

O CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E A RELAÇÃO DE EMPREGO

ILMO TRISTÃO BARBOSA^a

RESUMO

A temática abordada, embora sem a pretensão de esgotamento do assunto, procura mostrar os elementos caracterizadores da relação da representação comercial (trabalho autônomo) e o contrato de trabalho (trabalho subordinado). Declina a problemática existente em face das "zonas cinzentas ou de conflitos" que surgem quando se procura distinguir uma relação jurídica da outra, ou seja, quando pretendemos buscar o marco limitrofe entre a autonomia e a subordinação. Conclui-se que, em razão de ser o magistrado a pessoa a quem caberá distribuir a justiça na prática do caso concreto, caberá a este, com base nos fatos, na lei e nas provas carreadas aos processos, fazer a distinção existente entre as duas relações jurídicas (trabalho autônomo e subordinado) dentro do critério do livre arbítrio que a lei lhe confere.

PALAVRAS-CHAVE: *Contrato de representação comercial; Contrato de trabalho - Elementos caracterizadores; Zonas de conflitos*

1 — INTRODUÇÃO

A temática abordada, obviamente, sem a pretensão de esgotamento do assunto, pretende mostrar os traços de semelhanças que existem entre a relação de representação comercial e a relação de emprego. Ou seja, o trabalho tem o firme propósito de discriminar os elementos caracterizadores existentes nas relações jurídicas do contrato de representação comercial (trabalho autônomo) e o contrato de trabalho (trabalho subordinado).

Não resta dúvida, de que, a partir dos séculos XVIII/XVII, o mundo sofreu um grande desenvolvimento econômico. Esse desenvolvimento econômico, deveu-se, em grande parte, ao representante comercial. Foi através da mediação, da intermediação do agente autônomo que se ampliaram as atividades comerciais. Hoje, praticamente, inexistente comércio sem a figura do representante comercial. Por essas razões, contemporaneamente, aumentou-se consideravelmente a massa de trabalhadores que fazem da mediação comercial o seu emprego, sobretudo como viajantes e praticistas. A complexidade econômica e jurídica que a mediação envolve, e a técnica dos negócios, faz com que o relacionamento existente entre as partes, ora seja autônoma, ora se subordine diretamente à empresa, tornando bastante difícil e desafiante para a argúcia dos que militam no campo do di-

reito, especialmente ao magistrado trabalhista, responsável pela distribuição da justiça ao caso concreto, separar uma relação autônoma da subordinada.

Muito embora aparenta existir uma similitude entre os institutos, na prática, verifica-se não se tratar de temas afins. Modernamente avolumaram-se as mais variadas formas obrigacionais com base na **locação de serviços e no mandato**, e ultimamente, é tendência em se tutelar socialmente o trabalho alheio. Daí a necessidade, cada vez maior, de se distinguir juridicamente o trabalho subordinado (contrato de trabalho) e o trabalho autônomo.

Essa distinção constitui, sem sombras de dúvidas, aqui e alhures, um dos aspectos que mais demandam empenho e esforços dos jus laboristas, especialmente ao magistrado trabalhista, em seu trabalho de aperfeiçoamento e construção social.

São enormes as dificuldades de se fazer uma perfeita distinção entre as duas relações jurídicas aqui tratadas, em razão da forte semelhança de seus elementos caracterizadores. É muito difícil buscar a linha divisória existente entre os dois institutos.

A doutrina é pródiga em destacar as dificuldades que ocorrem quando se tenta separar a linha que demarca as atividades do representante comercial autônomo do trabalho subordinado^{1, 2}.

a - Trabalho apresentado ao Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais, como experiência final para conclusão do semestre da Disciplina de Direito do Trabalho, sob orientação da Professora Dr. Dinaura Godinho Pimentel".

1 - "Somente ao juiz, em cada caso concreto, é que, na realidade, poderá precisar a ocorrência de uma ou de outra espécie de relação jurídica". (Vilhema, 1969)

2 - "A escolha de uma linha nítida de demarcação entre o campo do agente dependente e do agente autônomo é um problema que tem apaixonado intensamente estudiosos..." (Giordano)

A temática em apreço, como desde logo se vê, é complexa e apaixonante, revestindo-se de alta significação social.

Procurou-se, como resultado do estudo em questão, mostrar os elementos caracterizadores da relação jurídica existente no trabalho autônomo e subordinado. Isto é, declina a problemática existente nas chamadas "zonas cinzentas" ou "zonas de conflitos", podemos assim dizer, nas situações onde aprioristicamente não se sabe onde termina uma espécie de contrato e onde a outra se inicia, ou seja, onde está o marco limítrofe entre a autonomia e a subordinação.

2 – O CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – NATUREZA JURÍDICA – O TRABALHO AUTÔNOMO – CARACTERÍSTICAS – CONCEITOS

SAVATIER já definia a representação como sendo "uma técnica de realização de negócios jurídicos. Consiste, para realizar-se um ato jurídico, em substituir à vontade da pessoa a que diz respeito esse ato, a vontade de outra pessoa". (Savatier, 1967)

Vê-se, pois, que a relação da representação comercial se estabelece pelo contrato. Em razão da existência de obrigações a ambos os contratantes, o relacionamento da representação comercial se caracteriza através de um contrato bilateral e sinalagmático. Não se trata de um contrato formal e nem se exige forma para a sua constituição. Pode resultar de declaração expressa das partes, em instrumento escrito, e decorrer de manifestação verbal.

Apesar de posicionamento em contrário, admite-se a formação do contrato de modo **tácito**, bastando, simplesmente, a execução continuada da prestação do serviço de representação sem oposição do representado.

