000, p. 199.

⁶²⁴ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 115 e p. 129.

⁶²⁵ Ibid., p. 114-115. Por tanto, el agente, como mínimo, habrá de disponer de aquella información considerada como «normal» en el sector en el que realice su actividad de promoción, analizando dicha normalidad en atención a la información que deberá obtener cualquier agente que realice su actividad de acuerdo con el módulo de diligencia que le es de aplicación.

⁶²⁶ Ibid., p. 131-132.

⁶²⁷ Ibid., p. 130-131.

informações não de ser as necessárias ao agenciado, não se tomando por base os seus critérios subjetivos, mas os critérios objetivos estabelecidos no tráfico.⁶²⁸

O agente, por dever atuar de modo diligente, tem de constatar a veracidade da informação de que tomou conhecimento.⁶²⁹ Esse dever, entretanto, potencializa-se em relação à informação sobre a solvabilidade e a credibilidade de determinado cliente. Contudo, a intensidade desse dever tem de ser ponderada com o de diligência. Veja-se a seguinte hipótese: um agente dotado de grande experiência profissional e notável organização empresarial promove a conclusão de contratos de altíssimo valor econômico. Aqui, o dever de informar ao agenciado é intensificado em decorrência das circunstâncias do caso e das condições do agente.⁶³⁰

A frequência com que as informações devem ser ministradas ao agenciado obedece a um limite auferido segundo os usos do tráfico e os ditames da boa-fé objetiva. Se ultrapassar esse limite ou for exigida com periodicidade não usual, fica assim afetada a autonomia do agente.⁶³¹ Vindo o agente a perder a sua autonomia e não sendo denunciado o contrato de agência, este poderá deixar de existir, transfigurando-se em contrato de trabalho de viajante ou praticista.⁶³² No caso de o agenciado exigir a toda e qualquer hora informações, extrapolando os limites compreendidos como razoáveis nos usos do tráfico e pela boa-fé, terá o agente um justo motivo para a denúncia do contrato.⁶³³

Some-se a isso o fato de que as informações devem ser prestadas em tempo útil.⁶³⁴ Havendo atraso e perdendo assim a utilidade para o agenciado, representam negligência do

⁶²⁸ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 120. «Por tanto, para determinar cuál es la información «necesaria» hay que centrarse decisivamente en los intereses del principal, lo cual además resulta de la obligación básica del agente de defender los intereses de éste. Pero esto no puede llevar a caer en el error de considerar determinante lo que el principal considere necesario subjetivamente, sino que más bien habrá que atenerse a proporcionar las «noticias necesarias» (*Die «erforderlichen Nachrichten»*), según un criterio objetivo (grifo da autora).

⁶²⁹ FORMIGGINI, 1958, p. 102-103. GHEZZI, 1970, p. 100 e p. 111. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 129. Em sentido contrário é a opinião de Saracini e de Toffoletto que consideram o ato de averiguar serem verdadeiras as notícias recolhidas estaria acima da capacidade e possibilidade materiais do agente. O que incumbiria ao agente, quanto a essa informação, é recolhê-la, transmiti-la ao agenciado, e este, pelos meios que possui, na maioria dos casos, se informar melhor. Para sustentar essa posição, os autores tecem a comparação entre o dever de informar do agente e do mediador (art. 1.759 do Código Civil italiano). Sustentam não se poder compreender que o dever de informar específico do agente, o qual desenvolve uma atividade estável, tenha de ser mais penetrante que o do mediador, o qual desenvolve uma atividade não-estável. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 254-255. TOFFOLETTO, 2008, p. 171.

⁶³⁰ SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 255-256. TOFFOLETTO, op. cit., p. 171.

⁶³¹ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 122. QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 135-136.

⁶³² REQUIÃO, R. E., 2007, p. 97. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 122.

⁶³³ QUITÁNS EIRAS, op. cit., p. 136.

⁶³⁴ TRIONI, 2006, p. 138.

agente, caracterizando descumprimento do dever de informar.⁶³⁵ Exemplo de informação prestada em atraso ocorre quando o agente descobre que um antigo cliente está em situação financeira difícil, não cumprindo com as obrigações perante outras empresas, e comunica ao agenciado essa situação somente depois de este ter concluído um contrato com o tal cliente. Ressalve-se, porém, que a obrigação de informar não se iguala, em proporção, à de um consultor, cujo dever principal reside justamente em prestar informação. Para o agente, o dever de informar é lateral, podendo estar inserto tanto no interesse de prestação como no de proteção. Desse modo, salvo no caso de ser incluída cláusula no contrato de agência ou haver contrato conexo, a atividade de coleta de informações não pode ser vista como um dever jurídico principal, nem secundário.⁶³⁶

Questão particular que surge à análise do dever de informar e de sua intensidade surge quando ao agente são outorgados poderes para agir à conta e em nome do agenciado. O fato de o agente ter poder de representação para, além de promover, concluir um contrato não lhe aufere a possibilidade de estipular cláusula diversa das instruções do agenciado, mesmo que entenda mais conveniente aos interesses desse, sem antes informá-lo. Do mesmo modo, o agente sem poder de representação não pode refutar um negócio com base na própria valoração, sem consultar o agenciado, que pode não aprovar tal postura. Por isso, o agente, em regra geral, deve repassar ao agenciado, a tempo, as informações que podem ser consideradas pertinentes aos seus interesses.⁶³⁷

Por ser um dever lateral inserto no interesse de prestação do agenciado, o descumprimento do dever de informar, em regra, não dá azo ao justo motivo para o exercício do direito formativo de denúncia, inculcado com base na alínea *o* do artigo 35 da Lei nº 4.886/65,⁶³⁸ somente dando ensejo a perdas e danos. Contudo, o seu descumprimento, em razão das circunstâncias do caso, pode dar ensejo à existência de justo motivo à denúncia do contrato. Isso se dará em decorrência da gravidade do inadimplemento perante a relação obrigacional, vindo a falhar a permanência na cooperação e excluindo-se a confiança ou

⁶³⁵ QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 133-134.

⁶³⁶ Ibid., p. 131. «Sin embargo, la selección y valoración de la información que ha de transmitirse al principal, no puede exigirse en tal medida que trascienda del deber de información propiamente dicho para convertirse en una obligación con entidad propia, que convertiría al agente en un verdadero «consultor y analista» dedicado a la emisión de informes sobre el mercado, lo cual si bien puede realizarse *de motu proprio* por el agente, no parece que pueda exigírsele con carácter de verdadera obligación, salvo que se pacte como una obligación accesoria a la principal de agencia o, incluso, como un contrato coaligado a este.»

⁶³⁷ TRIONI, 2006, p. 138. BASENGHI et al., 2008, p. 132.

⁶³⁸ Artigo 35, alínea *o*, da Lei nº 4.886/65. «Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: (...) c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial.»

quebrando-se o interesse do agenciado na manutenção do vínculo.^{639 e 640} Para se constatar se é grave ou não o inadimplemento do dever lateral, é preciso atentar para as circunstâncias do caso.

Exemplo a demonstrar a necessidade de se analisarem as circunstâncias do caso para se saber se há ou não justo motivo à denúncia do contrato de agência dá-se quando da transmissão de informação errônea por parte do agente ao agenciado. Sendo errônea a informação transmitida, o agente descumpru o dever de informar, dando existência a um ato ilícito relativo. Neste caso, se a informação errônea gerou dano ao agenciado, surge o dever de indenizar, e, dependendo da gravidade, haverá justo motivo à denúncia do contrato. Aqui, o ponto delicado é sabermos se pode haver justo motivo à denúncia do contrato por um único descumprimento do dever de informar ou o justo motivo somente restará configurado quando o descumprimento for reiterado. De regra, a doutrina sustenta haver a necessidade de ser reiterada a comunicação de informações errôneas para que advenha o justo motivo à denúncia do contrato por descumprimento do dever de informar. A repetição de informações errôneas é considerada a principal causa da configuração do justo motivo.⁶⁴¹ Mas, como bem chama a atenção Pontes de Miranda, é mister observar a gravidade decorrente do descumprimento, pois uma só informação errônea pode acarretar dano em proporção maior do que a soma de repetidas informações prestadas erroneamente.⁶⁴² Por esta feita, se a informação errônea causou dano considerável ao agenciado, levando à quebra da confiança no agente e à consequente perda de interesse na manutenção do contrato, haverá justo motivo ao exercício do direito de denúncia. Portanto, o que se tem de averiguar, de acordo com as circunstâncias do caso, quando da infração de um dever de informar, é se houve ou não dano causado. Este existindo, surge ao agenciado somente o direito de indenização por perdas e

⁶³⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XXXVIII, § 4.248, 3, p. 341-342.

⁶⁴⁰ TRIONI, 2006, p. 140. BASENGHI et al., 2008, p. 132-133. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 54. Em sentido contrário é a posição de Saracini e Toffoletto e de Baldi, que afirmam o dever de informar, salvo em raríssima exceção haver a possibilidade de configuração de justo motivo à denúncia do contrato de agência. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 250-251. BALDI, 2001, p. 163.

⁶⁴¹ FORMIGGINI, 1958, p. 102. GHEZZI, 1970, p. 100 e p. 111. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 144. LARA GONZALES, 1998, p. 296.

⁶⁴² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 46. *Tem-se discutido quanto à relevância do erro de informação ou da repetição de erros. Sem dúvida, a repetição dos erros de informação por parte do agente compõe, quase sempre, a figura da negligência, ou mesmo da inaptidão. O que se há de assentar é que um erro pode ser tão grave como muitos erros e por trás do alegado erro estar o dolo* (grifo nosso).

danos ou, em face da gravidade perante a relação obrigacional, o justo motivo à denúncia do contrato.⁶⁴³

Quanto aos gastos que o agente tenha no cumprimento do dever de informar, esses ficam por sua conta, conforme preceitua o artigo 713 do Código Civil.^{644 e 645} Contudo, se, para o cumprimento do dever de informar, tem o agente de realizar gastos que ultrapassem os padrões comezinhos do tráfico, ele deve ser reembolsado pelo agenciado, independentemente de existir disposição contratual expressa.⁶⁴⁶ *E.g.*, se o agente, para obter informação solicitada pelo agenciado, tem de contratar detetives para investigar se determinado cliente é um estroina e está a dissipar o patrimônio da empresa, em garito ou em conventilho, podendo comprometer o adimplemento de um contrato vultoso.⁶⁴⁷ O agente terá direito a uma remuneração em separado por essa atividade, se essa obrigação se transformar num dever principal, o que levaria à existência de um contrato misto: de agência e de informação. Esse corolário alcança-se por intermédio da interpretação extensiva do artigo 38 da Lei nº 4.886/65.⁶⁴⁸

O dever de informar também pode servir, exclusivamente, à relação contratual desenvolvida entre agente e agenciado. Nesse aspecto, o dever de informar está direcionado ao agente e ao agenciado para prestarem um ao outro informações, independentemente daquelas que o primeiro comunica ao segundo sobre as condições do mercado ou sobre determinado contrato ou cliente. O conteúdo dessa obrigação está calcado eminentemente nos ditames da boa-fé objetiva, de modo a que possa ser mantida a confiança recíproca entre os seus figurantes.⁶⁴⁹ Enquadra-se nessa particularidade, por exemplo, o dever de informar o

⁶⁴³ TRIONI, 2006, p. 143. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 145. O mesmo se entende, em termos gerais, da leitura de LARA GONZALES, 1998, p. 296-299.

⁶⁴⁴ Artigo 713 do Código Civil. «Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.»

⁶⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. ASSIS, 2005, p. 220. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 466, nota 862. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 251. QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 113. BASENGHI et al., 2008, p. 134.

⁶⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, § 4.769, 2, p. 45. ASSIS, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, § 4.769, 2, p. 45. ASSIS, *op. cit.*, p. 220.

⁶⁴⁸ Artigo 38 da Lei nº 4.886/65. «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.»

⁶⁴⁹ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; RAMÍREZ, 2000, p. 199. QUITÁNS EIRAS, *op. cit.*, p. 138.

impedimento temporário ou definitivo para o cumprimento do dever principal de promover a conclusão de contrato ao agenciado.⁶⁵⁰

Este dever lateral está inserto no interesse de proteção do agenciado, pois tem a função de impor ao agente uma conduta, durante todo o transcurso da relação contratual, de modo a não gerar danos ao patrimônio do agenciado.⁶⁵¹ O dever lateral nessa trajetória serve para que o agenciado, ao ser comunicado, tome medidas pertinentes para minimizar os efeitos decorrentes da impossibilidade temporária ou definitiva da atividade promocional do agente em sua zona de atuação.⁶⁵²

A esse ponto Pontes de Miranda atenta, exarando:

... se o agente sabe ou percebe que os negócios não podem marchar como se previa ao ser concluído o contrato de agência, tem o dever de informar a empresa agenciada, ou para reputar sem remédio a situação a sugerir o distrato ou a denúncia, ou para evitar que a empresa agenciada denuncie o contrato e o conclua com outra pessoa. Pode bem ser que a causa seja apenas pessoal, como se não há organização suficiente da empresa do agente e está esse, no momento, impedido da atividade agencial, inclusive por doença.⁶⁵³

Na hipótese de o agente vir a sofrer restrições, mas que não o impeçam de cumprir fidedignamente a obrigação atribuída, não há de informar ao agenciado, por exemplo, sobre situações pessoais ou internas da empresa.⁶⁵⁴

O não cumprimento desse dever, gerando direito a perdas e danos, ocorre se o agente não informar, em tempo hábil, o agenciado, para que esse possa tomar as medidas cabíveis em proteção ao seu patrimônio e aos seus interesses, ou se a informação não for fornecida.⁶⁵⁵

3. OS DEVERES DO AGENCIADO

Os deveres jurídicos do agenciado estão previstos em vários artigos. Entretanto, a grande maioria refere-se ao dever principal de remuneração. Para a perquirição desse dever é indispensável o incurso no Código Civil e na Lei nº 4.886/65, para se saber, em razão do

⁶⁵⁰ Esse dever de informar vem gravado no artigo 1747 do Código Civil italiano — «L'agente che non è in grado di eseguire l'incarico affidatogli deve dare immediato avviso al preponente. In mancanza è obbligato al risarcimento del danno» — e no artigo 11º do Decreto-Lei nº 178/86 — «O agente que esteja temporariamente impossibilitado de cumprir o contrato, no todo ou em parte, deve avisar, de imediato, o outro contraente».

