

Representante Comercial

Mandatario ou Locador de Serviços ⁽¹⁾

EVARISTO DE MORAIS FILHO

Assistente Técnico do Ministro do Trabalho
Procurador da Justiça do Trabalho

SUMARIO — *Os viajantes e os representantes comerciais que trabalhem exclusivamente, ou de maneira preponderante para uma só firma e que são obrigados a se conformar com as instruções do empregador e a fazer-lhe um relatório de modo regular, são considerados empregados para todos os efeitos da legislação social.*

1 — O que nos interessa no momento não é o estudo da figura do representante comercial em todos os seus complexos aspectos, frente á legislação mercantil, e sim, tão sómente, a análise da situação deste preposto do comércio como empregado assariado, no que diz respeito á sua inclusão no corpo das regras do direito do trabalho.

Seguindo-se a boa praxe de partir do conhecido para o desconhecido, do que já se sabe para o que se deseja saber, convem definir em primeiro o que seja empregado, de acordo com a doutrina mais corrente. E nada mais indicado para isso do que o texto da Consolidação das Leis de Proteção ao Trabalho que, resumindo o que de melhor ensinam os tratadistas, assim o define — artigo 3.º: :

“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Esta, a definição mais simples e também a mais genérica. Por outro lado, como expressamente consigna o dispositivo legal citado, a principal característica do contrato de trabalho, que o distingue de todos os outros, é a *subordinação jurídica* a que está sujeito o empregado em relação ao empregador. Assim a apresenta Oliveira Vianna, num exato conceito que bem inclui os seus elementos diferenciadores e constantes (2):

“O que caracteriza a relação de subordinação é o poder que tem alguém, por força do contrato, de dar ordens, de comandar, de dirigir a atividade de outrem. Desde que o trabalhador, isto é, aquele que contratou prestar serviços, não tem inteira independência dos seus atos, mas, ao contrário, fica obrigado, no desempenho de seus serviços, a receber ordens e a direção daquele, a quem o serviço é prestado, está ele em estado de subordinação a este outro, objetivando-se

numa situação de superioridade hierárquica deste sobre aquele”.

Não é demais citar-se aqui também um trecho de Paul Colin, muito bom para o assunto que vimos tratando, principalmente pelo seu final, que mostra a necessária relatividade deste conceito de subordinação. Assim define este autor o que seja a subordinação jurídica (3):

“Por subordinação jurídica, entende-se um estado de dependência real, produzido por um direito, o direito do empregador de comandar, de dar ordens, e donde decorre a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a estas ordens. Esta é a razão porque se tem chamado a isto de subordinação jurídica, para contrastar principalmente com a subordinação econômica e a subordinação técnica, que importa, sem dúvida, numa direção a dar ao trabalho do empregado. Na subordinação jurídica, ao contrário, trata-se de um direito geral de fiscalizar a atividade de outrem, de interrompê-la, de suspitá-la á vontade, de lhe traçar limites, sem que seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização — tais são os dois polos da subordinação jurídica”.

E também nos casos concretos de agentes ou representantes comerciais, é este critério de *subordinação* que decide se se trata ou não de um trabalhador independente. Pouco importa, como vimos da lição de Colin, que não seja constante o controle dos trabalhos efetuados pelo empregado. É bastante que exista de fato esta subordinação jurídica.

2 — Nesta altura, convem, que façamos uma rápida incursão pelo direito civil e comercial, afim de distinguirmos com segurança entre representação, mandato e locação de serviços. Assim define Henri Capitant o que seja representação (4):

(1) Este artigo é transcrição quasi que direta do art. 55.º do Decreto-lei n. 2.308, de 13 de Junho de 1940, que dispõe sobre a duração do trabalho em quaisquer atividades privadas: “Consideram-se empregados, para os efeitos deste Decreto-lei, todos os que prestem serviços remunerados com o caráter de subordinação, qualquer que seja a forma de atividade ou de remuneração, salvo os que executem serviços de natureza puramente eventual.”

(2) *Conceito de Mandatário e do Locador* — in “Revista do Trabalho” — Abril de 1937 — pág. 162.

(3) *De la Détermination du Mandat Salarie — Mandat Salarie et Activité Professionnelle* — Paris — 1931 — pág. 97. A’ pág. 98, escreve ainda Colin a respeito da relatividade da fiscalização por parte do empregador: : “A noção de vigilância e de direção deve ser apresentada como autônoma; o que necessariamente se deve constatar é a sua plasticidade, a sua maleabilidade que permite ao juiz fazer dela um emprego muito judicioso, segundo as circunstancias da causa e é incontestável que a vigilância pode sem muito reduzida.”

(4) *Introduction á l’Étude du Droit Civil* — Paris — 1921 — pág. 384.

“Há representação sempre que um ato jurídico é efetuado por uma pessoa por conta de uma outra, em condições tais que os efeitos se reproduzem diretamente e imediatamente sobre o representado, como se ele próprio tivesse efetuado o ato”.

Não interessa aqui discutir o histórico desse instituto, desde que a definição acima oferece todos os elementos que o caracterizam. Representar é ser intermediário, fazer as vezes, como se fosse, nada mais. O resto é literatura e conversa fiada.

Costumam os autores dividir a representação em várias espécies diferentes — imediata, voluntária e legal, originária e subsequente, genérica e especial — mas o que importa ao nosso estudo é tão somente falar do *mandato*. Lá está no art. 1.288 do Código Civil:

“Opera-se o mandato, quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses”.