Quanto ao tempo de duração, permite a Lei 4.886/65 (artigo 27, letra "c"), que o contrato de representação comercial seja feito por prazo certo ou indeterminado.

A doutrina é pródiga em considerar a indeterminação do tempo elemento integrante de sua natureza. MESSINEO já observava que a razão prática dessa circunstância "reside no fato de que nenhum dos contratantes sabe com antecipação até que momento o contrato lhe será útil". (Messineo, 1950).

Não é natural em contrato de execução continuada, que constitui o cerne de uma profissão se estabeleça tempo certo, sobretudo se esse tempo for exíguo. Daí porque alguns juristas (entre eles o italiano GIUSEPPE GIORDANO) tem denunciado como uma **anomalia** o contrato de representação comercial a prazo determinado.

Nos contratos por tempo indeterminado, a sua rescisão desmotivada atribui ao representante o direito à uma indenização legal e aviso prévio (artigo 27, letra "j" e art. 34, letra "l", da Lei 4886/65). No contrato a prazo certo isso não ocorre. Cessa a relação contratual sem direito a indenização ao representante.

Em razão dessa indenização, o representado, que é a parte economicamente mais forte, utilizava o seguinte artifício: impunha arbitrariamente ao representante contrato

pelo prazo de um ano, prorrogando-se ou renovando sucessivamente o contrato. Desta forma, rescindia periodicamente o contrato sem qualquer indenização ou aviso.

O direito trabalhista brasileiro, a exemplo de legislações sociais de outros países, como a Itália, sabiamente, acercou-se deste artifício, conforme disposições do artigo 451, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que "o contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação do prazo".

Com isto afastou a Lei Maior Trabalhista quaisquer veleidades maliciosas dos empregadores, restringindo a predeterminação do prazo contratual àqueles contratos que, pela sua natureza e objeto, são necessariamente efêmeros.

Por outro lado, ao conceber ao representante comercial a indenização e aviso prévio pela denúncia desmotivada do contrato de representação comercial pela empresa representada, não há como negar a **natureza social** desse direito, aproximando, ao menos nesse particular, o contrato de representação comercial ao contrato de trabalho.

O direito italiano, para resolver os problemas dessa natureza, estendeu à relação de representação comercial os princípios gerais do contrato, todas as questões sociais que surgem naquela são resolvidas com os padrões legais desta.

Na Itália, a controvérsia vem sendo dirimida de forma bastante prática, constando nos acordos coletivos de trabalho, equiparando a prazo determinado os contratos de representação comercial a prazo indeterminado que venham a ser renovado.

Feitas essas observações preliminares sobre o contrato de representação comercial, passamos a verificar mais pormenorizadamente os seus elementos intrínsecos.

A Lei 4.886, de dezembro de 1965, qualifica representante comercial autônomo a pessoa física ou jurídica, que "sem relação de emprego, desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representantes, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios". (verbis)

Da leitura da Lei supra defluiu-se que são características jurídicas da representação comercial: a) atividade empresarial do representante; b) não eventualidade das prestações; c) a mediação para realização de negócios mercantis; e, d) autonomia da atividade do agente.

O direito civil italiano, de uma forma mais cristalina, discrimina mais explicitamente os elementos caracterizadores do contrato de representação comercial (contrato di agenzia).

O artigo 1742, do Código Civil Italiano menciona que "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".

Seguindo a esteira desse artigo, tais elementos resumem-se na:

- a) a obrigação do agente de promover a conclusão de contratos por conta do proponente;
- b) a estabilidade da relação;

- c) a delimitação de zona na qual o agente deve operar;
- d) o direito do agente à retribuição do serviço que presta.

Na França, prevaleceu por muito tempo a legislação que colocava a relação profissional da representação sob o prisma estrito da relação de emprego.

Uma lei especial de 18 de julho de 1937, alterava o CODE DU TRAVAIL, para acrescentar no artigo 29, do Livro Primeiro a regulamentação da atividade do V.R.P., como passou a abreviar as expressões de viajante, representante e praticista.

Mais tarde, através do decreto de 23 de dezembro de 1958, passou a visar, com exclusividade, a proteção da atividade do agente comercial autônomo.

O artigo 1º desse decreto definiu o agente comercial autônomo, nestes termos:

“Est agent comercial le mandataire qui, à titre de profession habituelle et indépendante, sans cie et, éventuellement, conclut des achats, des ventes, des location ou des prestations de services, au non et pour le compte de producteurs d’industriels ou de commerçants”.

Preocupou-se a doutrina e a jurisprudência francesa em deixar claro a distinção necessária entre o representante dependente e o agente comercial autônomo. Ao fazer essa distinção, os juristas franceses encontraram tanto na **liberdade de fixação do itinerário como na disposição do tempo** os elementos mais característicos e seguros da autonomia do trabalho do representante comercial em relação à empresa a que serve como mediador.

Em termos de Brasil, segundo o posicionamento adotado pela lei básica da representação comercial, essa representação tanto pode ser exercida pela pessoa física como pela pessoa jurídica.

Obviamente, para o nosso estudo, nos interessa mais de perto as atividades do agente representante **pessoa física**, mesmo porque, é inviável a qualificação de uma pessoa jurídica como empregado³. (Olea, 1955)

A representação comercial deve ser naturalmente uma **atividade empresarial**. Essa atividade pode se destinar a representar no comércio apenas uma empresa ou várias delas.

A jurisprudência brasileira tem entendido que o fato do agente estar comprometido a trabalhar para um só comitente, afasta a possibilidade de sua economia, e o caracteriza como empregado. Sustenta, que, nesse caso, estaria o representante comercial engastado ao interesse de sua representada, o que importaria na quebra de sua independência.

