

VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO FUNDAMENTO, NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO, DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA AO AGENTE NÃO REGISTRADO EM CONSELHO REGIONAL OU COM REGISTRO SUSPENSO OU CANCELADO

Rafael Cavalcanti Lemos[†]

Em torno à grande cidade dos Teucros construí as muralhas, largas e belas de ver, que a tornassem, de fato, invencível, sendo que tu, caro Febo, nos vales e bosques virentes do Ida tratavas, cuidadoso, de bois que se arrastam tardonhos. Mas, quando as Horas alegres o termo, afinal, sinalaram do nosso ajuste, abusando da força, o feroz Laomedonte da humilde paga nos priva (HOMERO, 1996, p. 327)¹.

1. INTRODUÇÃO.



distribuição eficiente, com redução de custos e adequada às necessidades do destinatário final do produto ou serviço, mormente no mercado globalizado e de massa, é fator decisivo ao sucesso destes (produto ou serviço), mesmo que

[†] Juiz de direito do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ No original: “ἦτοι ἐγὼ Τρώεσσι πόλιν περὶ τείχος ἔδειμα / εὐρύ τε καὶ μάλα καλόν, Ἴν’ ἄρρηκτος πόλις εἶη / Φοῖβε σὺ δ’ εἰλίποδας ἔλικας βοῦς βουκολέεσκες / Ἴδης ἐν κνημοῖσι πολυπτύχου ὑλγέσσης. / ἀλλ’ ὅτε δὴ μισθοῖο τέλος πολυγηθέες ὄραι / ἐξέφερον, τότε νῶϊ βιήσατο μισθὸν ἅπαντα / Λαομέδων ἔκπαγλος, ἀπειλήσας δ’ ἀπέπεπε.” (HOMERO, 1920, canto XXI, versos 446-452).

lhes (do produto ou serviço) sejam altas a qualidade e a originalidade, dentre outros caracteres que atraiam o interesse do consumidor (MELLO, THEODOR JÚNIOR, 2003, p. 49-50). Abrem-se ao produtor duas vias para o escoamento de seus produtos: a (via) da distribuição direta – em que vende as mercadorias que produz por meio de estabelecimentos próprios (sede e sucursais), auxiliares subordinados e sociedades controladas (filiais) –, e a (via) da (distribuição) indireta – em que a distribuição dá-se por empresas estranhas à (empresa) que produz as mercadorias² (VIEIRA, 2006, p. 9; MONTEIRO, 1994, p. 48-49; CAGNASSO, 1987, p. 41).

Por meio dos contratos de colaboração empresarial (também chamados *de mediação* – REQUIÃO, 2007, p. 213 –, *intermediação* – DINIZ, 1999, p. 458 – ou *distribuição* – ALMEIDA, 2012, p. 133-134 – bem como *acordos* de distribuição – BRITO, 1988, p. 109; VIEIRA, 2006, p. 11), o empresário colaborador obriga-se a criar, consolidar ou ampliar mercado para produto do (empresário) fornecedor (COELHO, 2011, p. 112; 2007, p. 430), aproximando o produtor do consumidor (RAMOS, 2010, p. 544).

A colaboração no escoamento de mercadorias dá-se de duas maneiras: (a) ou o colaborador compra a mercadoria do fornecedor para revenda (distribuição-intermediação – RAMOS, 2010, p. 558 – ou concessão mercantil), (b) ou o colaborador apenas busca empresários interessados na aquisição de mercadoria fabricada ou comercializada pelo fornecedor (colaboração por aproximação), caso da agência³ (COELHO, 2011, p. 113 e 141, 2007, p. 432; REQUIÃO, 2007, p. 213; GODOY,

² Esses modelos (de distribuição direta ou indireta) não passam de modelos sintéticos explicativos das vias antagônicas de comercialização; na prática, dão-se múltiplas e complexas combinações de ambos (os modelos) – VIEIRA, 2006, p. 10.