⁶⁵¹ TRIONI, 2006, p. 152. GHEZZI, 1970, p. 125 e p. 129.

⁶⁵² MONTEIRO, 2004a, p. 83. BARATA, 1991, p. 78. QUITÁNS EIRAS, 2001, p. 138.

⁶⁵³ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45.

⁶⁵⁴ Ibid., § 4.769, 2, p. 45.

⁶⁵⁵ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 272-273.

artigo 721 do precitado Código, quais os artigos da predita Lei estão derogados. Em relação aos deveres secundários e laterais do agenciado, a legislação pátria é omissa. Por isso, é indispensável a incursão na cláusula geral da boa-fé objetiva, disposta no artigo 422 do Código Civil, e aos usos do tráfico.

3.1. O dever principal do agenciado: a remuneração a ser paga ao agente

O agente, pelo cumprimento de seu dever jurídico, tem o direito subjetivo à remuneração, compreendido como a contraprestação que o agenciado tem de prestar.

Entretanto, o Código Civil, quando utiliza o termo remuneração, emprega-o em seu conceito amplo. O conceito de remuneração, nesse sentido, abrange não só os ganhos que o agente obtém em contrapartida ao cumprimento dos atos de promoção de negócios concluídos pelo agenciado, usualmente chamada de comissão, como também todas as espécies de ganhos que auferir. Estes, em geral, são, *e.g.*, pelo cumprimento de deveres acessórios, gratificações por alcance de metas, reembolso dos gastos extraordinários e a indenização derivada da extinção sem justa causa do contrato por parte do agenciado.⁶⁵⁶

Nesse item do trabalho, são estudadas a remuneração que decorre especificamente do cumprimento do dever jurídico principal do agente e, num segundo plano, a remuneração decorrente do cumprimento de deveres secundários e dos gastos extraordinários que realizou o agente.

3.1.1. A remuneração pelo cumprimento do dever jurídico principal do agente: comissão

A remuneração pelo cumprimento do dever jurídico principal do agente, comumente denominada de comissão, é o dever jurídico principal do agenciado a ser adimplido ao primeiro, conforme preceitua o artigo 710 Código Civil, quando o agenciado conclui contrato com o cliente. Ela é a contraprestação que o agente obtém pelo desenvolvimento de seus atos.

⁶⁵⁶ MONTEAGUDO, 1997, p. 27. «El término «remuneración», lejos de constituir un concepto unívoco, incorpora una noción esencialmente relativa en la que, en principio, tienen cabida todas las sumas percibidas por el agente, v. gr.: retribuciones por el cumplimiento de su labor de intermediación, por la prestación de servicios accesorios, gratificaciones, reembolso de gastos, comisión de garantía, pero también indemnizaciones derivadas de la terminación del contrato, etc.» MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 211. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 221-222. FORMIGGINI, 1958, p. 51.

A remuneração é elemento essencial do contrato de agência, por ser este um contrato eminentemente oneroso.⁶⁵⁷ Destarte, o valor da remuneração, mesmo quando não fixado pelas partes contratantes, não permite concluir que as mesmas tenham querido excluí-la, tornando o contrato gratuito.⁶⁵⁸ No silêncio das partes, a remuneração será estabelecida com base nos usos do tráfico da zona na qual atua o agente,⁶⁵⁹ tal como preceitua o artigo 710 do Código Civil, ou, no caso de não existirem estes, será fixada por arbitramento amigável ou judicial,⁶⁶⁰ conforme estipulado no parágrafo único do artigo 658 do Código Civil.⁶⁶¹

A comissão pode apresentar várias modalidades, dependendo do sistema jurídico que se está a analisar e do exercício da autonomia privada conferida às partes.⁶⁶²

A mais usual é a comissão que consiste numa percentagem calculada sobre o valor total das mercadorias, conforme estabelece o § 4º do artigo 32 da Lei nº 4.882/65.⁶⁶³ Essa espécie de comissão tem a função de gerar no agente maior motivação para promover a conclusão de contratos em favor do agenciado, pois a sua existência se dá em proporção direta aos resultados alcançados pelo agenciado em decorrência de seu trabalho.⁶⁶⁴

Por o valor total de mercadoria⁶⁶⁵ se há de compreender o valor total do contrato concluído entre o cliente e o agenciado, ou seja, o valor bruto a ser pago pelo cliente ao

⁶⁵⁷ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 53.

⁶⁵⁸ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 211. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 221. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 53. GHEZZI, 1970, p. 130, nota 2. TOFFOLETTO, 2008, p. 193. TRIONI, 2006, p. 61. MONTEIRO, 2004a, p. 90. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 52. ASSIS, 2005, p. 222. GOMES, O., 1977, p. 448. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 226-227. MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 477. MÉGNIN, 2003, p. 210.

⁶⁵⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Câ. Especial. Ap. Cív. nº 25.516. Relator: Flávio José Bertin. J. 30 jan. 2001.

⁶⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 52. Se não houve cláusula expressa de retribuição, nem há uso do tráfico que a determine, a retribuição é devida, pois o contrato de agência é oneroso, e o caso resolve-se por arbitramento, que pode ser amigável ou judicial. ASSIS, op. cit., p. 222. GOMES, O., op. cit., p. 448. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 13-14. De modo semelhante quanto à aplicação dos usos para a fixação do valor da remuneração, mas diferente quanto ao modo de fixar a remuneração quando da ausência desse se dá, por exemplo, no Direito italiano (artigo 1.748 do Código Civil); no Direito português (artigo 15º do Dec.-Lei nº 178/86); no Direito espanhol (artigo 11 da Ley 12/1992); e no Direito francês (art. 5 da Lei de 25 junho de 1991).

⁶⁶¹ Parágrafo único do artigo 658 do Código Civil. Se o mandato for oneroso, caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será ela determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento.

⁶⁶² Para a perquirição detalhada dos modos de remuneração existentes no contrato de agência, analisar principalmente MONTEAGUDO, 1997, p. 33-46.

⁶⁶³ Parágrafo 4º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65. As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias.

⁶⁶⁴ MONTEIRO, 2004a, p. 92.

⁶⁶⁵ O termo mercadoria não foi bem empregado pelo legislador, pois o agente não promove somente a conclusão de contratos que tenham por objetos mediatos bens (mercadorias), mas também serviços.

agenciado, quando concluem o contrato.⁶⁶⁶ Portanto, da base de cálculo ao auferimento do montante da comissão a ser paga ao agente não se podem deduzir, por exemplo, o valor de impostos, os custos de produção e os lucros do agenciado, embutidos no preço.⁶⁶⁷ Quanto aos impostos, o ICMS não pode ser afastado, por estar embutido no valor do bem a ser repassado ao cliente. Essa é posição pacífica da maioria da jurisprudência dos Tribunais.⁶⁶⁸ Havendo cláusula contratual que exclua do cálculo da comissão o valor do ICMS, essa é nula.⁶⁶⁹ Somente quanto ao IPI é admissível a exclusão, pois este não faz parte do valor do produto.⁶⁷⁰

A porcentagem dessa comissão pode ter coeficiente diverso, se isso vier a ser estipulado pelas partes contratantes. Assim, podem os figurantes, por exemplo, estabelecer que, para os contratos concluídos e pagos à vista pelo cliente, será de 10% a comissão sobre o valor das mercadorias, e para os contratos concluídos para pagamento a prazo a comissão será de 5%. Isso está no âmbito da autonomia privada.

A comissão fixada com base num percentual sobre o valor bruto percebido pelo agenciado é que sói existir no tráfico. Isso se comprova, também, por ser a única forma de

⁶⁶⁶ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 116. “Por valor total das mercadorias entendemos ser o seu preço consignado na nota fiscal.” MEDEIROS, 2006, p. 57. “Preço da mercadoria, em sentido estrito, é a soma pecuniária a ser paga ao comprador.” Essa é a regra no direito francês e alemão, como ensina MÉGNIN, 2003, p. 206-207.

⁶⁶⁷ REQUIÃO, R. E., op. cit., p. 116. MEDEIROS, op. cit., p. 57. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70009179326. Relator: Ana Beatriz Iser. J. 23 mar. 2005. “[...] BASE DE CÁLCULO DE COMISSÕES. Descabe utilizar o preço da mercadoria deduzidos os impostos como base de incidência de percentual de comissão, pois a própria legislação atinente determina que a comissão deva ter por base de cálculo o valor total da mercadoria. [...]”

⁶⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 9ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 197059959. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza. J. 27 maio 1997. “[...]” 2. A partir do advento da Lei nº 8.420, de 08 de maio de 1992, a comissão devida ao representante comercial incide sobre o valor total da mercadoria nele se incluindo o ICMS por tratar de tributo indireto cujo valor está embutido no preço pago pelo consumido. [...]” Do mesmo modo é posição do Tribunal de Justiça de São Paulo, como, por exemplo, SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 19ª Câm. Dir. Priv. Ap. Cív. com Revisão, nº 1214834000. Relator: Paulo Hatanaka. J. 22 maio 2007; SÃO PAULO Tribunal de Justiça. 21ª Câm. de Dir. Priv. Ap. Cível com revisão, nº 3001569100. Relator: Silveira Paulilo. J. 28 fev. 2007.

⁶⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70031676687. Relator: Paulo Sérgio Scarparo. J. 29 out. 2009. “[...]” 3. A cláusula que prevê a exclusão dos tributos incidentes sobre o negócio para fins de cálculo da comissão do representante comercial é nula de pleno direito, porquanto afronta a norma contida no art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65. [...]”

⁶⁷⁰ MEDEIROS, op. cit., p. 58. SAAD, 2008, p. 70. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70025789058. Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli. J. 13 nov. 2008. “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. COMISSÕES. IPI. QUITAÇÃO. Caso em que o contrato de representação comercial firmado entre as partes expressamente previa que não seria incluído no valor total das vendas realizadas pelo representante, para calcular as comissões devidas, a parte referente ao IPI. Ademais, como o imposto não faz parte do valor do produto, aí já incluído seu custo de produção e o lucro do empresário, servindo este como base de cálculo para aquele, não se mostra crível que seja considerado para apurar a comissão do representante comercial. Por fim, a parte autora, quando da rescisão da avença, deu plena quitação da indenização a que fazia jus. RECURSO IMPROVIDO.”

remuneração regrada em lei. Contudo, não é a única existente. Nada impede que os figurantes do contrato venham a estabelecer uma comissão fixa.⁶⁷¹

Essa comissão, em contraposição a outra espécie identificada, remunera o agente não com base num percentual sobre o valor do contrato concluído pelo agenciado com o cliente, mas numa quantidade fixa. Pode também ser constituída com base na conclusão de contratos, não se levando em conta, contudo, o seu valor, pois está preestabelecido o valor, que pode ser igual para todas as classes de contratos concluídos, ou distinta.⁶⁷²

A outra hipótese de comissão fixa é aquela adimplida de forma periódica, independentemente de ter sido concluído contrato pelo agenciado.⁶⁷³ Essa forma de comissão do agente não tem gerado grande análise pela doutrina, em razão de ser uma forma de contraprestação mais característica do contrato de trabalho de viajante e praticista, regulada pela Lei nº 3.207/57. Isso tem levado, não só aqui, mas em outros sistemas jurídicos, à reticência em admiti-la, pelo fato de se compreender a eliminação do risco ínsito à atividade do agente, o que levaria à caracterização de contrato de trabalho.⁶⁷⁴

Não se pode considerar correto esse entendimento.

Primeiro, faz-se necessário frisar que não se pode confundir o risco da atividade com o risco derivado da falta de conclusão de contratos concluídos pelo agente.⁶⁷⁵ O último, em contraposição ao primeiro, não é elemento essencial ao contrato de agência, pois o risco de perda do direito à comissão, por não ser concluído contrato pelo agenciado, é elemento natural.⁶⁷⁶ A diferença é que, nessa hipótese, o risco, por não ser alcançado o resultado, recai somente sobre o agenciado.⁶⁷⁷

Ademais, é forçoso atentar para o fato segundo o qual somente por ter sido fixado um mínimo mensal de remuneração ao agente não há de se afirmar que o contrato de agência passou a ser de trabalho. Não basta a ocorrência de apenas um dos elementos caracterizadores

⁶⁷¹ MONTEAGUDO, 1997, p. 39. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 227. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 52. DINIZ, 2005, p. 419. GONÇALVES, 2006, p. 440. GOMES, O., 1977, p. 447.

⁶⁷² MONTEAGUDO, 1997, p. 34. NADER, 2005, p. 432.

⁶⁷³ MONTEAGUDO, op. cit., p. 34. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 340-341. TRIONI, 2006, p. 64-65. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 40-41 e p. 188. FORMIGGINI, 1958, p. 90. QUITÁNS EIRAS, 2000, p. 227-228. CERAMI, 1958, p. 878.