Na realidade, os que aceitam esse posicionamento, cometem equívoco.

O direito germânico, com efeito, registra que **se no contrato, é interdito ao agente mandatário** de representar outros padrões (**agente mandatário e de uma só firma**), constituirá sempre numa limitação de sua independência, e, por isso mesmo, num índice de que na realidade não se tra-

ta de um agente mandatário (**independente**), mas de um viajante de comércio (**dependente**).

Todavia, isso não pode ocorrer em nosso direito. Com o advento da Lei 4886/65, essa limitação não será possível, pois a determinação legal (artigo 1º) enuncia que a representação comercial será desempenhada **“em caráter não eventual, por conta de “uma ou mais pessoa” a mediação para a realização de negócios mercantis”**.

Portanto, poderá o representante comercial trabalhar apenas para uma empresa, e nem por isso ser taxado de empregado da empresa.

Surge da leitura do texto legal classista (Lei 4886/65) alguns elementos que caracteriza a relação da representação comercial: **a não eventualidade** (a prestação dos serviços é feita de forma contínua); **a exclusividade** (artigos 1º e 27, letra “i”) (garantia de exclusividade — parcial ou total — de zona ou setor); **admissibilidade de pagamentos periódicos** (artigo 27, letra “d”, “f” e “g”); **o dever de fidelidade; o dever de produtividade;** e o de estrita **colaboração** com o representado (artigo 28).

Além dessas, existem outras características da representação comercial, a seguir: a **mediação** (o representante comercial é um mediador profissional) aproximando o vendedor do comprador — ou praticando atos relacionados diretamente com a execução do negócio); a **atividade profissional** (o que afasta a possibilidade de enquadramento do trabalho eventual); a **escolha do próprio itinerário** (independência do agente comercial de atuar livremente no mercado, não só em atenção ao tempo como ao espaço); **direção e fiscalização pelo representado** (o representado tem poder de direção e fiscalização sobre os serviços realizados pelo representante e, nem por isso, poderá ser considerado como empregado, é uma faculdade da lei).

Mencionam-se também outros critérios para a caracterização da relação de representação comercial: **a formalidade do registro da atividade; da organização de personalidade jurídica; da exclusividade da atividade do agente ou de representante de uma só empresa; na inscrição da “cláusula del credere” no contrato.**

A última característica da relação de representação comercial, com certeza, a mais imperativa e determinante e, é a da **autonomia** da atividade mediadora do representante comercial. Não haverá contrato típico de representação comercial se ocorrer elo de subordinação e não for sua atividade autônoma e independente da empresa representada. (Requião, 1979)

Aliás, esse critério da autonomia é bastante realçado pelo direito germânico.

Inicialmente, ao conceituar o representante comercial, o § 84, do Código Comercial Alemão, principia por situá-lo na categoria dos **profissionais autônomos** (Selbständiger Gewerbetreibender). Depois de impor condição de permanência à atividade (Standig), tomou-se o dispositivo, em sua parte final, de precisar o que seja **autônomo**, como sendo pessoa que realiza, em essência, livremente sua atividade e pode determinar seu tempo de trabalho (Selbständig ist,

3 - Artigo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - expressamente.

wer imwesentlichen frei seine tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit Bestimmen).

A segunda parte do dispositivo mencionado, expressa que, quem, sem a autonomia acima definida, intermedia negócios para empresário ou em seu nome os conclui, **é empregado** (Wer, ohne für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen namen abzuschliessen, gilt als Angestellter). (Vilhema, 1969)

Contemporaneamente é muito comum a empresa representada, na tentativa de mascarar o verdadeiro contrato de trabalho que existe entre esta e o representante, constranger o empregado a se constituir em firma individual. Todavia, apenas pela existência desse elemento não se deve afirmar seguramente que estamos diante de uma relação de representação comercial. A firma individual, dentro do sistema do Código Civil Brasileiro, não constitui personalidade jurídica. O efeito jurídico da firma individual só é aceito pelo Regulamento do Imposto de Renda. Somente para esse efeito a firma individual, registrada na Junta Comercial ou no registro civil, é considerada pessoa jurídica. Fora disso, no Direito Comum, mesmo sob a forma de firma individual, o representante comercial pessoa física, não tem o anteparo da personalidade.

Portanto, o fato de um representante comercial se apresentar com firma individual registrada, não lhe dá o caráter de pessoa jurídica, nem necessariamente a qualidade de representação comercial autônoma. É claro que se essa firma individual autenticamente apresentar a estrutura de empresa organizada, inclusive tendo a colaboração de empregado, será autônoma, mas, por esse fato e não pelo seu registro comercial. Na prática o que se verifica é que a firma individual só serve para emitir a Nota Fiscal de Serviço quando o representante vai receber a sua comissão pelas vendas realizadas. Não tem outra finalidade, todo o serviço é prestado pela própria pessoa física do representante. Em outras palavras, a constituição da firma individual, que é, quase sempre, uma exigência do representado, na prática, só serve para mascarar o verdadeiro contrato de trabalho subordinado.

Inclusive, o CORE do Estado do Paraná, até bem pouco tempo, não autorizava o registro de firmas individuais em seu cadastro, como pessoa jurídica. São elas, evidentemente, apenas pessoas físicas, mesmo que detenham o registro na Junta Comercial.