Comentando este artigo, diz mestre Clóvis Bevilacqua (5) que aí se encontra uma definição de mandato e que o que o caracteriza é a representação. Nota, porém, o comentarista que nem todos andam de acordo com esta fusão das duas figuras jurídicas. E’ esta, de fato, a lição da doutrina mais atual, e a corrente contemporânea é bem maior e está levando de vencida o critério clássico.

Como mostra Umberto Clerici no recente *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, vol. III, pág. III — publicado sob a direção de Fulvio Maroi, foi o artigo 1.984 do Código francês o culpado desta tremenda confusão entre as legislações mundiais e seus teóricos. Disciplinou aquele artigo o mandato e a representação em uma só relação, fazendo crer ao intérprete que não há representação fora do mandato, e que a primeira é um elemento essencial do segundo.

Talvez que o estudo mais exaustivo publicado a este respeito seja o livro de Nattini — *La Dottrina Generale della Procura*, 1910. Ensina este autor que foi Rudolf von Ihering o primeiro a entrever a diferença que existe entre a representação e o mandato, quando escreveu que nem sempre coincidem as duas espécies, deduzindo daí que uma e outra constituem dois lados diferentes — interno e externo — da mesma relação. E’ este trecho de Ihering:

“Um lado para o outro é de todo indiferente, e sem nenhuma influência, sendo sua coincidência de todo casual; resultando disso que existem mandatários que não são representantes e representantes que não são mandatários”.

Levando corajosamente tal critério para diante, completa Nattini (pág. 10) que não seria lógico, nem jurídico, considerá-los dois lados de u’ a mesma relação, e sim que devem ser encarados como duas figuras diferentes e com caracteres próprios.

Deve-se, também, a outro autor alemão, ao grande publicista Leband, a completa separação ideológica entre mandato e representação. Concluiu ele que ambos não cons-

tituem, como queria Ihering, respectivamente, o lado interno e externo de uma mesma relação, mas sim que formam duas relações completamente diferentes que têm fundamentos diversos, conteúdo diverso e efeito diversos.

Durante o século passado confundiu a grande maioria dos civilistas mandato e representação. Como vimos, somente com Von Ihering é que se começou a vislumbrar que as duas coisas não são idênticas, e sim bem diferentes. Confundiram-nas Aubry e Rau, Baudry-Lancantinerie e Wahl, Charles Beudant, Dalloz, em França. Coube a Marcel Planiol e a Georges Ripert romper com a corrente tradicional do direito francês. Dizem eles (6):

“Esta definição do mandato pelo artigo 1.984 é muito estreita o Código Civil consistir a essência do mandato na representação jurídica do *mandante* pelo *mandatário*. Ora, esta representação não é senão o aperfeiçoamento trazido pelo direito romano ao procedimento, com auxílio do qual o mandatário se absolve de sua missão. O mandato sempre existiu antes e se executava sem representação de uma pessoa para outra, e esta forma primitiva do contrato não desapareceu, existe em direito comercial sob o nome de comissão e em direito civil sob a forma da convenção de homem de palha. E’ evidente que o comissionário e o “homem de palha”, se bem que não façam conhecer o seu mandante, são espécies de mandatários. A definição do art. 1.984 convem unicamente a uma só variedade, ao mandato ostensível ou mandato representativo”.

Também o prof. René Démogue, da Universidade de Paris, sustenta a diferença entre mandato e representação no seu recente *Traité des Obligations en général* (7) com estas palavras:

“A representação é distinta do mandato, por isso que pode haver representação sem mandato (gestão de negócios, tutela, etc.) e mandato sem representação (homem de palha, (“prête-nom”).

Resumindo tudo quanto ficou dito, até aqui, podemos oferecer as seguintes distinções entre representação e mandato (8): é indispensável o concurso de três pessoas — representante, representado e terceiro — para que se verifique o fenômeno representativo, enquanto que duas pessoas bastam para formar o contrato de mandato; a faculdade de representar existe pelo único fato do representado manifestar sua intenção de se apropriar dos efeitos ativos ou de assumir as obrigações que se originem do negócio que

(6) *Traité Élémentaire de Droit Civil* — Vol. II — Paris — pág. 785.

(7) Vol. I — *Sources des Obligations* — Paris 1923 — pág. 183. Diz ainda Démogue na página seguinte: “Para que haja representação é preciso também que haja *contemplatio domini*. Isto é, que o representante deve ter nitidamente mostrado a sua intenção de agir por conta de outrem e não em seu próprio nome. De seu lado, o terceiro deve ter compartilhado das intenções do representante”.

(8) Amenodoro Rangel Lamus — *Estudios de Derecho Privado* — Caracas — 1937 — pág. 178.

por sua conta execute o representante, declaração de vontade que aquele dirige aos terceiros, enquanto que o mandato requer o acôrdo das duas vontades, a do mandante e a do mandatário; o representante sempre age em nome do representado, e é esta a condição essencial para que o fenômeno representativo se realize, como já dissemos, enquanto que no mandato só é preciso que o mandatária aja por conta do mandante.

Nos seus *Princípios de Direito Comercial*, Alfredo Rocco esgotou a questão, com aquela análise penetrante e erudita que tão bem singulariza os seus livros. Depois de chamar a atenção do leitor para os verdadeiros pressupostos da representação e da necessidade de distingui-la de outros institutos afins, conclue o grande autor (página 322);

“Portanto, o mandatário delibera sobre o negócio no interesse do mandante, mas conclue-o como próprio em frente dos terceiros, ao passo que o representante delibera e, além de deliberar, conclue-o como negócio que é dum outro. Ora tudo isso é que o justamente se traduz dum maneira muito simples na fórmula: o mandatário age por conta de outrem mas no seu próprio nome; o representante age, não só por conta de outrem, mas também em nome de outrem”.