⁶⁷⁴ BALDI, 2001, p. 178. ROTONDI; ROTANDI, 2004, p. 61. TEPEDINO, 2008, p. 321-322. ACHILLI et al., 2006, p. 221-222. BASENGHI et al., 2008, p. 27.

⁶⁷⁵ MONTEAGUDO, op. cit., p. 39.

⁶⁷⁶ MONTEAGUDO, op. cit., p. 39, p. 39-40. SARACINI; TOFFOLETTO, op. cit., p. 127 e p. 341. TRIONI, op. cit., p. 65.

⁶⁷⁷ TRIONI, op. cit., p. 65.

do contrato de viajante ou pracista para que esse reste configurado. Para que o contrato de agência venha a ser transformado em contrato de trabalho (viajante ou pracista), deve haver a conjunção dos elementos do suporte fático do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho com os artigos da Lei nº 3.207/57.⁶⁷⁸ A comissão fixa é um critério a identificar o contrato de viajante ou pracista em contraposição ao de agência, mas não o único.⁶⁷⁹ Portanto, não há como excluir a possibilidade da existência da comissão fixa no contrato de agência.⁶⁸⁰

A comissão fixa pode ser estabelecida juntamente com a comissão auferida sobre um percentual estabelecido sobre o valor dos contratos concluídos pelo agenciado. Neste caso, tem-se a chamada comissão mista.⁶⁸¹ Ou seja, juntamente com a comissão percebida em contraprestação aos contratos concluídos entre o agenciado e o terceiro, por atividade do agente, esse percebe uma remuneração de forma periódica e em quantidade preestabelecida.

Outra forma de comissão mista possível de ser estabelecida pelos contraentes é a chamada comissão mínima.⁶⁸² Essa espécie é praticamente igual à comissão fixa, pois é percebida pelo agente de forma fixa e periódica, independentemente de terem sido concluídos contratos pelo agenciado, tendo como causa a atividade de promoção praticada pelo agente.⁶⁸³ Entretanto, a diferença existe entre ambas quando é estabelecida a comissão mínima, pois, nessa modalidade, se obtiver o agente um valor maior em comissões por causa do número de contratos concluídos pelo agenciado em contraposição ao valor da comissão mínima estabelecida, ele receberá exclusivamente a comissão baseada em porcentagem, sendo afastada a comissão mínima.⁶⁸⁴ Esta forma de comissão visa a garantir ao agente o recebimento incondicionado de uma remuneração e o recebimento de comissões, quando não

⁶⁷⁸ MONTEAGUDO, 1997, p. 38-39. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 41, nota 122.

⁶⁷⁹ MONTEAGUDO, op. cit., p. 39.

⁶⁸⁰ A essa possibilidade já atentava Pontes de Miranda ao declarar que: «A remuneração fixa é um dos elementos com que se diferencia do agente, propriamente dito, o agente-empregado; mas, a despeito da relevância do elemento, pode haver o agente, propriamente dito, com remuneração fixa, quase sempre remuneração mínima para o mínimo de promoções eficientes» (PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.763, 2, p. 25).

⁶⁸¹ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 188. «In linea generale possono distinguersi almeno tre sistemi misti di remunerazione dell'agente: una cifra fissa più le provvigioni; un minimo fisso di acconto sulle provvigioni che matureranno; un minimo fisso garantito (nel senso che lo stesso spetta anche nel caso in cui le provvigioni effettivamente maturate non coprano l'importo fisso).» MONTEAGUDO, 1997, p. 43. MÉGNIN, 2003, p. 205 e p. 207. GOMES, O., 1977, p. 447. TEPEDINO, 2008, p. 322. NADER, 2005, p. 431.

⁶⁸² MONTEAGUDO, op. cit., p. 43.

⁶⁸³ Ibid., p. 43.

⁶⁸⁴ Ibid., p. 43. «[...] la modalidad objeto de análisis se caracteriza, además, porque cuando esta labor reporta al agente comisiones (por la conclusión de concretos actos u operaciones de comercio) en cuantía superior al importe de la comisión mínima, aquél recibirá exclusivamente esta última cuantía superior.»

for concluído pelo agenciado um número mínimo de contratos que alcance determinado patamar e também mínimo estabelecido pelos contratantes.⁶⁸⁵

3.1.1.1. O surgimento do direito à comissão e as modalidades de constituição desse direito

O problema que ora se apresenta quanto à remuneração por negócios concluídos está em se saber o momento no qual surge o direito à comissão correlato ao dever de a adimplir por parte do agenciado.

Com a eficácia do contrato de agência, o agente tem por dever e obrigação principal promover a conclusão de contratos entre o agenciado e um terceiro. Em correlação ao dever e à obrigação do agente, o agenciado tem direito e pretensão a essa promoção, conforme preceitua o artigo 710 do Código Civil. Sendo o contrato de agência válido, dá-se o surgimento imediato desses efeitos jurídicos. Ocorre assim a eficácia imediata.⁶⁸⁶

Diversamente ocorre com o direito à remuneração por parte do agente.

Essa eficácia não é imediata ou instantânea, na medida em que, pela regra do artigo 714 do Código Civil,⁶⁸⁷ tal direito há de emergir somente quando for concluído o negócio que lhe incumbe promover entre o agenciado e o terceiro. Dissentimos da posição doutrinária⁶⁸⁸ exarada no sentido de que o direito à comissão exsurge ao agente pelo simples cumprimento do dever jurídico principal, independentemente de ser concluído ou não o contrato. Do mesmo modo, dissentimos da posição doutrinária⁶⁸⁹ e jurisprudencial que ainda sustenta, mesmo após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e com base no *caput* do artigo 32 da Lei nº 4.886/65,⁶⁹⁰ derogado tacitamente em decorrência do artigo 721 do Código Civil, somente nascer o direito à comissão quando adimplido pelo cliente o contrato entabulado com o agenciado.

⁶⁸⁵ MONTEAGUDO, 1997, p. 43-44.

⁶⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo V, § 533, 1, p. 78. Marcos Bernardes de Mello adjetiva esta eficácia de *instantânea* (MELLO, 2004, p. 49).

⁶⁸⁷ Artigo 714 do Código Civil. "Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência."

⁶⁸⁸ ASSIS, 2005, p. 221-222.

⁶⁸⁹ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 112. TEPEDINO, 2008, p. 331. SAAD, 2008, p. 66. RIZZARDO, 2004, p. 745.

⁶⁹⁰ Artigo 32 da Lei nº 4.886/65. "O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas."

O artigo 714 do Código Civil deixa claro que o direito à comissão nasce dos negócios concluídos pelo agenciado. Desse modo, não é suficiente o adimplemento, por parte do agente, de seu dever de promover a realização de negócios para vir à tona o direito à remuneração, nem estabelece o precitado artigo a obrigação de vir a ser adimplido o contrato pelo cliente. O que estabelece como requisito é que seja concluído o contrato entre o cliente e o agenciado.⁶⁹¹

A regra jurídica do artigo 714 do Código Civil, entretanto, é dispositiva. Podem os figurantes do contrato estipular que o direito à remuneração surja pelo simples cumprimento do dever jurídico principal do agente independentemente da conclusão do contrato, bastando a captação do convite à proposta ou a proposta dirigida ao agenciado ou, ainda, estabelecer que o direito à remuneração só advenha quando do adimplemento do contrato pelo terceiro, como estabelecia o hoje derogado *caput* do artigo 32 da Lei nº 4.886/65. Porém, quando o agente e o agenciado não afastam a incidência do artigo 714 do Código Civil, estipulando disposição em contrário, esta incide, sim.⁶⁹² Desse modo, o agenciado terá o dever de adimplir a comissão ao agente quando concluído o contrato.

Assim, caracterizada a omissão do agente e do agenciado, ao pactuarem os direitos e deveres, fica estabelecido, por incidência do artigo 714 do Código Civil, que o surgimento do direito e do correlato dever à remuneração está suspenso até ser concluído o contrato entre o agenciado e o terceiro. Nesse caso, o direito e o correlato dever à remuneração estão condicionados à existência, no mundo jurídico, do contrato entre o cliente e o agenciado. Essa condição, decorrente da eficácia do artigo 714 do Código Civil, não é condição em sentido próprio, tal como empregado pelo artigo 121 do Código Civil,⁶⁹³ mas *condictio iuris*, pois a suspensividade da aquisição do direito à remuneração advém da lei, e não da vontade das partes.⁶⁹⁴ Somente haveria condição suspensiva no sentido do artigo 121 do Código Civil se os figurantes do contrato de agência afastassem a eficácia da regra jurídica do artigo 714 do Código Civil, pois se trata de regra jurídica dispositiva, e estipulassem o surgimento do direito

⁶⁹¹ Mesmo sem uma análise do artigo 714 do Código Civil, Maria Helena Diniz também sustenta que, ao nascimento do direito à comissão, basta a conclusão do contrato entre o agente e o agenciado (DINIZ, 2005, p. 418-419).

⁶⁹² Sobre regra jurídica dispositiva, consultar: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I, § 18, 3, p. 61-64.

⁶⁹³ Artigo 121 do Código Civil. "Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto."

⁶⁹⁴ Sobre a natureza da *condictio iuris* e as posições aqui exaradas, toma-se por base os ensinamentos doutrinários de PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo V, § 541, 5, p. 111-114 e PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo LVI, § 5.700, 3, p. 239-240.

e do correlato dever à remuneração somente com o adimplemento do contrato por parte do cliente. Nesse caso, haveria condição suspensiva em sentido próprio, pois há convergência de suas vontades ao advento desses efeitos jurídicos.

Assim, não sendo afastada a eficácia do artigo 714 do Código Civil, ao ser concluído o negócio entre o agenciado e terceiro, o agente tem direito à comissão. Esse direito, mesmo que sem pretensão, por já existir, permite ao agente realizar os atos tendentes à sua conservação. Esse direito também pode ser cedido, herdado ou penhorado.⁶⁹⁵

Da análise do artigo 714 do Código Civil, duas modalidades, sob as quais podem ser constituídos o direito do agente à comissão e o correlato dever do agenciado ao pagamento, apresentam-se: a) direta, e b) indireta.⁶⁹⁶

O direito à comissão na modalidade direta está implícito no artigo 714 do Código Civil. Surge quando o contrato concluído pelo agenciado tenha tido como causa a atividade de promoção do agente. Deve haver, portanto, o nexa causal entre a atividade de promoção do agente e a conclusão do contrato.⁶⁹⁷ Entretanto, o nexa causal existente não há de ser exclusivo e o único determinante para a conclusão do contrato.⁶⁹⁸ O âmbito de participação do agente na conclusão do contrato a permitir o advento do direito à comissão não necessita ser predominante, bastando que a conclusão do contrato, independentemente da intensidade, tenha tido a interferência de sua atividade de promoção.⁶⁹⁹ É preciso que a atividade do agente tenha sido uma concausa à conclusão do contrato.⁷⁰⁰ Assim, se o contrato entre o agenciado e o cliente estava já preparado, mas foi concluído somente depois de existir o contrato de agência, sem ter tido qualquer atuação do agente, não se pode pensar em direito à comissão.⁷⁰¹

⁶⁹⁵ MONTEAGUDO, 1997, p. 164.

⁶⁹⁶ Esses dois modos ao advendo do direito à comissão são assim reconhecidos no direito alienígena. *E.g.*, no Direito italiano (artigo 1.748 do Código Civil); no Direito espanhol (artigo 12 da Ley 12/992); no Direito português (artigo 16º do Dec.-Lei nº 178/86).

⁶⁹⁷ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 259. BALDI, 2001, p. 187. TRIONI, 2006, p. 157. MONTEIRO, 2004a, p. 92.

⁶⁹⁸ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 259.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 260.

⁷⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.778, 1, p. 82. SCHMIDT, 1997, p. 764-765. MONTEAGUDO, 1997, p. 112-113. Do mesmo modo que, no contrato de mediação, podem ser transpostos e aplicados com exatidão ao contrato de agência os ensinamentos de Pontes de Miranda sobre o nexa causal da atividade mediatrix no contrato de mediação: ãa atividade determinante da conclusão do negócio jurídico não precisa ser somente a do mediador. Basta que essa seja uma das causas. A exigência é a de a mediação ser concausa, mesmo porque não poderia ser a causa únicaã (PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIII, § 4.716, 12, p. 260).

⁷⁰¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.778, 1, p. 82.

O nexu causal não deixa de existir, permitindo nascer o direito de comissão pela modalidade direta, mesmo sem a intervenção do agente, se o agenciado conclui contrato com cliente anteriormente aportado por atuação do agente.⁷⁰² Nessa hipótese, há de se distinguir a clientela aportada pelo agenciado da clientela aportada pelo agente em favor do agenciado. Na última hipótese, não há como se alegar, para fins de advento do direito à comissão, a inexistência de nexu causal entre a atividade agencial e a conclusão do contrato.⁷⁰³

Não importa à configuração do nexu causal o lugar da conclusão ou da execução do contrato, mas que o cliente pertença à zona de atuação incumbida ao agente.⁷⁰⁴

O surgimento do direito à comissão pela modalidade indireta ocorre quando da conclusão de contrato entre o agenciado e o terceiro, na zona de atuação exclusiva do agente, independentemente de sua interferência. Nessa modalidade, não está obrigado o agente a ter realizado os atos de promoção à conclusão de contrato. Ou seja, não há necessidade, ao contrário da modalidade direta, de haver nexu causal entre a sua atividade de promoção e a conclusão do contrato.⁷⁰⁵

O que importa à modalidade indireta de constituição de direito à comissão é a exclusividade do agente, que pode referir-se a determinado espaço geográfico ou a um círculo determinado de clientes. Mesmo que, no suporte fático do artigo 714 do Código Civil, não conste a exclusividade, outra não pode ser a interpretação a permitir que se sustente a vinculação dessa como pressuposto à comissão indireta. Essa posição alcança-se da interpretação sistemática dos artigos 711 do Código Civil⁷⁰⁶ com o *caput* do artigo 31 da Lei nº 4.886/65.⁷⁰⁷ No primeiro, a exclusividade recíproca entre agente e agenciado é a regra no contrato de agência. No *caput* do artigo 31 da Lei nº 4.886/65, reconhece-se o direito do agente a perceber a remuneração, independentemente de ter sido concluído contrato pelo agenciado ou por intermédio de terceiro, quando existente a exclusividade do agente em sua zona de atuação. Desse modo, o artigo 714 do Código Civil estabelece, como regra, a

⁷⁰² MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 262. PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.778, 1, p. 82-83. TEPEDINO, 2008, p. 320.