Como se vê, a personificação jurídica apenas no campo da **sociedade comercial**, poderia propiciar dúvidas, entre alguns de seus sócios, sobre a respectiva autonomia de suas atividades. (Requião, 1979)

3 – A RELAÇÃO DE EMPREGO – O TRABALHO SUBORDINADO – CARACTERÍSTICAS – CONCEITOS

As formas de consentimentos para a constituição de

um contrato de trabalho, as formas mais usuais, podem ocorrer de duas maneiras distintas: **a forma expressa** (escrita) mais utilizada nos meios dos empregados mais categorizados, além de sua forma obrigatória em outras hipóteses (contrato de marítimos, de artistas, de atletas profissionais, de aprendizagem, contrato a prazo certo etc). **A forma verbal** – ocorre quando empregado e empregador, diretamente ou por meios de representantes, existe declaração de vontade manifestada oralmente. Nesta forma, não se combina os detalhes, basta o agente do emprego. **A forma tácita** – ocorre quando a manifestação de vontade das partes se faz não mediante declaração expressa, mas implícita no comportamento. A intenção revela-se pelo comportamento das partes.

Há mais de uma teoria para explicar a natureza do vínculo jurídico que une empregado e empregador. Dentre essas teorias destacamos a **contratualista** e a **anti-contratualista**. Para os **contratualistas**, sendo o vínculo entre empregado e empregador um contrato, a vontade das partes é da substância, está na base do ato introdutório. Assim, a relação jurídica surgiria em decorrência da autonomia privada, divergindo os doutrinadores apenas quanto à natureza do contrato. Inicialmente (fase clássica) houve uma tentativa de equiparar o contrato de trabalho dos contratos civis (arrendamento, compra e venda, mandato, contrato de sociedade etc).

Na fase contemporânea, e quanto a isso não existe dúvida, o contrato de trabalho é um contrato com forte ingerência estatal.

A teoria **não-contratualista**, nasceu na Alemanha expandindo-se na França. Por essa teoria, obviamente, a natureza do vínculo introdutório não seria um contrato. Para essa teoria, a empresa seria uma comunidade de pessoa, de trabalho. Bastaria a pessoa participar dessa comunidade para ser empregado.

Na França a empresa seria uma instituição. Dessa forma o vínculo seria estatutário e não contratual. A empresa não teria apenas fins econômicos, mais sociais. O conceito de empresa é mais abrangente. A empresa resguardaria os interesses dos empregados, empregador e da própria sociedade (Estado), de modo mais amplo e geral. O vínculo surgiria do simples **engajamento** do empregado à empresa.

Para a teoria alemã a relação de emprego inicia-se com a simples **ocupação do trabalho humano**. Inclusive, esse é o posicionamento das leis trabalhistas moderna; *“pisar no estabelecimento e começar a trabalhar, é tudo quanto basta para iniciar a relação emprego”*⁴.

Sendo o vínculo inicial da relação de emprego **contrato** ou **instituição**, a verdade é que existem várias modalidades de se comprovar os elementos do vínculo empregatício.

Quais, então, seriam os elementos dessa relação? Quais deles, que, se conjugados, dão os elementos básicos para o surgimento e formação do contrato de trabalho?

4 - LEI FEDERAL DO MÉXICO DE 1971, ARTIGO 20: “Entende-se por relação de trabalho, qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de um trabalho pessoal e subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário”.

LEI DO CONTRATO DE TRABALHO DA ARGENTINA (LEI Nº 20744, ART. 24): “Haverá relação de trabalho quando uma pessoa realizar atos, executar obras ou prestar serviços para outra, sob a dependência desta, de forma voluntária e mediante o pagamento de uma remuneração, qualquer que seja o ato que lhe dê origem”.

Entre nós, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, oferece uma diretiva para a apuração desses elementos quando enuncia expressamente que, "*considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência desde mediante salário*".

É o trabalho humano, o qual, para ser realizado consome energia orgânica do homem, com finalidade econômica que a lei trabalhista protege.

No escólio da Ilustre Professora **DRA. DINAURA GODINHO PIMENTEL**, o trabalho que a lei tutela "*é o trabalho humano, livre, consciente, prestado em caráter permanente, subordinado a outro, com a percepção de um salário*". (Pimentel, 1990)

Esse é o trabalho protegido por lei, onde ocorre a relação de emprego, onde perdura o trabalho dito subordinado.

Os critérios para a aferição e qualificação da subordinação do trabalhador, são apreciados sob várias concepções. Essas concepções são de ordens: hierárquica, técnica, jurídica, econômica e social.

Antes, é bom frisar que no direito alemão ao invés de **subordinação**, usa-se a expressão **dependência**. No Brasil e Itália usa-se o termo **subordinação**, que significa estar sob ordens do patrão durante o período de prestação do serviço.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO, define subordinação como sendo "*uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhava*". Continuando, termina por concluir que "*subordinação significa uma limitação à autonomia do empregado, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas*". (Pimentel, 1990)

ARION SAYÃO ROMITA (A Subordinação no Contrato de Trabalho, Rio de Janeiro, Forense, 1979), citado por **AMAURI MASCARO NASCIMENTO**, ao fixar objetivamente o conceito de subordinação, conclui que ela "*consiste em integração da atividade do trabalhador na organização da empresa mediante um vínculo contratualmente estabelecido, em virtude do qual o empregado aceita a determinação, pelo empregador, das modalidades da prestação de trabalho*". Acrescenta, ainda, que, "*a subordinação não é um status do trabalhador, noção que identifica uma posição permanente do membro da sociedade no grupo, conferindo-lhe individualidade nas relações comunitárias. Não é manifestação de um vínculo de hierarquia, rejeitada a teoria da dependência hierárquica inspirada no nazismo que tinha o trabalhador como inserido num complexo e em posição de inferior diante de superior. Não é sujeição ou submissão pessoal porque objeto do contrato é o modo como o trabalho é prestado e não o trabalhador, sendo a diferença a mesma que há entre a pessoa e a sua atividade*". (Nascimento, 1989)

É muito importante esse requisito da subordinação na configuração da relação empregatícia. A subordinação, conforme anteriormente mencionado, é vista sob várias concepções: **hierárquica** — significando a aceitação de ordens superiores

no trabalho; **econômica** — põe o trabalhador numa sujeição ou estado de dependência econômica; **jurídica** — em razão de ocorrer um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, submetendo-se o empregado a essas ordens; **técnica** — nasce entre indivíduos dos quais um exerce de modo constante uma atividade na indústria e para exercício da qual eles se servem de pessoas que dirigem e orientam; **social** — decorrente da classe social.