Vemos assim que, a contrário do que sustenta o mestre Clovis Bevilacqua, nem sempre o mandato importa em representação, e vice-versa. Quer tudo isto dizer que o nosso Código Civil também errou ao definir o que seja mandato, á maneira do legislador francês. A melhor definição é a que dá o art. 1.737, do Código Civil italiano:

“O mandato - um contrato pelo qual uma pessoa se obriga gratuitamente, ou mediante salário, a executar um ou mais negócios por conta de outra, que o encarregou disso”.

(9) Hoje em dia á matéria pacífica esto nítida separação entre mandato e representação. Por este ou por aquele fundamento, aceitam quasi todos os autores contemporâneos a distinção entre uma e outra figura jurídica.

Escreve, por exemplo, o Prof. Umberto Pipia, em *Teoria del Mandato Civile e Commerciale* — Milano — 1902 — pág. 13: “A maior parte das legislações positivas de direito privado ocupam-se na maioria das vezes da representação nas conclusões dos negócios jurídicos só na ocasião da teoria do mandato como contrato. Ora, isto dá lugar a lamentáveis equívocos e a deploráveis erros, de vez que se tratam de dois conceitos completamente distintos; o mandato está normalmente para a representação, como póde ocorrer representação sem mandato.”

A's págs. 15/17, estuda Pipia as doutrinas de Von Ihering e de Laband.

No mesmo sentido, o exaustivo estudo de Josef Hupka — *La Representación Voluntaria de los Negocios Jurídicos* — trad. de Luis Sancho Seral — Madrid — 1930 — págs. 17. Criticando os sistemas de Puchta, Arndts, Unger, Von Ihering e Laband, que ficaram tímidamente no meio do caminho, e isto até por volta do ano de 1860, escreve Hupka: “No direito comum, como é sabido, a admissibilidade em geral da representação nos áto de direito privado é *ius receptum* a partir do século XVII. Mas até chegar á épo-

3 — Não foi á-toa que rabiscámos essas poucas linhas na distinção entre mandato e representação. Costumam alguns — ou a maioria — tratadistas diferenciar o mandato da locação de serviços por isso que no primeiro o mandatário age em nome do mandante, e nesta age o empregado em nome próprio. Este critério não só é errôneo, como não basta para separar nitidamente as duas figuras contratuais. Neste engano, laboram entre nós Clovis Bevilacqua, Cesarino Junior, Souza Netto, e outros.

Não há dúvida que quase sempre é verdadeira esta diferença apontada, mas é que ela por si só não basta, além de não ser o principal carater distintivo, como quer Cesarino Junior.

Entre os comercialistas italianos, pro-

ca moderna seria inútil procurar-se na literatura ou na prática jurídica uma consideração e uma aplicação independente do conceito da representação. Considerava-se a representação em geral, do ponto de vista das relações causais que lhe servem de base, submetendo-a simplesmente ás normas jurídicas encarregadas de reger essas relações. A representação aparece unicamente como a face externa da relação jurídica mediante a qual surge aquela *in concreto*, seus efeitos são referidos á situação jurídica que em cada caso origina a obrigação ou o direito para a gestão que constitue o lado interno, e, a extensão e a duração do poder de representação vêm a coincidir com o âmbito e a duração da faculdade interna da gestão.

Esta maneira de tratar a questão não se limitou ás relações inerentes á representação necessária de interesses, e sim que alcança também os correspondentes á gestão livre. E aqui cometeu-se uma nova falta, tirando de entre as diversas relações apropriadas para dar motivo á representação, uma só — certamente a mais importante — ou seja o mandato, encarando deste modo a representação voluntária no molde jurídico da relação do mandato. *Obligatio mandati* e representação vinham a ser elementos indispensáveis de toda relação de mandato, aquela como a cara interna e a outra como a cara externa da mesma relação.”

Ainda sôbre esta questão da ditinção entre mandato e representação, veja-se Windscheid — *Diritto delle Pandette* — trad. de Fadda e Bensa — Vol. I Torino — 192 — § 74 — págs. 228/235. Do ponto de vista histórico, totalmente baseado nos critérios romanos, leia-se a obra de J. J. Clamageran — *Du Louage d'industrie, du Mandat et de la Commission* — Paris — 1856 — págs. 253/257.

Também no mesmo sentido é a lição, aliás excelente, que nos dá o grande comentarista do *Borgerliches Gesetzbuch*, Paul Oermann, em *Introducción al Derecho Civil* — trad. de Luis Sancho Seral — Barcelona — 1935 — págs. 306/324.

Igualmente, na monografia que citámos de Paul Colin, é estudada meticulosamente esta questão. Depois de analisar as teorias a respeito do assunto, escreve este autor — *ob. cit.* — pág. 180: “Estamos, então, autorizados a dizer que é inexato logicamente assimilar mandato e representação e estabelecer que onde haja contrato de representação deve também haver um contrato de mandato. E' preciso, entretanto, constatar que em direito positivo francês, desde que se coloca a necessidade de achar para a representação uma base contratual que lhe determine o objeto e fixe ao representante as suas obrigações de atividade, o mandato aparece, na sua concepção atual, como devendo fornecer frequentemente esta base.”

curou Sraffa distinguir as duas categorias de contrato, baseado em que na locação ter-se-ia realização de atos materiais, ao passo que no mandato ter-se-ia uma realização de atos jurídicos, ainda que não fossem senão preparatórios (10).