⁷⁰³ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 262. MONTEIRO, 2004a, p. 93.

⁷⁰⁴ BALDI, 2001, p. 186-187.

⁷⁰⁵ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 270. MONTEIRO, op. cit., p. 94.

⁷⁰⁶ Artigo 711 do Código Civil. ãSalvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.ö

⁷⁰⁷ Artigo 31 da Lei nº 4.886/65. õPrevedo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, ou quando este for omissivo, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros.ö

modalidade de constituição do direito à comissão pela via indireta, pois a regra no contrato de agência é a exclusividade, tal como está disposto no artigo 711 do Código Civil.⁷⁰⁸

Como o artigo 711 do Código Civil também é regra jurídica dispositiva, o mesmo pode ter sua eficácia afastada, caso os figurantes do contrato afastem a exclusividade do agente. Se isso ocorrer, o agente somente terá o direito à comissão pela modalidade direta. Nessa hipótese, entende-se afastada a modalidade indireta, por não haver mais a exclusividade de atuação do agente. Mesmo sendo mantido o direito de exclusividade, se os figurantes afastarem a eficácia do artigo 714 do Código Civil, somente exsurgerà o direito à comissão pela modalidade direta. Nessa hipótese, a vantagem ao agente não concerne à constituição do direito de comissão, mas à maior proteção contra a conclusão direta de contratos por parte do agenciado ou terceiro na zona de atuação do agente.

Sendo mantida pelas partes a eficácia do artigo 714 do Código Civil, basta que o contrato venha a ser concluído dentro da zona de atuação do agente, ainda que sem a sua interferência, para que nasça o direito à comissão. Contudo, embora nessa modalidade não haja a dificuldade de perquirir a existência do nexo causal entre a atividade do agente e a conclusão do contrato, outras situações, principalmente ao se referirem à zona de atuação do agente, geram dúvidas de não menor importância.

Na hipótese de pessoa jurídica, cliente do agenciado, ter filiais em diferentes zonas, cada uma delas estando a cargo de um agente em exclusividade, produz a pergunta: a qual agente cabe o direito à comissão? Há de se utilizar o critério do domicílio da pessoa jurídica que formou o contrato, aplicando-se o disposto no § 1º do artigo 75 do Código Civil.^{709 e 710} Assim, se a filial de determinada pessoa jurídica está situada na zona de atuação exclusiva do agente A, a sede fica na zona de atuação exclusiva do agente B e o contrato for concluído na primeira zona, tem direito à comissão o agente A. De igual modo, sendo concluído contrato na zona reservada ao agente, mas o cliente, por ser pessoa jurídica, tem filial em outra zona e nessa é que tem de ser cumprida a obrigação, o direito à comissão é do agente da zona onde o contrato foi concluído.⁷¹¹

Outra hipótese de conflito para se saber a quem pertence o direito à comissão surge quando um cliente é captado por um agente em exclusividade e esse cliente altera o seu

⁷⁰⁸ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1002.

⁷⁰⁹ Parágrafo 1º do artigo 75 do Código Civil. "Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados."

⁷¹⁰ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 270-271.

⁷¹¹ Ibid., p. 271.

domicílio para uma zona exclusiva de outro agente do mesmo agenciado. Nesse caso, mantém-se a regra da zona onde foi concluído o contrato. Portanto, embora tenha havido a intervenção do agente em cliente situado em zona de atuação exclusiva de outro agente, o nexos causal de sua atividade segue não importando, pois, se o contrato é concluído na zona exclusiva de outro agente, é a este que há de pertencer o direito à comissão.⁷¹² Desse modo, se o cliente foi angariado pelo agente A, mas veio a concluir o contrato, por ter mudado de domicílio, na zona em exclusividade do agente B, o direito à comissão pertence ao último. Outra não pode ser a solução, porque, de outro diverso, haveria a possibilidade de ocorrer invasões de zona, gerando-se violações das obrigações dos agentes.⁷¹³

3.1.1.2. Da proteção à legítima expectativa do agente ao advento do direito à remuneração

Como o advento do direito e do correlato dever à comissão depende de um acontecimento futuro e incerto da *condicio iuris* conclusão do contrato entre o agenciado e o cliente, há, nesse caso, uma situação de pendência e de incerteza ao advento do direito à comissão, comparável à que surge com a condição em sentido próprio.⁷¹⁴

Não se pode pensar em condição suspensiva pelo fato de que a regra jurídica do artigo 714 do Código Civil é dispositiva. Por ser regra jurídica dispositiva, não se pode pressupor que, na hipótese de os figurantes do contrato não terem afastado incidência dessa regra, exista um querer presumido⁷¹⁵ e, para o caso, portanto, haja uma condição suspensiva. A regra jurídica de natureza dispositiva não presume vontade dos figurantes;⁷¹⁶ incide para não deixar

⁷¹² MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 279. Em sentido contrário é a posição de Pinto Monteiro, que, baseado no artigo 17 do Dec.-Lei nº 178/86, sustenta ser o direito à comissão do agente que angariou o cliente e não daquele que conclui o contrato. Mas também reconhece que, em certos casos, o direito pode ser repartido entre ambos (MONTEIRO, 2004a, p. 97-98).

⁷¹³ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 272 e p. 279.

⁷¹⁴ LARENZ, 1978, p. 679-680.

⁷¹⁵ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo I, § 18, 3, p. 61. "Todavia, daí não se tire que se põs, no conteúdo de tais regras jurídicas, vontade: pôs-se lei, que tem a algo como vontade. O legislador adotou, como regra jurídica, porém não necessariamente, o normal, ou, melhor, o que ele acreditou ser o normal. Nunca se deve lançar mão do argumento de que o direito dispositivo é o que corresponde ao querer presumido, ou presumível, dos interessados ou do interessado: primeiro, porque pode ter inspirado ao legislador outro interesse, ou motivo; segundo, a regra jurídica dispositiva incide, ainda se o interessado ou os interessados desconheciam a lei, ou não a interpretaram bem, ou julgaram ser de incidir uma regra jurídica, em vez de outra."

⁷¹⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 18, 3, p. 61.

sem regramento o que seria de se esperar que houvesse regramento,⁷¹⁷ e somente incide quando da ausência de manifestação de vontade contrária dos figurantes.⁷¹⁸

Se os figurantes do contrato de agência, quando da sua conclusão, não afastaram o disposto no artigo 714 do Código Civil, o qual é regra jurídica dispositiva, para regradar de modo diverso o advento do direito à comissão do agente, mantiveram intrínseco ao contrato a *condicio iuris* preceituada no precitado artigo. O contrato permanece puro e simples.⁷¹⁹ Igualmente será mantida a *condicio iuris*, mesmo que os figurantes do contrato tenham concluído cláusula, tal como dispõe o artigo 714 do Código Civil.⁷²⁰ Nesse caso, não há condição; só aparência de condição.⁷²¹

Às *condicio iuris* não se aplicam os artigos 121 a 130 do Código Civil, referentes à condição suspensiva.⁷²² Desse modo, aplicando-se esses entendimentos ao contrato de agência, no período pendente ao advento da *condicio iuris* (conclusão do contrato entre agenciado e terceiro), não tem o agente, em sua esfera jurídica, o direito expectativo de adquirir o direito à comissão, sendo o último direito expectado, por não se aplicar ao caso o artigo 130 do Código Civil. Entretanto, por confiar na conduta do agenciado de que irá aceitar a proposta a ele dirigida, o agente tem a legítima expectativa de que o contrato será concluído, exurgindo-lhe o seu direito à comissão. Essa expectativa, por ser legítima, não é desprotegida pelo Direito.

Quando o agente conclui contrato com o agenciado, ele tem a legítima expectativa, ou seja, a confiança, de que, se captar proposta em consonância com as instruções do agenciado,

⁷¹⁷ PONTES DE MIRANDA, 1983, Tomo I, § 18, 3, p. 62.

⁷¹⁸ Ibid., § 18, 3, p. 63.

⁷¹⁹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo LVI, § 5.700, 3, p. 239. *õA condicio iuris é parte da figura jurídica, e não da declaração em si. Condiciones quae insunt, que vêm intrínsecas; mas intrínsecas à própria figura. Por isso, a vontade não inexa qualquer determinação: condição tacite inest. O negócio jurídico, a despeito dela, é puro e simples; porque ela lhe dá o ser. Se ele intervém, não há escolha, arbitrariedade, vontade do figurante, ou dos figurantes, de condicionar. Não poderia ser tratada como condição. Se ela intervem, não há escolha, arbitrariedade, vontade do figurante, ou dos figurantes de condicionar. Não poderia ser tratada como condiçãoõ (grifos do autor).*

⁷²⁰ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo LVI, § 5.700, 3, p. 239. *õA figura jurídica é que supõe a existência ou realização posterior do fato. Por isso mesmo, ainda que o declarante creia e diga ter escolhido, ter condicionado, em verdade não condicionou. Exemplos: lego a A, se ele for vivo; deixo a B, se ele for capas de herdar. A lei, compondo a figura jurídica, cria as condiciones iuris. O querer, que as recria, nada obtém. É enunciado supérfluo: existiria a ÷condiçãoø (lato sensu), ainda que ele não ocorresse.õ FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. Traducción José Maria Miguel González, Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 794. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. Traducción Blas Pérez González, José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954, v. 1, t. 2, § 182, II, 2, p. 326.*

⁷²¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo LVI, § 5.700, 3, p. 239-240. *õSão condiciones supervacuae, como diziam os juristas romanos. Só na aparência são condiçõesõ (grifo do autor).*

⁷²² PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo V, § 541, 5, p. 111-112.

esse irá concluir o contrato e ele irá adquirir o direito à comissão. Contudo, ainda que o agente tenha somente a expectativa de vir o agenciado a aceitar a proposta para concluir contrato e, em razão disso, adquirir o direito à comissão, essa, por ser legítima, não pode vir a ser frustrada pelo agenciado em função do dever lateral de lealdade⁷²³ imposto pela boa-fé objetiva.⁷²⁴ A proteção da legítima expectativa do agente, de que será aceita a proposta do cliente encaminhada ao agenciado, vem assentada no artigo 716 do Código Civil,⁷²⁵ ao estabelecer que a remuneração é devida, ou seja, que surge o direito à comissão, também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputado ao agenciado. Desse modo, pode-se afirmar que a legítima expectativa do agente vem protegida contra o não implemento da *condicio iuris* (conclusão do contrato) quando é descumprido o dever lateral de lealdade por ato imputado ao agenciado (falta de motivo plausível à não conclusão do contrato), ensejando o surgimento do direito à comissão, conforme estabelece o artigo 716 do Código Civil.

Um exemplo de fato imputável ao agenciado, que dá causa ao advento do direito à remuneração, ocorre quando não é concluído o contrato com o terceiro, sem razões para tanto, isto é, sem justa causa, conforme estabelece o artigo 715 do Código Civil.⁷²⁶

Como o direito à conclusão de contrato inserto na esfera jurídica do agenciado, quando da recepção da proposta realizada pelo cliente, é um direito formativo gerador, espécie de direito potestativo,⁷²⁷ ele tem o direito de praticar o ato jurídico *stricto sensu* da aceitação, para gerar negócio jurídico ou não.⁷²⁸ Ou seja, tem o poder de exercer o direito formativo gerador de aceitar ou não a proposta do cliente. Não está, perante o cliente, obrigado a aceitar

⁷²³ SILVA, 2002, p. 75. *Os deveres de lealdade* são aqueles que adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos, anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contratou ou nele legitimamente sustentadas (grifos do autor).

⁷²⁴ MONTEAGUDO, 1997, p. 155. *“(...) el principio general de buena fe determina en el agente la expectativa y la confianza en que el empresario aceptará las propuestas de contrato cuando éstas se ajusten a sus propias instrucciones.”*

⁷²⁵ Artigo 716 do Código Civil. *“A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente.”*

⁷²⁶ Artigo 715 do Código Civil. *“O agente ou distribuidor tem direito à indenização se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas ou reduzi-lo tanto que se torna antieconômica a continuação do contrato.”*

⁷²⁷ Para a análise do conceito de direito formativo e suas espécies, consultar: PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo V, § 583-584, p. 305-313. MENEZES CORDEIRO, 2005, p. 335-338. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003, v. 1, p. 12-19. MOTA PINTO, 2005, p. 183-184. LARENZ, 1978, p. 281-284.