Há uma prevalência de aceitação da teoria jurídica que explica a posição do empregado perante o empregador, para demonstrar que não a sua pessoa, mas o modo como o seu trabalho é prestado, que é o objeto do contrato.

Além da subordinação, existem alguns outros requisitos que deverão ser observados na configuração da relação de emprego.

O requisito da **onerosidade** — o trabalhador remunera os frutos de seu trabalho, recebendo para tal um salário. Nas atividades gratuitas não há contrato de trabalho. Não havendo onerosidade não há vinculação empregatícia. Os contratos de trabalho resultam em prestações bilaterais e onerosas; **durabilidade** — **continuidade** — **permanência**: deve existir a vontade do empregado e empregador de se vincular de uma forma duradoura. As situações eventuais e transitórias são excluídas; **alteridade** — o direito laboral espanhol coloca esse elemento significando "trabalhar por conta de outro — a disposição de outro".

Desta forma, é de bom alvitre que ao pretendermos fazer uma averiguação da relação de emprego, devemos tomar por base a somatória dos elementos caracterizadores dessa relação, e, não apenas um de seus elementos.

Todos os elementos são importante para a caracterização do vínculo empregatício.

4 — DISTINÇÕES ENTRE A RELAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL E A RELAÇÃO DE EMPREGO — OBSERVAÇÕES FINAIS — CONCLUSÕES

Não é fácil fazer tal distinção entre as duas relações jurídicas, em razão da forte semelhança que existe entre os seus elementos formadores.

A doutrina é pródiga em relatar essas dificuldades.

DÉLIO MARANHÃO, remete essas dificuldades para o Juiz, considerando a tarefa "*nem sempre fácil*". (Maranhão, 1963)

O ilustre jurista **PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHEMA**, em excelente trabalho monográfico, termina concordando que "*somente ao juiz, em cada caso concreto, é que na realidade, poderá precisar a ocorrência de uma ou de outra espécie de relação jurídica*". (Vilhema, 1969)

A doutrina estrangeira, de um modo geral, concorda com a existência dessas dificuldades quando se tenta estabelecer os lindes do contrato de trabalho e os da representação comercial.

O eminente tratadista italiano **GIUSEPPE GIORDANO** observa "*che la ricerca di una linea di demarcazione tra il campo dell'agente autônomo é un problema che ha appassionato ancor piu gli studiosi...*" (Giordano, p. 83)

De qualquer forma, conclui o mestre que a distinção entre o agente subordinado e o agente autônomo é de tríplice ordem: organizativa, funcional e econômica.

Elemento organizativo — o agente autônomo é ligado à empresa preponente só por uma **externa de produção** mediante contrato de agência que, antes de privá-lo na sua autonomia, o obriga pelo contrário a prestar à empresa representada a própria organização e a sua iniciativa, aquela colaboração econômica que se tornará necessária para a sua consecução de bom êxito contratual; **elemento funcional** — a colaboração do agente autônomo é somente econômica e por isso tem em mira o resultado final efetivo. O interesse do agente não é divergente e contrastante, mas é convergente e confluyente com aquele da empresa com a qual tem em comum a destinação do serviço; **elemento econômico** — o agente ou representante autônomo é interessado continuamente, seja na promoção como na conclusão e o resultado final do negócio, dependendo do bom fim do mesmo a realização da comissão, e suportando ele as despesas de gestão e todos os riscos de sua própria atividade. (Giordano)

Os elementos constituidores das relações de representação comercial e relação de emprego são bastante semelhantes, principalmente com o advento da Lei 4886/65.

Senão vejamos: tanto a relação de emprego como a relação da representação comercial são de caráter permanente, não eventuais; tanto o empregado como o representante comercial pode trabalhar para mais de uma pessoa. Desta forma, são bastante semelhante a figura do vendedor, praticista e viajante, subordinados, do representante comercial. Portanto, se considerarmos os elementos da **profissionalidade** e a **mediação**, no sentido econômico e técnico, não constituem e não se prestam, por si só, como elementos de valia para estabelecermos a distinção entre as duas relações jurídicas.

Da mesma forma pode se dizer do elemento da **subordinação**. Aliás, nestes dois tipos de relações jurídicas (representação comercial e relação de emprego), **autonomia** e **subordinação** a todo momento se encontram e se confundem.

Todavia, neste particular, há que se firmar posição bastante clara. A "subordinação" na relação da representação comercial, se é que assim possa ser denominada, não se trata, propriamente, da mesma subordinação que se forma na relação de emprego. Esta última, como é sabido, caracteriza-se pela submissão do trabalhador às ordens e disciplina do empregador. Isto é, o **patrão** ordena, comanda, determina: o **empregado** obedece, executando as ordens que forem transmitidas. O trabalhador autônomo, enquanto vinculado ao contrato da representação comercial, não recebe ordens no sentido de submissão. Por imposição da lei da classe, o representante comercial recebe **diretivas** do representado. Essas diretivas implicam no atendimento por parte do representante de certas e determinadas orientações e conveniências da atividade organizada da empresa, são aliás, inerentes a bilateralidade dos contratos desse tipo. Portanto, tais diretivas, não configuram imposição, sujeição ou subordinação.