Com poucas nuances, sustentou Vivante a mesma distinção: o locador de serviços é um *cooperador material* da pessoa a quem eles os aluga, isto é, do patrão; o mandatário e o representante são seus *cooperadores jurídicos*, um nas relações internas do estabelecimento, e outro nas suas relações com terceiros (11).

A opinião de Alfredo Rocco não concorda em cheio com as precedentes, embora as aceite em certos pontos, mostra que pode haver locação de serviços também intelectuais, e não só materiais, segundo a diferenciação de Vivante. Por sua vez, apresenta ele a seguinte distinção entre uma e outras espécie:

“De tal maneira também o problema da distinção entre mandato e locação de serviços é fácil de resolver. E’ que precisamente entre locação de serviços e mandato existem diferenças análogas ás que existem entre locação de serviço e representação. Com efeito, enquanto a locação de serviços pertence áquele grupo de casos em que quem age por outrem põe á disposição deste outrem, não a própria faculdade de querer, mas o próprio trabalho manual ou intelectual, o mandato, pelo contrário, pertence áquele segundo grupo de casos em que também se compreende a representação, e em que quem age por outrem põe á disposição deste outrem a própria faculdade ou aptidão de querer e, portanto, realiza para ele, não uma obra ou serviço material, mas um negócio jurídico, isto é, uma autêntica declaração de vontade”.

Não resta a menor dúvida que a explicação de Rocco é verdadeira em seu fundamento gerais, mas peca pelo excesso de psicologismo, por assim dizer. Aliás, são muito do gosto do professor de Roma, ex-Ministro da Justiça da Itália fascista, estas sortidas pela metafísica jurídica. Veja-se, agora, a dificuldade que se encontraria na prática para distinguir um contrato do outro. Mas, páginas adiante, faz Rocco uma comparação eminentemente prática entre mandato, representação e caixeiros viajantes, que resolve qualquer dúvida sobre o assunto.

Planiol e Ripert dão, mais ou menos, os mesmos caracteres para distinguir o mandatário do locador de serviços.

Dizem eles (12):

“A distinção entre o mandatário e o simples empregado que aluga seus serviços e ás vezes delicada. O fato de uma pessoa cooperar para a realização de um ato jurídico nem sempre basta para lhe outorgar a qualidade de mandatário: o ato jurídico, que

consiste essencialmente na vontade, acompanha-se comumente de atos materiais para os quais a pessoa que age pôde recorrer aos officios de um terceiro, sem deixar de ser ele próprio o autor do ato. Verdadeiro mandatário é este cuja vontade está presente no tempo da conclusão do ato, que toma a resolução necessária para o concluir, que o quer e o consente”.

Por este critério, mostram os dois autores que um mensageiro na conclusão de contrato entre ausentes não é um mandatário, porque nada mais faz do que servir de instrumento de transmissão. E assim terminam:

“Pode haver, então, cooperações puramente materiais que não são mandatos. O mandatário é este cuja vontade se substitue á do mandante”.

Deixando de lado toda esta distinção teórica, veremos que ainda aqui são a subordinação jurídica e a dependência econômica que distinguem bem um contrato do outro. Contudo, completando as lições de Rocco, Planiol e Ripert, já decidiram os tribunais da Itália, em mais de um caso, que só existe verdadeira representação quando o caixeiro-viajante, além de procurar negócios, tem também a faculdade de realizá-los. Só a esses é que se pôde denominar rigorosamente de representantes.

De modo que as distinções reais entre mandato e a locação de serviços são as seguintes: a) no primeiro, a natureza do serviço prestado é administrativa e direta ao cumprimento de um determinado negócio; na segunda, é de caráter executivo e, em regra, continuativo (13); b) o mandatário tem autorização para praticar negócios jurídicos, ao passo que o locador de serviços não é encarregado de os praticar (14); c) no mandato não há propriamente subordinação hierárquica do mandatário para com o mandante, enquanto que na locação de serviços está o locador subordinado ao locatário.

E aqui chegamos de volta ao conceito de subordinação jurídica, capaz, por si só, de distinguir um contrato do outro. Diz, por exemplo, Jean Vincent (15):

“A análise jurídica prova, assim que não há um critério suficientemente seguro capaz de distinguir mandato assalariado e contrato de trabalho; os tribunais tomam o mais da vezes em consideração dois índices: a falta de subordinação e a representação; mas o exame das decisões judiciárias prova que, salvo em casos muito raros, a questão é sempre delicada de resolver”.

Dos dois critérios apresentados por Jean Vincent, devemos excluir, desde logo, a representação que, como vimos, não é suficiente por si só, como também é muito precário nos casos práticos. E toda a questão ficará resolvida, em cada caso concreto, se

(10) Angelo Sraffa e Arnaldo Bruschetti — *Commentario al Codice di Commercio — Del Mandato Commerciale e della Commissione — Del contratto di Trasporto* — Milano — Vol. IV — s/d. — págs. 17 e seguintes.

(11) Cesare Vivante — *Trattato di Diritto Commerciale* — Vol. I — 5.^a ed. — Milano — 1922 — n. 254.

(12) *Op. cit.* — pág. 786.

(13) Luigi de Litala — *Il Contratto di Lavoro* — Torino — 1937 — pág. 86.

(14) A. Rocco — *op. cit.* — pág. 321; C. Bevilacqua — *op. cit.* — pág. 31; Planiol e Ripert — *op. cit.* — págs. 786/787.

(15) *La Dissolution du Contrat de Travail* — Paris — 1935 — pág. 387.

aplicarmos o primeiro dos índices deste mesmo autor (16).

Fazendo o histórico de como o mandatário assalariado entrou para a categoria de locador, escreve Paul Pic (17).