⁷²⁸ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 583, 2, p. 306.

a sua proposta, pois o último se encontra em estado de sujeição perante o agenciado.⁷²⁹ Entretanto, perante o agente, esse poder de não concluir não pode ser exercido sem motivos justificados, pois, assim sendo, estará atuando contrariamente à boa-fé (dever lateral de lealdade) e à finalidade econômica do contrato de agência.

O contrato de agência tem por finalidade primacial fazer com que o agenciado aumente o número de conclusão de contratos em determinada zona, propiciando o aumento de seu lucro. Obtê-lo depende, portanto, do êxito dos atos promocionais realizados pelo agente. Esse êxito refletir-se-á na proposta do terceiro à conclusão do contrato. O agente deve realizar os seus atos da melhor maneira possível, pois, quanto mais contratos o agenciado concluir, maior será o seu ganho. Os ganhos a serem auferidos, tanto pelo agente como pelo agenciado, dependem da conclusão desses contratos. Essas características demonstram a relevância da conduta cooperativa que deve permear a execução do contrato de agência. Desse modo, não pode o agenciado recusar, sem justa causa, as propostas ou os convites às propostas que lhe são encaminhadas pelo agente. Se as propostas atendem ao fim do contrato e às legítimas expectativas do agenciado, e não há aceitação baseada em motivo plausível para tanto, o agenciado vai contra a própria finalidade de sua atividade de empreendedor empresarial, ocasionando o descumprimento do dever lateral de lealdade e afetando a confiança para com o agente.⁷³⁰ Realizará um ato-fato ilícito relativo, na forma do artigo 187 do Código Civil,⁷³¹

⁷²⁹ Para a análise do conceito de estado de sujeição, consultar: MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 357-358. ANDRADE, op. cit., p. 16-19. MOTA PINTO, op. cit., p. 185-186. LARENZ, op. cit., p. 265-266.

⁷³⁰ ACHILLI et al., 2006, p. 226-227. «La malafede in questo caso consiste precisamente nel realizzare un comportamento opposto alla causa contrattuale: il preponente ha stipulato un contratto di agenzia primariamente per accrescere le proprie vendite e, quindi, il non accettare una proposta conveniente, significa non consentire che si realizzi la finalità per quale si è stipulato il contratto. Tale atteggiamento, anche se si realizzasse in buona fede, per carenza di uno specifico *animus nocendi*, comunque rappresenterà un comportamento sleale, che realizzerà quindi un inadempimento del preponente.» SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 294. «Non è certamente un comportamento in buona fede, e men che meno leale, esercitare poteri potestativi in modo capriccioso, quale non accettare le proposte transmesse dall'agente, solo al fine di spingere l'agente a recedere dal contratto, sottraendo il preponente dall'obbligazione di corrispondergli il preavviso o la relativa indennità. E la slealtà deriva proprio dal realizzare un comportamento contrario alla causa contrattuale: il preponente ha stipulato un contratto di agenzia principalmente per aumentare le proprie vendite: il non accettare una proposta conveniente, significa non consentire che si realizzi la finalità per la quale si è stipulato il contratto. E tale comportamento, anche se si realizzasse in buona fede, per carenza di uno specifico *animus nocendi*, comunque rappresenterà un comportamento sleale, che realizzerà quindi un inadempimento del preponente.» BALDASSARI, 2003, p. 370. BALDI, 2001, p. 193. BASENGHI et al., 2008, p. 161. FORMIGGINI, 1958, p. 18-29; p. 35-38. TRIONI, 2006, p. 157. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1006. TEPEDINO, 2008, p. 326-327.

⁷³¹ Por se tratar de ato-fato ilícito relativo o não exercício do direito formativo gerador de aceitação sem motivo justificado por parte do agenciado, considera-se desarrazoada a posição defendida por Humberto Theodoro e Adriana Theodoro Mello em necessitar haver culpa à existência do abuso de direito. Basta que o direito venha a ser exercido de modo contrário a boa-fé, ou seja, contrário ao direito e seja imputável ao agenciado, para existir o ato-fato ilícito (THEODORO JÚNIOR et al., op. cit., p. 1006).

agindo contra o fim econômico do contrato, contra a boa-fé objetiva e a confiança.⁷³² Nesse caso, por eficácia, o ato-fato ilícito praticado estará concretizado o artigo 716 do Código Civil, adquirindo o agente o direito à comissão. Ademais, com base no artigo 715 do Código Civil, terá o agente direito à indenização pelo dano causado, por ser afetada a sua confiança perante o cliente que captou para o agenciado. Dependendo da reiteração ou em razão da gravidade de uma única conduta desleal do agenciado, terá o agente, também, o justo motivo à denúncia do contrato.⁷³³ Somente não estará configurado abuso do direito de não concluir contrato se houver motivos justificáveis para tanto.⁷³⁴

Podem ser considerados motivos justificados para o não exercício do direito formativo gerador à conclusão do contrato, *e.g.*, o fim do estoque de mercadorias, ocasionado pela falta de matéria-prima; propostas elaboradas pelo cliente em desacordo com as pretendidas pelo agenciado, sendo contrárias às instruções; a impontualidade do cliente no cumprimento de obrigações anteriores ou não ter ele õbom nomeõ na praça.⁷³⁵ Assim, é justo motivo para a não aceitação da proposta pelo agenciado ser a obrigação erigida da aceitação dessa proposta inviável de ser cumprida; ser, em muito, superior à capacidade de produção do agenciado.

Uma questão surge referente ao justo motivo. Mesmo não se configurando um abuso de direito a não aceitação de propostas dirigidas ao agenciado pelos clientes, baseada em motivo justificado, a reiteração dessas negativas, se tornar antieconômica a manutenção do contrato de agência ao agente, além do direito à indenização, dá ao mesmo justo motivo para denunciar o contrato, pois estaria o agenciado descumprindo o dever lateral de proteção inserto no interesse de prestação. A razão para isso decorre do fato de ter o agente, nessa hipótese, frustrada a confiança gerada quando da conclusão do contrato com o agenciado, bem como de o agenciado não mudar a sua postura de rechaço às propostas a ele endereçadas no futuro, privando o agente de obter o lucro.

⁷³² REQUIÃO, R. E., 2007, p. 124. THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1005-1006.

⁷³³ FORMIGGINI, 1958, p. 18-29 e p. 35-38. TRIONI, 2006, p. 157. BASENGHI et al., 2008, p. 161. MONTEAGUDO, 1997, p. 155.

⁷³⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 5ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 597164730. Relator: Sérgio Pilla da Silva. J. 09 abr. 1998. ACHILLI et al., 2006, p. 226. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 288. MONTEAGUDO, op. cit., p. 157.

⁷³⁵ MEDEIROS, 2006, p. 51. THEODORO JÚNIOR et al., op. cit., p. 1006. TEPEDINO, 2008, p. 327-328. ASSIS, 2005, p. 231. REQUIÃO, R. E., op. cit., p. 123-124. GHEZZI, 1970, p. 157. TRIONI, op. cit., p. 156. CERAMI, 1958, p. 879. MONTEAGUDO, op. cit., p. 157.

Outro dispositivo legal protetivo da legítima expectativa do agente ao advento do direito à comissão é o *caput* do artigo 33 da Lei nº 4.886/65.⁷³⁶

Esse dispositivo legal rege o silêncio do agenciado diante de proposta contratual realizada pelo cliente, dentro dos requisitos exigidos, ou seja, em conformidade com as instruções do agenciado, para que venha a ser satisfeito o seu interesse na conclusão do contrato. Assim, se o agenciado não declarar a não aceitação da proposta de seu interesse e que lhe foi dirigida, dentro do prazo estabelecido pelo contrato, ou, na ausência de prazo estipulado pelas partes, no prazo estabelecido no *caput* do artigo 33 da Lei nº 4.886/65, o seu silêncio significa a aceitação (artigos 111⁷³⁷ e 432⁷³⁸ do Código Civil) da proposta⁷³⁹ e o agente adquire direito à comissão. Desse modo, se a proposta se deu dentro dos termos traçados pelo agenciado, atendendo aos seus interesses, para que não venha a ser considerado concluído o contrato e erigido o direito à comissão, a sua recusa, ato jurídico *stricto sensu* receptício, deve existir, ter a forma escrita, apresentar como objeto os motivos justificáveis para tanto, ser realizada dentro do prazo e ser recebida pelo agente para ser eficaz. Caso contrário, o direito à comissão passa a existir.⁷⁴⁰

O silêncio em declarar a recusa de uma proposta só não importa em advento ao direito à comissão se a proposta não foi realizada dentro dos requisitos traçados pelo agenciado.⁷⁴¹ Também não se permite considerar como falta de recusa a ensejar direito à comissão o agente

⁷³⁶ Artigo 33 da Lei nº 4.886/65. “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.”

⁷³⁷ Artigo 111 do Código Civil. “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

⁷³⁸ Artigo 432 do Código Civil. “Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.”

⁷³⁹ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 123. Em sentido contrário é a posição de Rubens Requião, ao afirmar que os prazos fixados na Lei “somente dizem respeito ao direito de comissão do representante comercial, não tendo nenhum efeito, é claro, para o terceiro contratante, pois além daquele prazo o representado eventualmente pode recusar o pedido, mas a comissão será devida ao representante comercial” (REQUIÃO, R., 2008, p. 231).

⁷⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70008000283. Relatora: Ana Beatriz Iser. J. 26 maio 2004. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. 3ª Câm. Cível. Ap. Cív. nº 186053633. Relator: Celeste Vicente Rovani. J. 24 set. 1986.

⁷⁴¹ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1009. “Para adquirir o direito à comissão, sem que o representado tenha concluído o negócio intermediado, é necessário que o agente tenha coletado e remetido os pedidos da clientela na conformidade com os termos do contrato e com as instruções traçadas. Isso é o significado da expressão “acompanhados (os pedidos) dos requisitos exigíveis” que se encontra no art. 33, *caput* da Lei nº 4.886/1965.”

ser comunicado pelo agenciado da necessidade de realização de nova proposta por parte do cliente, em decorrência de alteração excepcional da cotação do dólar no mercado.⁷⁴²

3.1.1.3. Da proteção do direito à comissão em razão de causa imputada ao agenciado

Outra leitura que se pode fazer por interpretação do artigo 716 do Código Civil, conjugada com o § 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65, refere-se à possibilidade de ser mantido o direito à comissão na hipótese de ser desfeito o contrato por fato imputável ao agenciado.

Estabelece o § 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65 que:

Nenhuma retribuição será devida ao representante comercial [agente], se a falta de pagamento resultar da insolvência do comprador, bem como se o negócio vier a ser por ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

Se lido em sentido contrário, o precitado artigo estabelece hipóteses de causas que não excluem o direito do agente à comissão. Conjugado esse artigo com o artigo 716 do Código Civil, permite que se enxerguem algumas das hipóteses de causas não imputáveis ao agenciado.

Desse modo, pode-se afirmar que o direito de comissão do agente, pela conjugação do artigo 716 do Código Civil e do § 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65, está protegido contra a sua extinção por causa imputável ao agenciado. As hipóteses descritas no suporte fático do § 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65 não são taxativas, mas exemplificativas, porque o termo *imputável*, disposto no artigo 716 do Código Civil, permite albergar maior número de situações.⁷⁴³

A existência de causa imputável ao agenciado deve ser considerada sob a égide das circunstâncias do caso, permitindo-se por isso ser auferido um número indefinido de situações.⁷⁴⁴ Neste sentido, também se pode afirmar que o direito à comissão do agente está sujeito a uma *condictio iuris* resolutiva, pois poderá ser extinto por causa não imputável ao

⁷⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 15ª Câmara Cív. Ap. Cív. nº 70010265072. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. J. 20 abr. 2005.

⁷⁴³ REQUIÃO, R. E., 2007, p. 129.

⁷⁴⁴ GHEZZI, 1970, p. 157.

agenciado. Não havendo a causa imputável ao agenciado, ele deixa de ser devedor do direito à comissão do agente.

Dentre as causas não imputáveis ao agenciado, elencadas no § 1º do artigo 33 da precitada lei, estão: a insolvência do cliente; a extinção do contrato por causa ao cliente imputada; e a sustação da entrega de mercadoria devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

A insolvência foi empregada em sentido lato, pois abarca a insolvência e a falência. O agente somente perderá o direito à comissão se vier a ser declarada a insolvência ou for decretada a falência. A mera presunção de que o cliente esteja insolvente não basta para tanto. Há necessidade de sentença judicial.⁷⁴⁵

No caso do sobrestamento de entrega de mercadoria, em decorrência de situação financeira do cliente, capaz de tornar duvidoso o cumprimento de sua obrigação para com o agenciado, não se pode pensar em hipótese de exclusão automática do direito à comissão. Somente havendo a configuração do inadimplemento e a conseqüente extinção do contrato pela resolução *lato sensu* (resolução *stricto sensu* e resilição) ou denúncia, pode-se falar em perda do direito à comissão, pois, na hipótese ora analisada, o que se dá é a suspensão apenas da pretensão ou da ação ao adimplemento por parte do cliente, porque ocorreu o exercício de uma exceção dilatória, inserta no teor do artigo 495 do Código Civil^{746 e 747} o sendo essa espécie de exceção a de insegurança, como consta no artigo 477 do Código Civil.⁷⁴⁸

A exceção de insegurança é espécie de direito potestativo, que, ao contrário dos direitos formativos, não gera, não modifica nem extingue relação jurídica, mas somente encobre eficácia de pretensão ou de ação. Sua natureza é dilatória, pois, ao terminar a causa a ensejar a sua existência, termina o seu efeito, retornando o processo obrigacional ao seu curso normal.⁷⁴⁹ Seria ilógico pensar que, quando do exercício da exceção de insegurança, há extinção automática do direito à comissão, pois, ao término da exceção, voltando o processo

⁷⁴⁵ REQUIÃO, R., 2008, p. 234. MEDEIROS, 2006, p. 254.