Na realidade, na prática, tais diretivas quase sempre são deturpadas, tornando-as verdadeiras imposições.

Todavia, o recebimento de ordens diretivas nem sempre podem ser consideradas como seguro índice de subordinação. Por outro lado, a não subordinação do trabalhador autônomo não quer dizer que não deva saber, da empresa, hora a qual trabalha, que serviço deve fazer, como deve fazê-lo, que material será empregado etc.

A propósito, a Lei 4886/65, em seu artigo 28, determina que o representante preste 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.

Outros elementos também poderiam ser úteis na diferenciação dessas duas relações jurídicas: **habitualidade**, **continuidade** e **exclusividade**.

Sobre isto, esclarece com maestria TULLIO ASCARELLI que, "no concernente às pessoas físicas, **profissionalidade implica habitualidade**. Mas esta, prossegue o renomado mestre, **não significa continuidade** (pense-se nas atividades estacionais) **nem exclusividade**". (Ascarelli, 1962)

Da mesma forma, não se pode e nem se deve acolher o critério do registro do representante comercial como determinante, por si só, da sua autonomia.

No escólio do Ilustre Professor RUBENS REQUIÃO, "os representantes comerciais, conforme a Lei 4886/65, estão sujeitos ao registro nos Conselhos Regionais de Representantes Comerciais, sediados em cada um dos Estados. Esse registro, segundo esclarece o doutor professor paranaense, "assegura a legalização da atividade, sem o que o agente estaria inabilitado para o exercício de sua profissão". O efeito da inscrição, conclui o mestre, não é "constitutivo de direito", mas possui efeitos meramente "declaratórios". (Requião, 1979)

Em outras palavras, "o registro por si só, não efetiva a qualidade do comerciante"⁵.

Se o representante comercial estiver organizado através de constituição de **sociedade comercial**, via de regra, estaria afastada a confusão com o contrato de trabalho, pois, como mencionado anteriormente, o artigo 3º celetário, considera empregado apenas e tão somente a pessoa física.

A personificação jurídica, conforme posicionamento adotado pelos nossos tribunais, não tem efeito absoluto para eliminar a vinculação empregatícia.

Quando se verificar tratar-se de sociedade civil organizada para mascarar o verdadeiro contrato de trabalho, a justiça deve considerar fraudulenta referida personificação restaurando a relação empregatícia.

Várias decisões judiciais tem considerado o representante comercial colaborador, ligado exclusivamente a uma só empresa (**exclusividade de atividade**), descaracterizado como autônomo. Esse posicionamento é adotado em razão de que, se o agente trabalha para um só comitente, afasta a possibilidade de sua autonomia e o caracteriza como empregado. Sustenta que, nessa hipótese, está o representante co-

5 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 37.099 (STF) - In RTJ 5/122.

mercantil agarrado aos interesses de sua representada, o que importa na quebra de sua independência.

Neste particular, queremos crer, a Lei 4886/65 é bastante clara e dissipa quaisquer dúvidas ao enunciar que desempenha o representante comercial **"em caráter não eventual, por conta de "uma ou mais pessoas" a mediação para a realização de negócios mercantis"**.

Portanto, pelo critério da **"exclusividade de atividade"**, pode não ser verdade concluirmos que o representante que trabalha apenas para uma empresa é empregado. A Lei Classista Brasileira admite, perfeitamente, expressamente, a figura do representante dedicado a uma só empresa.

Um outro aspecto que deve ser abordado, muito importante, diga-se de passagem, diz respeito, quando, por exigência do representado, o representante constitui-se em **firma individual**.

Quase sempre, essa constituição do representante em firma individual, é meio subterfúgio utilizado pelo representado para burlar o verdadeiro contrato de trabalho. Essa burla é facilmente constatada na prática, quando se verifica que os serviços são desempenhados pela pessoa física do representante, e a emissão de Nota Fiscal da firma só serve para o recebimento da sua comissão mensal.

Portanto, é mera camuflagem para encobrir o vínculo empregatício existente na relação.

Para RUBENS REQUIÃO, *"a firma individual, de acordo com o sistema de personificação do Código Civil, não constitui personalidade jurídica. Só é considerada pessoa jurídica para fins do Imposto de Renda, aliás, o registro da firma individual é uma imposição do Regulamento do Imposto de Renda"*. (Requião, 1979)

Da mesma forma, não se deve caracterizar o contrato de representação comercial o simples fato da inclusão da **cláusula del credere** em seu bojo.

Essa cláusula, muito utilizada nos contratos de comissão mercantil, através dos usos e costumes, foi aceita a sua inclusão nos contratos de representação comercial.

Nem sempre essa "cláusula del credere" indica ser um contrato de representação comercial. Obviamente, essa cláusula é incompatível com o contrato de emprego.

Se a relação principal não restar caracterizada como contrato de representação comercial, mas tiver característica de relação de emprego dados os critérios de subordinação que nele forem verificados, é evidente que a "cláusula del credere" será nula em face da relação empregatícia (contrato de trabalho).