“Assim como justamente o notou Planiol, a qualidade de mandatário, na pessoa de um agente, não apaga nele a qualidade de assalariado. Póde ser ao mesmo tempo mandatário e *locator operarum*, e nesta segunda qualidade, não poderia ele ser privado do direito de invocar o art. 1.780 do Código Civil.

E', enfim, esta jurisprudência equitativa que a lei de 16 de dezembro de 1927 consagrou, decidindo expressamente que “o contrato passado entre as companhias de seguros e seus agentes, sem determinação de duração, póde sempre cessar pela vontade de uma das partes contratantes. Entretanto, a rescisão do contrato pela vontade de um só póde dar lugar a perdas e danos que serão fixados conforme o art. 1.780 do Código Civil (art. 13 do livro 1º do Código do Trabalho)” (18).

Mais tarde, seguindo a lição da doutrina de que não são incompatíveis o mandato e a locação de serviço, dispôs expressamente o artigo 29 da lei francesa de 18 de julho de 1937:

“As convenções celebradas entre industriais e comerciantes de um lado, e os viajantes, representantes e praticistas de outro são contratos de locação de serviços quando os viajantes, representantes e praticistas trabalham por conta de uma ou várias casas, remunerados por comissões proporcionais ou vencimentos fixos, *exercem de um modo exclusivo e constante sua profissão, não fazem*

nenhuma operação por sua contapessoal, estão ligados á casa que eles representam por um contrato indicando a natureza das mercadorias a vender, a região na qual eles devem exercer a sua atividade, a taxa das remunerações, comissões ou percentagens proporcionais que lhes são abonadas”.

Grifámos de propósito esta última parte do artigo, porque nela se resumem todas as características de um contrato de trabalho. Não poderia a lei ser mais precisa ao contentuar o representante comercial como empregado. Para que tal se dê é o suficiente que exista entre a casa comercial e o seu representante ou agente um vínculo de subordinação jurídica.

De resto, é o representante comercial um preposto comercial, ligado a seu patrão por um contrato de preposição mercantil. E é neste contrato que bem ressalta a fusão do mandato com locação de serviços. Como vimos da citação de Paul Pic essas espécies de atos jurídicos, ao invés de serem incompatíveis, se completam por vezes. Para não irmos muito longe, nada mais faremos do que confirmarmos este ponto com prata de casa. Ensina Carvalho de Mendonça (19):

“Os auxiliares dos comerciantes dividem-se em duas categorias: *auxiliares, independentes e auxiliares dependentes.*

Os primeiros são agentes autônomos: — Prestam serviços na qualidade de intermediários, trabalhando por conta própria para diversos comerciantes ao mesmo tempo, e são também comerciantes.

Os segundos acham-se sob a direção de quem os contrata. A estes devem toda a atividade. São prepostos”. (O grifo é nosso).

E no mesmo volume, pág. 437:

“A *preposição comercial* ou *contrato de emprego no comércio* participa tanto do mandato como da locação de serviços; não reúne, porém, os caracteres de nenhum destes contratos. A *preposição comercial* constitui figura típica de contrato. A subordinação ou dependência do preposto em relação ao preponente arreda-lhe a qualidade de mandatário, para lhe imprimir a de locador de serviços”.

Na linguagem atual da doutrina de direito do trabalho, locador de serviço é empregado ou assalariado. Aliás, honra seja feita ao mestre Carvalho de Mendonça, que, apesar da imprecisão absoluta com que tratou do assunto estritamente trabalhista, deixou escrito a mesma coisa, na página 438, do volume citado:

“Essa matéria prende-se intimamente ao contrato de trabalho, do qual é espécie a pre-

qual melhor se adaptará aos diversos aspectos que o trabalho humano vai assumindo nas suas várias e multiformes prestações.”

Lembra Pipia que a questão é tão difícil na prática que o Código alemão desistiu de encontrar um critério seguro e definitivo para a distinção entre o mandato assalariado e o contrato de trabalho, relegando para a pesquisa da ciência esta tarefa.

Sobre mandato e contrato de trabalho, veja-se ainda Paul Colin, no local citado, págs. 102/122.

(19) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — Vol. II — Rio — 1933 — pág. 284.

(16) Aliás, faça-se justiça ao grande autor francês: éle próprio quem chama a atenção para a importância secundária, por assim dizer, do critério da representação. Veja-se pág. 386, do seu livro citado.

(17) *Traité Élémentaire de Législation Industrielles* — Paris — 1935 — pág. 855.

(18) Interessante, a este respeito, é a doutrina de Lodovico Barassi. Já nos recuados tempos de 1915, não hesitava éle em incluir da maneira mais genérica possível todo o mandato comercial ou assalariado na categoria mais ampla do contrato de trabalho, achando que qualquer distinção entre éles seria puramente bisantina. Veja-se *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano* — 2.ª ed. — Milano — 1915 — Volume I — págs. 286/291.

Acha éle que se devem aplicar ao mandato assalariado todas as normas que regem o contrato de trabalho propriamente dito. Como exemplo desta sua doutrina, cita o caso do art. 366, do Código Comercial, que obriga ao mandante indenizar o mandatário quando ocorre rescisão injusta do mandato.

Em torno deste assunto, escreve Umberto Pipia longas páginas estudando detidamente as teorias de Barassi, Sraffa, acabando por propôr a sua própria, nestas palavras: “Em grande porção, os gerentes, os representantes de comércio, os comissionistas, os viajantes, nas suas relações com a empresa podem ser, sob certos aspectos, em verdadeira e própria locação de obras, caracterizada pela estabilidade das relações e pela relação de representação.