⁷⁴⁶ Artigo 495 do Código Civil. "Não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência, poderá o vendedor sobrestar na entrega da coisa, até que o comprador lhe dê caução de pagar no tempo ajustado."

⁷⁴⁷ ASSIS, 2005, p. 231.

⁷⁴⁸ Artigo 477 do Código Civil. "Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la."

⁷⁴⁹ Sobre exceções no sentido aqui empregado, analisar: PONTES DE MIRANDA, Tomo VI, § 628-639, p. 3-39.

obrigacional ao seu curso normal, se teria de aceitar a tese do renascimento do direito à comissão. O correto é afirmar-se que, havendo o exercício da exceção de insegurança, se essa vier a se perpetuar, e ocorrer a extinção do contrato, aí, sim, haverá a perda do direito à comissão pelo agente. O mesmo entendimento deve ser aplicado quando do exercício da exceção de contrato não cumprido e da exceção de contrato adimplido insatisfatoriamente, do artigo 476 do Código Civil.⁷⁵⁰

A hipótese de extinção do contrato permite demonstrar um maior número de casos à existência ou não de imputabilidade ao agenciado.

Como causa imputável a gerar a extinção do contrato, destacam-se, sobretudo, aquelas ligadas ao inadimplemento do contrato do agenciado junto ao cliente, por exemplo, a decretação da redibição do contrato por vício do objeto transferido pelo agenciado ao cliente.⁷⁵¹ Nesse caso, segue o agenciado devedor do direito à comissão, porque a ele é imputada extinção do contrato, advindo a pretensão a essa comissão na data em que deveria ser feito normalmente o pagamento pelo agenciado.⁷⁵²

De igual modo, não se permitirá a extinção do direito à comissão do agente, o distrato ou a resolução *lato sensu* por mútuo consenso entre o agenciado e o terceiro se a extinção do contrato decorreu de causa imputável ao agenciado.⁷⁵³ O direito à comissão do agente também não pode ser afetado pela execução ou não do contrato, por causa imputável ao agenciado. Se o agenciado dispõe de meios suficientes ao adimplemento do contrato por parte do cliente e não os exerce, não há como alegar inimputabilidade.⁷⁵⁴ Conforme ensina Pontes de Miranda, essa é a solução correta,

... porque atende aos princípios. O negócio jurídico foi concluído. Os figurantes o agente não no é acordaram na resolução ou na rescisão. Podiam fazê-lo. Os titulares de direitos são livres quanto à renúncia, à transação, às dações em soluto. Nada tem com isso o agente. O que ele fez está feito. O que prometeu dar ensejo, ou é de presumir-se que o deu, à conclusão do negócio jurídico, e ele apenas o preparou. O direito à retribuição nasceu com a conclusão do negócio jurídico entre a empresa agenciada e o cliente. O que faltava era a exigibilidade, a pretensão.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ Artigo 476 do Código Civil. “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.”

⁷⁵¹ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 54. GHEZZI, 1970, p. 157, nota 3. FORMIGGINI, 1958, p. 128. MÉGNIN, 2003, p. 222.

⁷⁵² PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.770, 3, p. 54.

⁷⁵³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.770, 3, p. 54. TEPEDINO, 2008, v. X, p. 335. MONTEAGUDO, 1997, p. 203-204.

⁷⁵⁴ MONTEAGUDO, op. cit., p. 203.

⁷⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.770, 3, p. 54-55.

Dentro do entendimento a ser alcançado da expressão õse o negócio vier a ser por ele desfeitoõ, do § 1º do artigo 33 da lei nº 4.886/65,⁷⁵⁶ observa-se que ele não só se refere à resolução *lato sensu* ou ao distrato ou à denúncia ou à rescisão. Alberga também a decretação de nulidade e de anulabilidade do negócio jurídico entabulado entre o agenciado e o terceiro. Essas hipóteses também estão subordinadas à averiguação da imputabilidade ou não do agenciado.⁷⁵⁷

Se concluído o contrato por determinado valor e o agenciado, por causa a ele imputável, conceder abatimento no preço ao cliente, isso não importa em redução da comissão do agente.⁷⁵⁸

O agente perderá o direito à comissão por não poderem ser imputadas ao agenciado: a) a resolução por onerosidade excessiva (artigo 478 do Código Civil) do contrato concluído pelo cliente e o agenciado; b) a resolução legal por impossibilidade da prestação, *e.g.*, artigo 234 do Código Civil;⁷⁵⁹ e c) a resolução *lato sensu* advinda por inadimplemento do contrato por parte do cliente.⁷⁶⁰

Ocorrendo causa imputável ao agenciado, o agente pode, em decorrência da reiteração dessa conduta ou da quebra da confiança à manutenção do contrato, denunciar o contrato pautado em justa causa.⁷⁶¹

Se os figurantes do contrato de agência acordaram que o direito à comissão do agente adviria da realização da atividade promocional até o advento da proposta pelo cliente, e não até a conclusão do contrato pelo agenciado com o cliente, não se aplica o disposto, tanto no artigo 716 do Código Civil como no § 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65.

3.1.1.4. Do surgimento da pretensão à comissão

⁷⁵⁶ Parágrafo 1º do artigo 33 da Lei nº 4.886/65. õNenhuma 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 ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.õ

⁷⁵⁷ TRIONI, 2006, p. 168.

⁷⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 53. GHEZZI, 1970, p. 157, nota 1.

⁷⁵⁹ Artigo 234 do Código Civil. õSe, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.õ

⁷⁶⁰ SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 323-324. BASENGHI et al., 2008, p. 163. TRIONI, 2006, p. 166-167.

⁷⁶¹ THEODORO JÚNIOR et al., 2009, p. 1009.

Como o Código Civil, em seu artigo 714, só é preciso acerca do nascimento do direito à remuneração, sendo omissos quanto ao advento da pretensão do agente e da correlata obrigação do agenciado (em razão do artigo 721 do Código Civil), segue vigente o disposto no § 1º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65.⁷⁶² Assim, em sendo omissos agente e agenciado, o primeiro somente terá a pretensão e o segundo a obrigação de adimplir a comissão depois do 15º dia do mês subsequente ao pagamento do contrato por parte do cliente.⁷⁶³ O vencimento, portanto, é a tempo certo da data. Outro não pode ser o entendimento, pois o precitado dispositivo legal, ao preceituar que o pagamento das comissões deverá ser efetuado até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação da fatura, deixa claro que, durante o transcurso desse prazo, o agenciado somente tem o *dever*, e não a *obrigação* de adimplir a comissão. A obrigação somente surgirá após o vencimento desse prazo.

A pretensão do agente à comissão e a correlata obrigação do agenciado ao adimplemento não têm eficácia imediata ao advento do direito à comissão e do correspondente dever ao adimplemento da comissão. Não nascem com a conclusão do contrato. O direito à comissão existe sem pretensão, e o dever ao adimplemento, sem a obrigação.⁷⁶⁴ A distinção entre essas categorias e o momento em que nascem no decurso do processo obrigacional, para o contrato de agência, ressaltam em importância, pois é com o advento da pretensão que tem início o prazo prescricional para o agente exigir o adimplemento da comissão pelo agenciado.⁷⁶⁵ O direito à comissão origina-se da conclusão do contrato entre o agenciado e o cliente e do fato de esse direito se tornar exigível, ou seja, passa a existir a pretensão quando esse cliente adimple o contrato junto ao agenciado.⁷⁶⁶

O diferimento do advento da pretensão ao 15º dia posterior ao pagamento do contrato pelo cliente ao agenciado, em certo sentido, procede, pois visa a proteger o agenciado, estimulando o agente a buscar clientes de confiança que possam cumprir os contratos

⁷⁶² Parágrafo 1º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65. "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."

⁷⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. REsp. nº 1085903/RS. Relatora: Min. Nancy Andrighi. J. 20 ago. 2009. "[...] - A pretensão do representante comercial autônomo para cobrar comissões nasce mês a mês com o seu não pagamento no prazo legal, pois, nos termos do art. 32, § 1º, da Lei 4.886/65, "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 [...]" TEPELINO, 2008, p. 335.

⁷⁶⁴ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 272 e p. 279.

⁷⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo VI, § 665, 7, p. 114. "A prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato, ou a omissão. A pretensão supõe o direito que é *prius*; pode ser posterior a ele; e.g., se há dia para o vencimento e exigibilidade."

⁷⁶⁶ SCHMIDT, 1997, p. 765.

concluídos com o principal, porque, sem o cumprimento do contrato, seu direito a ser remunerado se torna sem pretensão.⁷⁶⁷

O adimplemento do contrato é o elemento indispensável para o início da contagem do prazo para a pretensão. Sem adimplemento não se marca tal início, estabelecido no § 1º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65. A pretensão do agente, desse modo, fica também condicionada ao adimplemento do contrato pelo cliente junto ao agenciado.⁷⁶⁸

Pela importância do adimplemento do cliente para o surgimento da pretensão e da correlata obrigação ao cumprimento da comissão, alguns casos apresentam-se não necessariamente como adimplemento, embora devam ser entendidos como tal *e.g.*, no caso de ter sido proposta ação de cobrança ou qualquer outra ação contra o agenciado, dá-se o adimplemento quando, na fase de execução, o juiz, ou o cliente, de forma amigável, realiza a tradição do que é devido pelo cliente. No caso de ser o pagamento em título de crédito, o adimplemento se dá no ato da tradição, mas o prazo estabelecido no § 1º do artigo 32 da precitada lei somente começará a contar a partir da data do vencimento do título⁷⁶⁹ ou quando ocorre a dação em pagamento ou ainda quando o cliente paga a indenização pelo inadimplemento do contrato junto ao agenciado.⁷⁷⁰

Quanto ao advento da pretensão ao adimplemento da comissão, não estão as partes em absoluto vinculadas ao disposto no § 1º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65; podem estabelecer cláusula em contrário, afirmando nascer a pretensão à remuneração juntamente com o advento do direito à remuneração, ou seja, quando da conclusão do contrato pelo agenciado com o cliente.⁷⁷¹ Contudo, não podem ampliar o prazo (estabelecido no § 1º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65) ao advento da pretensão.⁷⁷²

Se a obrigação do cliente para com o agenciado é divisível, ao agente nascerá a pretensão à remuneração somente da parte que corresponde ao valor pago pelo cliente. O crédito nasce por inteiro, mas a pretensão advém por partes.⁷⁷³

Ao se supor que o cliente não vem a adimplir o contrato por causa imputável ao agenciado, do mesmo modo surgirá ao agente a pretensão à remuneração.⁷⁷⁴ Neste caso,

⁷⁶⁷ MONTEIRO, 2004a, p. 98. Do mesmo modo, MONTEAGUDO, 1997, p. 80.

⁷⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 53.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, § 4.770, 3, p. 53-54.

⁷⁷⁰ SCHMIDT, 1997, p. 765.

⁷⁷¹ TEPEDINO, 2008, p. 336. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 113-114.

⁷⁷² REQUIÃO, R. E., 2007, p. 114.

⁷⁷³ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, § 4.770, 3, p. 53.

aplica-se, por interpretação analógica, o artigo 716 do Código Civil. A pretensão a essa comissão advirá na data em que deveria ser feito, normalmente, o pagamento pelo agenciado, mesmo que o contrato tenha sido desfeito ou não concluído.⁷⁷⁵

Na hipótese de a pretensão surgir em momento anterior ao pagamento do contrato pelo cliente ao agenciado e esse já tiver cumprido a sua obrigação para com o agente, se o contrato entabulado com o cliente vier a ser desfeito por causa imputável ao último, e não ao agenciado, o agente tem a obrigação de devolver a comissão anteriormente recebida.⁷⁷⁶

Na hipótese de ocorrer a denúncia do contrato de agência por parte do agenciado sem motivo justificado, conforme preceitua o § 5º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65,⁷⁷⁷ dá-se o vencimento antecipado. Mas aqui há de se entender não se dar só o vencimento antecipado, mas também a exigibilidade, o que implica o advento antecipado da pretensão ao adimplemento.

3.1.2. O dever de reembolso dos gastos extraordinários, o dever ao adimplemento da remuneração por cumprimento de deveres acessórios e a gratificação por metas alcançadas

Quanto ao direito a ser reembolsado por gastos extraordinários, há de se fazer a interpretação conjuntiva do artigo 713 do Código Civil⁷⁷⁸ com o artigo 38 da Lei nº 4.886/65.⁷⁷⁹ Ambos não se contradizem; inter-relacionam-se.

O artigo 713 do Código Civil é regra jurídica dispositiva e preceitua que todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor. O agente,

⁷⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.770, 3, p. 53.

⁷⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, op. cit., § 4.770, 3, p. 54.

⁷⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 1ª Turma Recursal Cível. Recurso. Cível nº 71000739961, Relator: Ricardo Torres Hermann. J. 27 out. 2005. *CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. PREVISÃO CONTRATUAL E LEGAL DE ESTORNO DE COMISSÕES PAGAS ANTECIPADAMENTE SE HOVER O INADIMPLEMENTO DAS MERCADORIAS VENDIDAS.* Não se constitui em conduta ilícita o estorno de comissões pagas antecipadamente, se o comprador vier, posteriormente, a inadimplir o pagamento das mercadorias compradas. Previsão no contrato de representação comercial e nos arts. 32 e 33, § 1º, da Lei nº 4.886/65. Inexistência de prova de venda cuja comissão não tenha sido paga. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.