Talvez, dentre os vários critérios para a aferição da relação de representação comercial, os mais importantes é a **mediação** e a sua **autonomia**. O representante comercial é tipicamente um mediador profissional, podendo essa mediação se prestar para a colheita, apenas, de propostas ou pedidos, aproximando o vendedor do comprador, ou comple-

tando essa tarefa com "atos relacionados com a execução dos negócios" e aqui pode se acoplar o mandato.

A **autonomia** da atividade mediadora do representante comercial é a característica mais imperativa. Não haverá contrato típico de representação comercial se ocorrer elo de subordinação e não for sua atividade autônoma e independente da empresa representada.

O representante comercial não poderá ser subordinado à empresa que representa. Deverá pautar as suas relações com a empresa representada, com o natural espírito de solidariedade social, sem sujeição ou obediência subalterna. Não estará ele jamais sob os efeitos de **direção e fiscalização** da representada. Pois, se assim estivesse, seria empregado não representante comercial.

Como restou comprovado, é muito difícil, principalmente ao magistrado, descobrir a tenue linha que separa a relação da representação comercial da relação de emprego.

O ilustre jurista PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHEMA indica o **"processo da exclusão"** como meio mais indicado para se buscar, no caso concreto, a linha divisória que limita a relação autônoma da subordinada. Para se saber se se trata de uma relação de representação comercial ou de uma relação de emprego⁶.

Caberá, portanto, aos estudiosos do direito, principalmente ao magistrado, buscar na lei, nos fatos e nos elementos constituidores dessas relações, a definição por um ou por outro caso.

A somatória desses elementos, acreditamos, é o processo mais indicado para se chegar a uma ou outra relação jurídica.

Esses elementos, elucidadores de dúvidas, no caso da representação comercial está na própria Lei 4886/65, que regulamenta a profissão do representante comercial. Pela exegese da norma legal, o representante comercial tem as seguintes características: **atividade empresarial; não eventualidade das prestações; a mediação para a realização de negócios mercantis; autonomia da atividade do agente**.

Conclui, em razão disso, que o representante comercial pode ser uma pessoa física ou jurídica. De consequência, poderá organizar-se em empresa (sociedade comercial ou firma individual). É um mediador por excelência. A sua atividade é totalmente autônoma. O representante comercial não estará sujeito aos efeitos da direção e fiscalização da representada.

Verifica-se, em outras palavras, que o representante comercial tem plena liberdade de itinerário nas visitas à clientela; liberdade de emprego do tempo; ônus pessoal das despesas de sua organização e manutenção de escritório próprio; inscrição nos registros peculiares; pagamento dos impostos e taxas pelo exercício da atividade.

Na realidade, com o surgimento da Lei 4886/65 que aceitou como compatíveis ao contrato da representação co-

6 - "Conquanto nosso objetivo seja examinar o problema das chamadas "zonas grizes", resultantes daquelas situações em que dificilmente se sabe, um lance apriorístico, onde termina uma espécie de contrato e onde outra se inicia - sobretudo nos lindes amorfos da interpenetração da autonomia e da subordinação e que sofreram um acentuado adensamento com a Lei 4.886 -, a mais correta posição metodológica a seguir indica, para chegar-se à análise das categorias confinantes. O processo da exclusão, como o mais adequado e através do qual se arredam, primeiro, os contratos de intermediação, que nenhum ou quase nenhum contato mantenham com a representação subordinada ou com a representação autônoma". (Vilhema, 1969)

mercial, certos elementos até então pertinentes exclusivamente ao contrato de trabalho, empanou ainda mais o nevoeiro que existia na linha fronteira entre as duas relações jurídicas.

A não **eventualidade**, como requisito essencial e à **exclusividade** como acidental (artigo 1º e 27, letra "i"); a fixação e as restrições de zonas de operação; a admissibilidade de pagamentos periódicos (art. 27, letra "d", "e", "f" e "g"); o dever de produtividade e o de estreita colaboração com o representado (art. 28); fornecimento de informações constantes sobre o andamento dos negócios ou tomadas de conhecimento de reclamações deles decorrentes (arts. 28 e 30), são deveres e obrigações que supõe a integração da atividade do representante na atividade do representado.

As cláusulas acima, como se pode constatar, são próprias tanto do contrato de representação comercial como do contrato de trabalho.

Todavia, restarão algumas que são próprias do contrato de representação comercial: (**autonomia da atividade do representante comercial** (liberdade de itinerário e liberdade de emprego do tempo).

Mesmo assim, é muito difícil dividir as duas relações jurídicas. Isto é, onde começa uma e termina outra.

Tanto é verdade que os doutrinadores contemporâneos, dentre os quais se destaca a figura do eminente jurista **HUGO GUEIROS BERNARDES**, tem entendido que "*em toda prestação pessoal de trabalho, com exercício habitual da representação de terceiro, a relação de emprego é de ser presumida*". (Bermudes, 1975)

Desta forma, a prova contrária caberá sempre ao representado e deverá resultar na demonstração de que a prestação do trabalho não é pessoal ou de que é autônoma ou descontínua.

Não resta dúvida de que a presunção da relação de emprego facilita de forma sensível ao magistrado trabalhista quando da exarcação do ato sentencial. Mesmo porque, na falta de prova por parte do representado (na prática quase sempre inexistente essa prova) estaremos diante de uma relação empregatícia. O contrato, pois, é de trabalho e não de representação comercial.

Analisando o assunto pelo lado da ótica probatória, também recairá ao representado, no caso de reconhecer a prestação do serviço, mas negar a vinculação do emprego, a prova do contrário.