Tendência dos dois contratos de mandato e de locação de obras, especialmente em matéria comercial, é efetivamente a de avizinhar-se e de reunir-se, confundindo-se talvez também em uma nova categoria, a

posição comercial ou o emprego no comércio”.

A mesma coisa proclama Waldemar Ferreira (20):

“Estabelece-se entre estes e os seus empregados um contrato típico — o de emprego comercial ou de preposição mercantil. Não é só locação. Nem somente o de mandato. Participa de um e de outro. Nas relações entre preponente e preposto, tem-se dito, 'é de locação de serviços o contrato; nas relações entre preposto e terceiros é de mandato”.

Caracterizando o contrato da preposição mercantil, que redundava, afinal de contas, na clara lição de Waldemar Ferreira em um contrato de trabalho entre o preponente e o preposto, só nos resta averiguar se os caixeiros-viajantes, os representantes comerciais, os agentes do comércio e os demais auxiliares de comércio desta categoria são empregados subordinados ou por conta própria. No primeiro caso serão empregados propriamente ditos, e no segundo, comerciantes também. Com esta indagação entramos no verdadeiro campo do direito do trabalho.

Aplicando a sua doutrina diferencial do mandato e da locação de serviços, acaba Rocco por dar-nos este excelente subsídio para a tese que discutimos (21):

“Mas não só isso: mesmo quando o caixeiro-viajante tem a representação do dono dos negócios, ainda mesmo então a relação interna entre os dois deve ser considerada uma locação de serviços e não um mandato, porque a espécie de trabalho a prestar pelo caixeiro — e então se ele é verdadeiro representante que se acha ao serviço, de um modo estável e exclusivo, do seu patrão! — absorve em grande parte, senão totalmente, a sua atividade e exige assim, necessariamente, um grande emprego de trabalho material e intelectual na preparação e conclusão dos negócios jurídicos que, como representante, lhe estão confiados. E isto faz assim com que valha, também a respeito do caixeiro-viajante é com representação, aquilo que já atrás dissemos a respeito do gerente, isto é: que, quando alguém põe á disposição de outrem a própria atividade, de uma maneira permanente, para a conclusão de uma série importante de negócios, não há apenas emprego de uma atividade volitiva, mas também, e principalmente, de trabalho intelectual e material, não podendo logo ser puro mandato, mas sim locação de serviços, e negócio jurídico de que deriva uma tal relação.

Concluindo: os caixeiros-viajantes com representação são, não simples mandatários, mas locadores de serviços com representação, e os caixeiros-viajantes sem representação são simples locadores de serviços embora sem representação”.

Também poderíamos concluir aqui este ensaio, se não tivéssemos ainda muito que dizer em apoio do representante comercial como assalariado. A' maneira da legislação francesa, também é categórica a lei italiana, ao declarar no art. 10, do decreto de 13 de

novembro de 1924, que o representante com salário fixo e que não exerça exclusivamente a representação por conta própria é empregado.

Comentando este artigo, esclarece Luigi de Litala (22):

“Portanto, com exceção daqueles que sejam simples mandatários ou gestores *ad negotia*, isto é, que sejam vinculados com mandato expresso para tratar somente determinados negócios ou como úteis gestores tratem o negócio de outrem, e com exceção daqueles que tratam negócios para várias firmas com um ofício próprio e com absoluta autonomia nos contratos da casa representada, isto é, que os exercem exclusivamente por conta própria, todos os outros representantes devem considerar-se por expressa vontade do legislador, empregados.

Daí emana que o representante também pago só a comissões sobre os negócios é empregado, como o são também aqueles que não estão ligados a um vínculo de horário e de obrigações de ofícios, contanto que sejam subordinados a um vínculo de dependência e de colaboração”.

Quer isto dizer que, em face da legislação italiana do trabalho, o representante comercial não empregado é a exceção. Desde que ele não exerça o seu mister exclusivamente por conta própria e com inteira autonomia, é um empregado assalariado. Pouco importa a maneira de retribuição, seja ela a importância fixa, comissões ou percentagens de qualquer natureza. Interessa somente a relação jurídica que se forma entre os contratantes (23).

(22) *Op. cit.* — págs. 135/136.

(23) Escreve Guido Bortolotto a respeito da situação do representante comercial — *Diritto del Lavoro — Il Contratto de Lavoro e di Impiego Privato* — Milano — 1935 — págs. 132/133: “Representante é aquele, que residindo em uma praça diversa daquela da empresa representada, consegue e conclue negócios por conta da mesma, de forma continuativa. Dispõe o real decreto-lei sobre emprego privado que são compreendidos nesta primeira categoria de empregados os representantes, que prestam a obra a estipendio fixo e não aqueles que trabalham exclusivamente por conta própria. Assim, precisam-se os limites entre a função empregatícia e a atividade que não entra sob a disciplina jurídica da prestação de obra subordinada.

A prática tem, com uma certa uniformidade, definido estas formas. O representante de comércio assume a qualidade de empregado privado, quando subsistem os extremos de uma colaboração contínua, e trabalham prevalentemente no interesse de uma firma, sob subordinação. Mas tal não é o titular de uma empresa própria de representação, que oferece a sua atividade a favor de quem quer que o procure, dando-se em tal caso, ao invés de relação de emprego, a relação de clientela. Por isso, a lei empregatícia considera empregados os representantes com estipendio fixo e não os que trabalham exclusivamente por conta própria.”