⁷⁷⁷ Parágrafo 5º do artigo 32 da Lei nº 4.886/65. *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.*

⁷⁷⁸ Artigo 713 do Código Civil. *Salvo estipulação diversa, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor.*

⁷⁷⁹ Artigo 38 da Lei nº 4.886/65. *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.*

sendo um prestador de serviços autônomo, não estando subordinado ao agenciado como o viajante ou o praticista, tem, portanto, autonomia para se organizar e cumprir os seus atos.⁷⁸⁰

Desse modo, a organização de suas atividades e a contratação de seus funcionários e os gastos com locomoção para contatar os clientes é inerente à própria atividade.

Contudo, o termo *todas as despesas* é relativo, limitando-se às despesas inerentes ao desenvolvimento dos atos vinculados ao cumprimento de dever jurídico principal, ou a algum dever acessório, ou a deveres laterais ínsitos aos atos de execução do contrato.⁷⁸¹ Assim, devem ser tidos como gastos albergados pela remuneração por cumprimento de obrigação principal os que derivam de infraestrutura para que o agente possa vir a promover a conclusão de negócios entre o agenciado e o terceiro — *e.g.*, com empregados, com veículos, com meios de comunicação, como telefone e *Internet*. Do mesmo modo se pode dizer quanto aos gastos por cumprimento de obrigação acessória estipulada por cláusula do contrato — *e.g.*, no caso do contrato de agência-distribuição, em que o agente deve guardar a coisa a ser negociada pelo agenciado e transferi-la ao cliente; e os gastos com o cumprimento de obrigações laterais que sói fazer o agente, por exemplo, deveres de informar o agenciado sobre a fama de bom pagador de um terceiro que pretende tornar-se cliente.⁷⁸²

A posição de separar as obrigações decorrentes da atividade ínsita do agente daquela que resulta da prestação de deveres acessórios não inclusos no contrato, para fins de se distinguirem as espécies de remuneração, é necessária em face do preceito do artigo 38 da Lei nº 4.886/65.

Conforme preceituado por esse artigo, o agente terá direito a ser reembolsado pelos gastos que realizar e que não costumam ocorrer na execução do contrato — tais como os gastos com informações não usuais, como, por exemplo, os gastos com campanhas publicitárias, assistência a clientes, transporte de mercadorias e cobrança;⁷⁸³ e cobrança de determinado cliente.⁷⁸⁴

Contudo, essas atividades de cooperação devem ser extraordinárias, e não corriqueiras. Caso venham a ser praticadas de modo não esporádico ou ultrapassem um período de tempo

⁷⁸⁰ ASSIS, 2005, p. 220.

⁷⁸¹ ASSIS, *op. cit.*, p. 220. MONTEAGUDO, 1997, p. 50-51.

⁷⁸² MONTEAGUDO, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁸³ PONTES DE MIRANDA, 1984, Tomo XLIV, § 4.769, 2, p. 45. ASSIS, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁸⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 16ª Câm. Cív. Ap. Cív. nº 70010296341. Relator: Claudir Fidelis Faccenda. J. 20 abr. 2005. *õ*[...]. É cediço que nas atividades profissionais onde a remuneração do vendedor dependa do adimplemento do comprador, é comum o representante comercial tomar providências no sentido de agilizar o pagamento, visitando os clientes e até mesmo cobrando os títulos inadimplidos, sem que haja pagamento específico. Recurso provido em parte. *õ*

razoável, como estabelece o artigo 38 da Lei nº 4.886/65, deverão gerar ao agente direito a ser remunerado por cumprimento de obrigações acessórias, e não direito a reembolso.

Tendo o agente direito a ser remunerado, mas não se ajustando previamente o valor, este deve ser estabelecido tendo-se por base os usos do tráfego ou, estes não existindo na região, um arbitramento amigável ou judicial, por não se presumir gratuita a atividade de cooperação.⁷⁸⁵

No que se refere à gratificação por metas alcançadas, essa também é uma forma de remuneração. Assim, pelo princípio do autorregramento da vontade, podem os figurantes do contrato de agência estabelecer cláusula contratual pela qual o agente terá direito a receber, por ter atingido uma meta, uma gratificação.⁷⁸⁶ A gratificação não se confunde com a comissão. A segunda corresponde à remuneração do agente pelo cumprimento de sua obrigação contratual; a primeira é devida ao alcance de uma meta estabelecida pelo agenciado.⁷⁸⁷

3.2. O dever secundário de prestar documentos necessários ao satisfatório cumprimento da atividade de promoção do agente

Como o contrato de agência é um contrato de colaboração, devem as partes atuar de modo a permitir que ambas tenham a satisfação de seus legítimos interesses. Em atenção a esse desígnio, tem o agenciado o dever acessório de prestar ao agente toda a assistência necessária para que este venha a satisfazer, de modo escorreito, tanto a sua atividade de promoção, como o seu interesse de ver concluídos contratos com os clientes que captou, e, por consectário, adquirir o direito de crédito. Deste modo, dentre os deveres acessórios do agenciado, existentes no curso da relação contratual, os quais permitem ao agente realizar a sua atividade de modo a cumprir satisfatoriamente o seu dever jurídico principal, destaca-se o dever de assistência.

Consiste dever do agenciado pôr à disposição do agente os documentos necessários ao exercício de sua atividade de promoção. São exemplos desses documentos mostruários e catálogos.⁷⁸⁸

⁷⁸⁵ REQUIÃO, R., 2008, p. 275. REQUIÃO, R. E., 2007, p. 196-197.

⁷⁸⁶ MONTEAGUDO, 1997, p. 41-42.

⁷⁸⁷ Ibid., p. 42.

⁷⁸⁸ SCHMIDT, 1997, p. 763.

Esse dever jurídico é decorrente do caráter cooperativo do contrato de agência, levando o agenciado a colaborar com o agente para que esse possa cumprir satisfatoriamente a sua obrigação principal.⁷⁸⁹ Essa documentação deve ser relativa não só à coisa ou ao serviço, objeto mediato do contrato cuja conclusão o agente está promovendo, mas também àquela destinada ao cliente quando o contrato é concluído pelo próprio agente.⁷⁹⁰

A espécie de documento a ser fornecido pelo agenciado pode variar conforme as circunstâncias do caso.⁷⁹¹ Assim, o agenciado tem de fornecer ao agente a lista de clientes os quais, anteriormente, já havia captado, passando esses a terem atuação de promoção praticada, agora, pelo agente.⁷⁹² Nesse viés, age em descumprimento à obrigação de cooperação, dando justo motivo à denúncia do contrato, o agenciado que não repassa ao agente talonários essenciais ao correto cumprimento, pelo último, da obrigação de promoção.⁷⁹³ Não se encontram inclusos no conceito de documentos a serem fornecidos pelo agenciado os que são necessários ao exercício da atividade profissional de responsabilidade do próprio agente.⁷⁹⁴

3.3. Deveres laterais do agenciado

Assim como o agente, o agenciado deve também atentar para o cumprimento dos deveres laterais que lhe são impostos pela boa-fé objetiva, cujo cumprimento tem decisiva importância para a manutenção do processo obrigacional.

Dentre os deveres laterais impostos ao agenciado pela cláusula geral da boa-fé objetiva, em primeiro lugar, impõe-se o de não atuar na zona do agente, de modo a dificultar ou prejudicar a sua atividade de promoção. Este é, mesmo não estando gravado na legislação, um dever de lealdade de importância reluzente no processo obrigacional. E será descumprido quando o agenciado atuar, de forma sistemática, na zona demarcada ao agente, sendo essa exclusiva ou não, para estabelecer contatos diretos com a clientela captada pelo último.⁷⁹⁵ Ainda que o agente tenha direito à exclusividade e, por isso, independentemente de ter atuado

⁷⁸⁹ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 211. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 469.

⁷⁹⁰ TRIONI, 2006, p. 179.

⁷⁹¹ MERCADAL VIDAL, *op. cit.*, p. 471.

⁷⁹² MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 17ª Câm. Dir. Priv. Ap. Civ. nº 1162239000. Relator. Des. Tércio Negrato. J. 30 jun. 2008.

⁷⁹⁴ MERCADAL VIDAL, *op. cit.*, p. 471. MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁹⁵ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 212.

ou não junto à clientela, tenha direito à remuneração pelos contratos concluídos exclusivamente pelo agenciado, a conduta do último, em atuar constantemente junto à clientela, a qual deveria ser captada e mantida pelo agente, ocasiona ao último prejuízos por não despertar em si a confiança da clientela. Tal atitude, descumpridora do dever lateral de lealdade do agenciado, levará o agente à impossibilidade de atuar nessa zona em interesse do agenciado.⁷⁹⁶

Outro dever lateral que apresenta destacada intensidade e importância é o dever de informar. Esse dever está vinculado à necessidade de o agenciado atuar em colaboração com o agente, de modo a permitir que o mesmo cumpra, da melhor forma possível, o dever de promover a conclusão de contratos.⁷⁹⁷ O agenciado deve, portanto, fornecer ao agente toda a informação necessária ao cumprimento escorreito de sua atividade promotora. As várias informações a serem prestadas pelo agenciado surgirão conforme as circunstâncias impostas pelas necessidades do caso.⁷⁹⁸ Assim, podem gerar ao agenciado o dever lateral de informar sobre potenciais clientes que ainda não tenham sido pelo agente identificados, para que esse possa captá-los; ou sobre as novas medidas de *marketing* e propaganda adotadas para a atuação.

Ademais, para essas hipóteses elencadas podem surgir situações organizacionais ou financeiras⁷⁹⁹ as quais levarão o agenciado a ter de reduzir o número de contratos que, em regra, pode concluir. A redução deve, contudo, ser significativa, para que se configure esse dever. No caso de redução previsível, por exemplo, de produção sazonal, não haverá a constituição do respectivo dever de informar.⁸⁰⁰ Esse dever tem a finalidade de evitar que o agente siga desenvolvendo a sua atividade promocional de maneira inútil, vindo a lhe gerar danos, tanto pela não conclusão dos contratos, como pelo desgaste de sua confiança perante os clientes.⁸⁰¹ Portanto, o cumprimento desse dever protege os legítimos interesses do agente,

⁷⁹⁶ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, 2000, p. 212. MERCADAL VIDAL, 1998, p. 468.

⁷⁹⁷ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 212. BORTOLOTTI et al., 2007, p. 126. SCHMIDT, 1997, p. 763.

⁷⁹⁸ MARTÍNEZ SANZ; MONTEAGUDO; PALAU RAMÍREZ, op. cit., p. 213. BORTOLOTTI et al., op. cit., p. 126-127.

⁷⁹⁹ MERCADAL VIDAL, op. cit., p. 472, nota 875. òA su vez, la situación podrá suscitarse en circunstancias muy heterogéneas (dificultad o imposibilidad de atención de los pedidos por conflictos laborales, por problemas de abastecimiento de materiales o por las consecuencias de un siniestro; necesidades transitorias de reorganización o reconversión; retirada de ciertos productos del catálogo; inminencia de una coyuntura económica, general o sectorial, desfavorable; irrupción de nuevos productos competitivos en el mercado; etc.)ò

⁸⁰⁰ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 128.

⁸⁰¹ BORTOLOTTI et al., op. cit., p. 127. TRIONI, 2006, p. 179. SARACINI; TOFFOLETTO, 2002, p. 348.

e permite que ele adote medidas que evitem danos em sua esfera jurídica.⁸⁰² Esse dever é uma contrapartida da liberdade de o agenciado aceitar ou refutar a proposta captada pelo agente.⁸⁰³

Outro dever de informar do agenciado existe quanto à prestação de informações necessárias acerca dos contratos que foram por ele concluídos, bem como acerca do valor da respectiva comissão a que tem direito o agente.⁸⁰⁴

O inadimplemento do dever de informar por parte do agenciado, quando causar dano, gera o dever de indenizar o agente. No caso de ser o descumprimento reiterado, ou dependendo da intensidade que um único descumprimento alcança para a manutenção da confiança do agente, dá-se a configuração da justa causa ao exercício do direito formativo extintivo de denúncia do contrato.⁸⁰⁵

⁸⁰² MERCADAL VIDAL, Francisco, 1998, p. 472, nota 875.

⁸⁰³ BORTOLOTTI et al., 2007, p. 127.

⁸⁰⁴ SCHMIDT, 1997, p. 766.

⁸⁰⁵ TRIONI, 2006, p. 181.

CONCLUSÃO

O contrato de agência pertence ao gênero contrato de distribuição direta. Desenvolve-se pautado sob a égide dos princípios de cooperação e confiança entre agente e agenciado. Sendo um contrato de obrigação duradoura e estável, conduz o intérprete quando analisa os direitos e deveres os quais surgem no desenvolvimento da relação jurídica a examiná-lo, segundo a concepção da relação obrigacional, como uma estrutura complexa.

Entre os deveres do agente, o principal é o de instigar os clientes ou possíveis clientes do agenciado a concluir contrato com este. Contudo, pelo caráter complexo da relação contratual, o dever lateral da boa-fé objetiva permeia toda a atividade do agente, tendo este o dever de informar em todo o desenrolar da relação jurídica obrigacional. Existem, do mesmo modo, deveres acessórios, como o de guardar a coisa a ser entregue ao cliente, caso em que se configura o contrato de agência-distribuição.

Quanto aos atos praticados pelo agente, estes são à conta e no interesse do agenciado. Ou seja, o agente atua em nome do agenciado, sem, no entanto, lhe terem sido outorgados poderes de representação. *Em nome* do agenciado (leia-se aqui a expressão no sentido técnico em que foi empregada), o agente só age quando lhe são outorgados poderes para representar o agenciado.