O insigne jurista **MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO**, ao descrever sobre a distribuição da carga probatória no processo, menciona, expressamente que:

"O art. 818, da CLT, que estabelece o critério objetivo e específico para a participação da carga da prova entre os litigantes, diz apenas (e é o quanto basta) que o ônus incumbirá à parte que formular alegações, sem distinguir entre serem positivas ou negativas tais alegações. Basta que se alegue e aí estará o ônus, pouco importando de quem tenha sido a iniciativa. Calham à

hipótese, portanto, as palavras precisas de Eduardo Couture ("Fundamentos del Derecho Procesal Civil", págs. 151/152), no sentido de que "nenhuma regra positiva ou lógica dispensa o litigante de produzir prova de suas alegações".

E, exemplificando, assinada o eminente jurista:

"Deste modo, sempre que o empregador expender uma alegação oposta à do empregado e capaz de eliminá-la (donde resulta o seu caráter substitutivo, em relação àquela), sobre ele recairá o ônus de demonstrar ser verdadeira; não se desincumbindo, satisfatoriamente, desse encargo probatório, presumir-se-á autêntica a que foi formulada pelo empregado, na medida em que a objeção que se lhe fez restou ineficaz para elidí-la". (Teixeira Filho, p. 94-95)

A jurisprudência extensiva tem adotado o mesmo posicionamento, ou seja,

*"... quando o reclamado reconhece que havia prestação de serviços — e em tal caso, a jurisprudência e doutrina modernas tendem a reconhecer o vínculo empregatício, se o reclamado não provar a autonomia, a eventualidade ou outra circunstância que descaracterize a relação empregatícia"*⁷.

Vários outros julgados também admitem essa presunção⁸.

Em razão das semelhanças existentes entre os elementos formadores das duas relações jurídicas (representação comercial e relação de emprego), mormente depois do surgimento da Lei 4886/65, é muito difícil, no caso concreto, fazer uma distinção objetiva das relações em referências.

No entanto, é notória a preocupação de nossos tribunais em invalidar todo e qualquer ato do empresário que tenha por finalidade desfigurar a natural atividade do representante. Quando isso ocorre, quase sempre, pauta-se pela existência de um contrato de trabalho.

O tênue fio que separa a relação de representação comercial da relação de emprego, como anteriormente foi explanado, tem provocado acirradas dissensões, tanto em sede doutrinária quanto na jurisprudência.

Na prática, caberá ao magistrado trabalhista, dirimir tais questões com base no conhecimento da realidade das atividades desempenhadas pelo trabalhador, seja com apoio na lei, na prova documental, seja com a colheita de subsídios no campo da prova oral, valendo-se o julgador, ainda, das lições doutrinárias e da jurisprudência, para poder optar por esta ou por aquela relação.

Dadas as peculiaridades e semelhanças existentes entre a relação de representação comercial e a relação de emprego, somente ao juiz, em cada caso concreto, é que, na realidade, poderá precisar a ocorrência de uma ou de outra espécie de relação jurídica.

7 - TRT-SP, RO 1.157/79, ac. 2.653/80, Rel. FLORIANO CORREIA VAZ DA SILVA, DJESP de 7.5.80, página 39.

8 - TRT-9ª Região, AC. 287/88, de 12.11.87, RO. 2001/87, Rel. TOBIAS DE MACEDO FILHO, In "Revista do TRT-9ª Região, vol. XIII, página 353; TRT-9ª Região. Ac. 1384/89, de 03.03.89, RO.2774/88, Obra Citada, volume XIV, página 218, ementa nº 07.

ABSTRACT

The studied topic here, although without the pretension of setting an end to the subject, tries to show the elements that characterize the relation of the commercial representation (autonomous work) and the contract of work (subordinate work). The existence of problems is based on the existence of "gray zones or conflict zones" which comes out when there is an attempt to distinguish the juridical relation between autonomy and subordination. In conclusion, due to the fact that the magistrate is the only person who is able to make decisions, since the law gives him this power, only he, based on facts and proofs which are shown in the process, is capable of doing this distinction between these two juridical relations (autonomous and subordinate work) using his own free will.

KEY-WORDS: *Contract of commercial representation; Contract of work - Characterizing elements; Conflict zones*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - ASCARELLI, Túlio. *Curso di Diritto Commerciale*, 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.
- 2 - BERMUDEZ, Hugo Gueiros. *Agentes do Comércio ou Trabalhadores à Comissão* LTr-Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, 39: 1114-1124, out. 1975.
- 3 - GIORDANO, Giuseppe. *Il Contrato de Agenzia*. Milano: Giuffrè.
- 4 - MARANHÃO, Hélio. *Instituições de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, v. 1.
- 5 - MESSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* 8 ed. Milano: s.n., 1950. v. 2.
- 6 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- 7 - OLEA, Manuel Alonso. *Pactos Colectivos Y Contratos de Grupo* Madrid: Inst. de Estudios Políticos, 1955.
- 8 - PIMENTEL, Dinaura Godinho. *Anotações em classe - aula proferida no dia 07.07.90, no Curso de Mestrado em Direito das Relações Sociais na Universidade Estadual de Londrina - sobre o tema "Direito Individual do Trabalho*.
- 9 - REQUIÃO, Rubens. *Autonomia da Representação Comercial - Relação de Trabalho e de Emprego*. LTr - Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, 43: 827-836, jul. 1979.
- 10 - SAVATIER, René. *La Theorie des Obligations* Paris: Dalloz, 1967.
- 11 - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Prova no Processo de Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista Legislação do Trabalho, 19__
- 12 - VILHEMA, Paulo Emilio Ribeiro de. *O Representante Comercial e a Relação de Emprego* - LTr - Revista Legislação do Trabalho, São Paulo, 33: 247-255, Maio-Jun. 1969.

Recebido para publicação dia 22/02/1991