A' pág. 135, diz Bortolotto que o juiz deve estudar cada caso concreto em particular, e conclue: “O elemento diferencial típico entre o emprego privado e o simples mandato comercial consiste no vínculo de subordinação que prende o empregado ao empregador e que não existe entre o mandato e o mandatário; enquanto que o empregador tem o poder de impôr ao em-

(20) *Tratado de Direito Comercial Brasileiro* — São Paulo — 1934 — pág. 444.

(21) *Op. cit.* — pág. 350.

Entre nós, acha Souza Netto, com apoio de Alexandre Zinguerivith, que "a existência ou não da relação de dependência econômica, poderá resolver, na prática, os casos em que os demais elementos de diferenciação não sejam suficientes". E Cesarino Junior, em parecer constante do seu livro "Direito Corporativo" e "Direito do Trabalho", às páginas 84-92, apronta a subordinação jurídica como a principal característica de empregado no representante comercial.

4 — Para completar a doutrina exposta até aqui, mostraremos agora inúmeros exemplos da jurisprudência internacional, e também brasileira, que apontam a subordinação hierárquica como o elemento diferenciador da conceituação de empregado em qualquer agente externo do comércio.

Como ficou escrito atrás, não há dúvida que algumas vezes, é o representante comercial um trabalhador por conta própria; mas, quase sempre, "não tem ele personalidade da firma, cujos produtos ele coloca, desde que não pode exercer outra profissão a não ser com o consentimento da firma representada".

Este período se encontra escrito na *Revue Internationale du Travail*, n. 2.º de 1935, da autoria da Comissão do Bureau Internacional do Trabalho, segundo a qual, o único critério seguro de distinção entre "agentes comerciais" e "empregados do comércio" é a medida pela qual os interessados dependem pessoalmente do empregados e lhe devem obediência. E citando jurisprudência austríaca, diz ainda a referida Comissão:

"De acordo com a jurisprudência, os "viajantes comerciais" e "representantes", que trabalham exclusivamente, ou de maneira preponderante para uma só firma e que são obrigados á obediência para com ela, isto é, a se conformar com as "instruções" do empregador e a fazer-lhe um relatório de maneira regular, são considerados empregados".

No *Recueil International de Jurisprudence du Travail* (Genève, 1937, pág. 412), encontram-se dois casos da jurisprudência italiana, do seguinte teor:

"O agente de seguro obrigado em virtude de laços de colaboração e subordinação a fornecer sua atividade profissional a uma companhia de seguro é um empregado, ao passo que deve ser considerado como mandatário comercial o agente titular e diretor de uma empresa da qual deve ele assumir os riscos de exploração."

Eis o segundo caso:

"É preciso considerar como empregado o representante que coloca sua atividade ao serviço de uma empresa, comprometendo-se a procurar clientes, a tratar com estes, a transmitir as propostas de contratos á casa que o emprega para fins de aprovação e a fazer as cobranças no interesse da empresa comitente. A qualidade de empregado não desaparece mesmo no caso do representante

pregado verdadeiras e próprias ordens, o mandante fornece ao mandatário simples instruções."

No mesmo sentido: L. Barassi — *Il Diritto del Lavoro* — Vol. I — Milano — 1923 — págs. 148/232.

(24) *Da Rescisão do Contrato de Trabalho de Duração Indeterminada* — São Paulo — 1937 — pág. 21.

ser titular por conta própria de uma empresa regularmente inscrita na Câmara do Comércio e fazer também por conta própria a relação de trabalhos ou de fornecimento estranhos ao comércio da casa que representa".

Na própria Itália, decidiu também a Corte de Cassação do Reino, na sessão de 24 de fevereiro de 1936, que é preciso que exista o nexo de subordinação entre o representante comercial e a firma principal para que se caracterize a relação de emprego privado:

"O representante de comércio, o praticista ou o agente de negócios assumem a qualidade de empregados privados quando na sua relação subsistem os vínculos de colaboração e de subordinação de modo que a sua atividade profissional seja dedicada ao serviço da empresa".

Sentenciou igualmente a Corte de Cassação francesa, como vimos da citação anterior de Jean Vicent, que é a subordinação a qualidade primordial do preposto. Desde que o dono do negócio tem o poder de dar ordens, orientar e fiscalizar os seus agentes de comércio, existe um contrato típico de trabalho (25). Acrescenta ainda este autor, no livro já por nós referido, que é cada vez mais crescente a tendência da jurisprudência francesa a admitir como empregados assalariados certas pessoas por ela antes consideradas como mandatários, quais sejam: representantes comerciais, quando subordinados; médicos empregados em clínicas, diretores técnicos de sociedades anônimas, etc...

A mesma coisa sustenta Robert Mossé no volume *Economie et Legislation Industrielles* — Paris, 1940, páginas 146-147:

"Leis particulares ou decisões da jurisprudência têm ferido de frente um certo número de casos delicados. A tendência geral vem sendo, há mais de trinta anos, no sentido da ampliação progressiva da noção de contrato de trabalho. Basta existir controle ou fiscalização do empregador. Sucessivamente, diversas categorias de pessoas têm sido consideradas como assalariados. Há, como diz Amiaud, uma vontade de aumentar o número de pessoas que podem ser submetidas á legislação do trabalho".

Como exemplos, oferece Mossé os trabalhadores a domicílio, os representantes comerciais, por força dos artigos 29K a 29r, da lei de 18 de julho de 1937, e os agentes de seguro.