Os atos praticados pelo agente no cumprimento de seus deveres jurídicos, em regra, não adentram no mundo jurídico. Mas, quando geradores de legítimas expectativas no terceiro, ingressam no mundo jurídico, sim, como contato social, que é espécie de ato-fato jurídico.

O agente desenvolve os seus atos dentro de determinada zona, sem estar subordinado às ordens do agenciado, ao contrário do que ocorre com o contrato de trabalho do viajante e do praticista. O elemento subordinação não pode ser apreendido de modo absoluto, mas relativo, pois o agente deve cumprir os seus atos atendendo às instruções do agenciado.

Quanto à zona, esta pode ser delimitada por determinado espaço social ou por círculo de clientes. Outro elemento, neste item, refere-se ao direito de exclusividade que o agente e o agenciado têm um para com o outro. Ou seja, não podem vir a concluir, na mesma zona, contrato com outrem.

A remuneração é um elemento ínsito ao contrato de agência, pois este não pode ser tido como gratuito. Quanto às espécies de remuneração, elas dividem-se em: remuneração pelo cumprimento de dever jurídico principal do agente (comissão); pelo cumprimento dos deveres acessórios; pelo alcance de metas.

O direito à remuneração pelo cumprimento do dever jurídico principal só surge quando concluído contrato entre o cliente e o agenciado, a não ser que um outro arranjo tenha sido estabelecido. Por se caracterizar nessa hipótese uma *condicio iuris*, o agente tem a legítima expectativa de que o agenciado aceitará a proposta que atende às suas instruções, adquirindo, assim, o seu direito à comissão. Em proteção dessa legítima expectativa, se o agenciado não exercer o direito formativo gerador de aceitação sem motivo justificado, praticará ato-fato ilícito relativo na forma do artigo 187 do Código Civil, e, mesmo não tendo sido concluído o contrato, o agente terá, por concreção do artigo 716 do Código Civil, direito à comissão.

A pretensão ao pagamento da comissão apenas emerge quando for adimplido o contrato pelo agente. Na remuneração por cumprimento do dever principal, pode-se ter parte estabelecida de modo fixo, sem que, com isso, venha a ser caracterizada uma relação de trabalho. Assim, havendo direito à remuneração fixa, a remuneração pelos contratos que foram concluídos pelo agenciado com o cliente são complementares à fixa.

Afora a hipótese da remuneração pelo cumprimento do dever principal, o agente pode fazer jus à remuneração pelo cumprimento do dever acessório e pelo alcance de metas estabelecidas pelo agenciado, a qual é comumente conhecida como gratificação. Essas hipóteses pertencem também ao gênero remuneração.

REFERÊNCIAS

- ACHILLI, Vito et al. Il contrato di agenzia. In: I CONTRATTI di distribuzione. Milano: Giuffrè, 2006.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. V. 1. Coimbra: Almedina, 2003.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. V. 1. Coimbra: Almedina, 2005.
- ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BALDASSARI, Augusto. *Il contratto di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2003.
- BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita il franchising*. 7. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- BAPTISTA MACHADO, João. Pressupostos da resolução por incumprimento. In: OBRA dispersa. Braga: Scientica Ivridica, 1991, p. 125-193.
- BARATA, Carlos Lacerda. *Sobre o contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 1991.
- BASENGHI, Francesco et al. *Contratto di agenzia*. Milano: Giuffrè, 2008.
- BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. V. 1. Traducción y notas de Derecho español por José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Mercantis*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BORTOLOTTI, Fabio et al. Il contratto di agenzia commerciale. In: MANUALE di diritto della distribuzione. V. 1. Padova: Cedam, 2007.
- BRAGA, Leopoldo. Agentes de negócios. In: REPERTÓRIO enciclopédico do direito brasileiro. V. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 408-413.

BRUSCHETTA, Ernestino. *Contratto di agenzia e fallimento del preponente*. Milano: Giuffrè, 2004.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicada ao sistema jurídico aberto. *AJURIS*. V. 71. Porto Alegre: AJURIS, ano 1997, p. 108-157.

CAMILLETTI, Francesco. Il contratto di commissione. In: *CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 311-347.

CAMPOS, Francisco de. Consultas e pareceres. *Revista dos Tribunais*. V. 330. São Paulo, 1963, p. 101-110.

CARDONE, Marly A. *Viajantes e praticistas no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1990.

CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado: arts. 693 a 817*. São Paulo: Atlas, 2003.

CASSANO, Giuseppe. Introduzione. In: *I CONTRATTI di distribuzione*. Milano: Giuffrè, 2006.

CAVANI, Giovanni. Contratto di agenzia: le regole di concorrenza. In: *CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 73-92.

CAVANI, Raffaele; BOSELLI, Maddalena. L'agente e la rappresentanza. In: *CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 121-134.

CERAMI, Vincenzo. Agenzia (contratto di). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. V. 1. Milano: Giuffrè, 1958, p. 876-877.

CISTARO, Mariangela et al. I contratti di distribuzione. In: *I CONTRATTI di distribuzione*. Milano: Giuffrè, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. O princípio da boa fé no direito brasileiro e português. In: *ESTUDOS de direito civil brasileiro e português, I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21 ed. V. 3. São Paulo: Saraiva 2005.

DONNO, Eleonora. Il contratto di agenzia. In: *I CONTRATTI di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, commissione, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria*. Padova: Cedam, 2009, p. 290-494.

- EL HAGE, Nasreddine. La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale: protection de l'agent et consécration de la notion d'intérêt commun. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*. Paris, v. 48, n. 2, p. 345-383, avr./juin 1995.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. V. 1. T. 2. Traducción Blas Pérez González, José Alger. Barcelona: Bosch, 1954.
- FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FADEL, Pierluigi; VANTINI, Marco. *Il contratto di agenzia: profili civili e fiscali*. Milano: Giuffrè, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. Traducción José María Miguel González, Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- FONTCUBERTTA LLANES, Javier. *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FORMIGGINI, Aldo. Agenzia (Contratto di). In: NUOVISSIMO digesto italiano. V. 1. T. 1. Turim: Utet, 1968.
- _____. *Il contratto di agenzia*. 2. ed. Torino: UTET, 1958.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2003.
- GARCIA HERRERA, Alicia. *La duración del contrato de distribución exclusiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.
- GARRIDO, José Maria. *Las instrucciones en el contrato de comisión*. Madrid: Civitas, 1995.
- GHEZZI, Giorgio. Del contratto di agenzia. In: COMMENTARIO del Codice Civile. Bologna-Roma: Zanichelli-Foro Italiano, 1970, p. 17-20.
- GIANNATTASIO, Carlo. Agente e figure affini: con speciale riguardo ad una forma marginale di agenzia e di mandato. In: STUDI in onore di Francesco Messineo: per il sua XXXV anno d'insegnamento. V. 2. Milano: Giuffrè, 1959, p. 335-347.
- GOMES, Manuel Januário. Da qualidade de comerciante do agente comercial. *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 313, fev. 1982.

GOMES, Orlando. Aparência do direito. In: TRANSFORMAÇÕES gerais do direito das obrigações. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 114-127.

_____. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. Qualificação profissional do agente autônomo. In: NOVAS questões de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1979a, p. 103-116.

_____. Regime do contrato para angariar sócios para uma associação. In: NOVAS questões de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1979b, p. 15-20.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 2. ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRANIERI, Massimiliano. *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano: Giuffrè, 2007.

GUIDOTTI, Rolandino. La mediazione. In: CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione. Milano: Giuffrè, 2004, p. 349-370.

KLEIN, Michele. *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid: Civitas, 1997.

LARA GONZALES, Rafael. *Las causas de extinción del contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho civil: parte general*. Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Edersa, 1978.

_____. *Derecho de obligaciones*. Traducción y notas Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de derecho privado, v. 1, 1958.

LIPPERT, Marcia Mallmann. *A empresa no Código Civil: elemento de unificação no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e a defesa do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAJO, Antonio de. Agenzia (contratto di). In: ENCICLOPEDIA Forense. V. 1. Milano: Francesco Vallardi, 1953, p. 146-151.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: o diálogo das fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; Benjamin, Antônio

Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24-52.

MARTINEZ SANZ, Fernando. *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*. 2. ed. Civitas: Madrid, 1998.

MARTINEZ SANZ, Fernando; MONTEAGUDO, Montiano; PALAU RAMÍREZ, Felipe. *Comentario a la ley sobre contrato de agencia*. Madrid: Civitas, 2000.

MARTINI, Angelo. *Obbligazione di durata*. In: NUOVISSIMO digesto italiano. V. 11. Torino: UTET, 1965, p. 655-659.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. V. 5. T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. V. 1. Tradução espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995.

MÉGNIN, Serge. *Le contrat d'agence commerciale en droit français et allemand*. Paris: Litec, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Tratado de direito civil português*. 3. ed. V. 1. T. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

MERCADAL VIDAL, Francisco. *El contrato de agencia mercantil*. Bolonia: Real Colegio de España, 1998.

MESSIENO, Francesco. *Manuale di diritto civile e commerciale*. 8. ed. V. 3. T. 2. Milano: Giuffrè, 1954.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTEAGUDO, Montiano. *La remuneración del agente*. Madrid: Civitas, 1997.

MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004a.

_____. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2004b.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. V. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. V. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOVARETTI, Guilherme Eduardo. Registro dos representantes comerciais no conselho regional. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). EC 45/04: estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 549-562.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Agência e representação comercial: a necessidade de harmonização da disciplina jurídica. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). EC 45/04: estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 218-242.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Comentários ao novo Código Civil: dos bens, dos fatos jurídicos, do negócio jurídico, disposições gerais, da representação, da condição, do termo e do encargo*. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, v. XLII, prima parte, 1944, p. 143-180.

PARDOLESI, Roberto. *I contratti di distribuzione*. Napoli: Jovene, 1979.

PELLEGRINO, Emanuela. La mediazione. In: I CONTRATTI di intermedizione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, comissão, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria. Padova: Cedam, 2009, p. 495- 566.

PESSOA JORGE, Fernando de Sandy Lopes. *Mandato sem representação*. Coimbra: Almedina, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Tomo XLIV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 3. ed. Tomo XLVII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 4. ed. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. 3. ed. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 3. ed. Tomo XLVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 3. ed. Tomo XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 3. ed. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 3. ed. Tomo LVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 4. ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. 4. ed. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 4. ed. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 4. ed. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. 4. ed. Tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. _____. 4. ed. Tomo XLIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

QUITÁNS EIRAS, Maria Rocío. *Delimitación de la agencia mercantil en los contratos de colaboración*. Madrid: Edersa, 2000.

_____. *Las obligaciones fundamentales del agente*. Madrid: Civitas, 2001.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Agência e distribuição. *Revista Trimestral de Direito Civil*. São Paulo, v. 19, 2004, p. 3-28.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Nélío. *Contratos especiais de trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. *Nova regulamentação da representação comercial autônoma*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. Agência. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito. V. 5. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 160-181.

_____. *Curso de direito comercial*. 23 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Do representante comercial: comentários à Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420 de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIUTORT, Juan Flaquer. *La protección jurídica del agente comercial*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Parte geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROQUE, José Sebastião. *Direito contratual civil-mercantil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003.

ROTONDI, Enrico; ROTANDI, Margherita. *L'agenzia nella giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 2004.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 7. ed. V. 1. Rio de Janeiro: José Konfino, 1966.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SAAD, Ricardo Nacim. *Representação comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Cláusulas de exclusividade nos contratos de representação comercial: aspectos concorrenciais. In: BUENO, J. Hamilton; MARTINS, Sandro G. (Coord.). *Representação comercial e distribuição: 40 anos da Lei 4.886/65 e as novidades do CC/02 (arts. 710 a 721). EC 45/04: estudos em homenagem ao prof. Rubens Requião*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARACINI, Eugenio; TOFFOLETTO, Franco. Il contratto d'agenzia. In: IL CODICE Civile: commentario. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho comercial*. Traducción Federico E. G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: A PARTE geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 229-253.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.

SORIA FERRANDO, José V. *El agente de comercio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Novo Código Civil: das várias espécies de contrato*. V. 10. Rio de Janeiro: 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das obrigações*. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*. V. 812, São Paulo, jun. 2003, p. 22-40.

TOFFOLETTO, Franco. Il contratto d'agenzia. In: TRATTATO di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 2008.

TRIONI, Guido. Del contratto di agenzia. In: COMMENTARIO del Codice Civile. Bologna: Zanichelli, 2006.

TRIPODI, Enzo Maria. Il contratto di commissione. In: I CONTRATTI di intermediazione: mandato, agenzia, mediazione, contratto estimatorio, commissione, procacciamento d'affari, concessione di vendita, franchising, intermediazione finanziaria. Padova: Cedam, 2009, p. 611-670.

TULLIO, Antonio. Contratto di agenzia e fallimento del preponente: profili controversi. In: CONTRATTI d'impresa e restrizioni verticali: agenzia, franchising, commissione, mediazione, spedizione. Milano: Giuffrè, 2004, p. 181-242.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. V. 3. São Paulo: Atlas, 2005.

VIVANTE, Cesare. Gli agenti di commercio e la conclusione dei contratti. *Rivista del Diritto Commerciale*. Milano: Francesco Vallardi, v. 19, prima parte, 1921, p. 614-621.

WALD, Arnold. *Comentários ao novo Código Civil: do direito de empresa*. V. 14, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WESTERMANN, Harry. *Código civil alemão: parte geral*. Tradução Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.