5 — Entre nós, são em grande número as decisões que consideram o agente de comércio como empregado assalariado, basta ver-se o *Dicionário Brasileiro de Jurisprudência e Doutrina Trabalhista*, de Carlos Bonhomme, páginas 110-118. Como se sabe, pertencem, indistintamente, á categoria da representação mercantil: os agentes de comércio, os representantes comerciais, os caixeiros-viajantes, os praticistas e assim por diante. E com a boa doutrina, já resolveram o Conselho Nacional do Trabalho e o Conselho Administrativo do Instituto dos Comerciantes que os agentes comerciais são considerados empregados, desde que exista o vínculo de su-

(25) *Revue Trimestrielle de Droit Civil* — Paris — 1937 — pág. 112.

boranação ou de dependência econômica, embora com exclusão de horário ou de fiscalização direta.

Sobre o mesmo assunto, escreve Alexandre Monteiro Lopes, em comentário ao § 3º, do art. 2º da Lei 62 (26):

“O § 3º cogita, evidentemente, da representação mercantil, contrato em que a remuneração, pelos serviços prestados, é devida sob a forma de comissão (percentagem).

Por essa espécie de contrato, os agentes comerciais, como *pracistas* ou *viajantes*, orientam suas atividades no interesse daquele que os remunera. A comissão, geralmente, é calculada sobre o volume das vendas realizadas por seu intermédio.

Os agentes comerciais, em tal hipótese, pela sua dependência econômica para com aquele que contrata seus serviços são assalariados”.

Raramente têm os tribunais comuns se pronunciado entre nós sobre a questão que nos ocupa no momento. Contudo, em acordo de 21 de abril de 1939, do qual foi relator o Desembargador Macedo Soares, decidiu o Tribunal de Apelação do Estado do Rio que o representante comercial é empregado, quando trabalha exclusivamente para um só estabelecimento (27).

A maior decisão da nossa jurisprudência, porém, foi o parecer citado de Oliveira Vianna, quando Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, ao estender aos agentes e representantes comerciais da Companhia Singer a qualidade de assalariados da mesmo. Lê-se o seguinte a certa altura do seu estudo:

“Nas legislações sociais modernas e na jurisprudência do trabalho dos povos cultos (Alemanha, França, Austria, etc.) o fato do agente comercial estar impedido, contratualmente, de trabalhar para outros patrões é bastante para deslocar o seu contrato do domínio do mandato para o do contrato de trabalho e torná-lo empregado — e não mandatário (representante)”.

6 — De tudo o que ficou escrito neste ensaio, conclue-se que tanto pode o repre-

(26) *Dispensa sem justa causa* — Rio — 1939 — págs. 17/18.

(27) *Revista do Trabalho* — Abril de 1940 — páginas 169/170, cuja ementa é do seguinte teor: “O representante comercial, cuja função é a de diligenciar negócios e aproximar contratantes, tem direito á indenização quando ocorre a despedida injusta.”

sentante comercial ser um comerciante, trabalhador autônomo, por conta própria, como revestir-se das qualidades de um autêntico empregado assalariado, devendo subordinação jurídica ao seu empregador, e dele dependendo economicamente. Por isso, é tão errôneo e apriorístico afirmar-se que o representante comercial seja um mandatário quanto dizer-se que é sempre um empregado. A sua situação depende de cada caso concreto, cabendo ao juiz examinar a hipótese que lhe é submetida, e concluir, em face dos dados aqui sumariamente enunciados, se se trata de uma ou outra espécie jurídica. O que não é possível é aferrar-se a preconceitos doutrinários, e decidir de plano, sem se preocupar, antes, com a realidade viva e atual que está frente a seus olhos, a lhe pedir uma solução real e consentânea para cada caso concreto. (28).

(28) Por isso, andou errado Pierre Duterque, quando afirmou na sua tese de doutorado, perentoriamente, que o representante comercial é sempre um mandatário — *Essai sur la Situation Juridique des Représentants de Commerce* — Paris — 1925 — pág. 63: “O representante de comércio é, assim, em última análise ligado á casa por conta da qual êle trabalha por um contrato de mandato misturado, em certa medida variável e ainda assim muito fraco, com uma locação de obra. Sob reserva de casos de espécie particulares, é então a teoria do mandato que deverá dominar as questões que poderão colocar-se sobre o assunto.”

A nosso vêr, está muito mais de acôrdo com a verdade de doutrina de Paul Colin, também constante de tese de doutorando, que versou sobre a mesma matéria de Duterque. Revele êle na obra citada, página 186: “Este emprego abusivo do termo representante de comércio não deixa de acarretar reais dificuldades quando se trata de averiguar a natureza do contrato existente entre o intuito e seu comitente. Deve-se ficar no contrato de mandato, no contrato de trabalho ou no contrato de empreitada? Teóricamente, pôde-se adotar *a priori* uma ou outra destas soluções, porque as situações de fato nas quais aparece o contrato entre um representante e sua casa são de tal maneira diferentes que é ainda aí completamente inexato, ao mesmo tempo que impossível, querer apresentar uma solução simplista.”

Estas palavras de Colin colocam a questão nos seus termos exatos, o que nos dispensa de qualquer comentário mais sobre o assunto.

Acidentes no Trabalho? Procurem o

Lloyd Industrial Sul Americano

Séde: AV. RIO BRANCO, 50 - 3.º andar

Telefone 23-1614

HOSPITAL PROPRIO E ESPECIALIZADO
R. REZENDE, 154 — TELEFONE 22-5490

Da fixação dos preceitos do cooperativismo na Constituição de 10 de Novembro deverá decorrer, naturalmente, o estímulo vivificador do espírito de colaboração entre todas as categorias de trabalho e de produção. Esta colaboração será efetivada na subordinação ao sentido superior de organização social.

Presidente GETULIO VARGAS