³ Concessão comercial e agência, a propósito, são os contratos com o maior volume de operações atualmente (MELLO, THEODOR JÚNIOR, 2003, p. 46). Para com o contrato de agência, a propósito, mais adequado mesmo é dizê-lo (contrato) “*de colaboração*”, uma vez que não versa propriamente sobre a *distribuição* de bens mas (versa sobre) a *promoção* de negócios (MONTEIRO, 1994, p. 48).

2010, p. 722 e 732; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 49; THEODORO JÚNIOR, 2003; ASSIS, 2009, p. 215).

Ausente a colaboração empresarial, também indenização ou compensação não haverá com seu (da colaboração) término (COELHO, 2011, p. 112; 2007, p. 432). O colaborador, na concessão mercantil, obtém lucro com a venda dos produtos que adquiriu do fornecedor (VIEIRA, 2006, p. 63; MONTEIRO, 1994, p. 53-54); na colaboração por aproximação, diversamente, (o colaborador) tem a remuneração paga *pelo fornecedor* (COELHO, 2011, p. 113; 2007, p. 432).

O Brasil foi um dos últimos países a disciplinar a agência⁴ ou representação comercial autônoma (REQUIÃO, 2007, p. 212), a despeito de que já fosse praticada em seu território (THEODORO JÚNIOR, 2003), e fê-lo pela Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, alterada pelas (Leis) 8.420, de 8 de maio de 1992 (que, reconhecendo a condição de parte mais fraca⁵ ao agente, visou melhor lhe proteger os interesses – REQUIÃO, 2007, p. 222), e 12.246, de 27 de maio de 2010. Esse contrato atualmente é regido outrossim pelo Código Civil brasileiro de 2002, em seus artigos 710 a 721.

No contrato de agência, a remuneração é conforme ao *resultado útil* da atuação pelo agente⁶, não se retribuindo meramente haver este (agente) *prestado o serviço* de mediação (REQUIÃO, 2007, p. 213 e 221; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 496; BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 207). Tamanho o prestígio do resultado útil nessa figura contratual que o artigo 717 do Código Civil brasileiro de 2002 chega

⁴ Em Portugal, a agência é uma figura paradigmática ou matriz da distribuição comercial, tendo sido admitida por doutrina e jurisprudência a extensão analógica de seu regime aos demais contratos de distribuição legalmente atípicos (ANTUNES, 2011, p. 440).

⁵ O agente às vezes pode ter o trunfo de lhe gravitar ao redor uma clientela subjetiva, atraída por suas especiais qualidades; a escassa frequência prática dessa hipótese, no entanto, impede que seja tomada como regra geral (CUNHA, 2003, p. 368).

⁶ Cf. exceção no art. 716 do CC/BR de 2002, favorável, de qualquer modo, ao agente (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 207).

a assegurar ao agente a remuneração por aquele (resultado útil) *ainda que* tenha sido este (agente) dispensado por *justa* causa. Na Europa, a compensação pelo resultado útil sobrevivente ao contrato de agência ganhou contornos bem definidos com o instituto jurídico nominado em Portugal *inde(m)nização de clientela* (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 208-209).

O presente trabalho investiga como seria possível ao agente comercial – inclusive *e especialmente* ao não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado – uma indenização de clientela *avant la lettre* no direito brasileiro contemporâneo. A pesquisa dá-se em doutrina brasileira, portuguesa e dalhures, bem como na jurisprudência brasileira e alemã.

2. CONTRATO DE AGÊNCIA.

Foi aprovado, em 1949, na II Conferência Nacional das Classes Produtoras, em Araxá/MG, que se enviasse à comissão no Ministério da Justiça brasileiro encarregada de elaborar projeto de novo código comercial o pleito de definição da figura do representante comercial autônomo com as respectivas garantias (THEODORO JÚNIOR, 2003; cf. tb. Diário do Congresso Nacional, 13.12.1949, p. 13.169). Realizou-se, em seguida, o 1º. Congresso Nacional de Representantes Comerciais em São Paulo, no qual (congresso) surgiu anteprojeto que, recebido pelo Congresso Nacional, ganhou o número 1.171/1949, reapresentado em várias legislaturas sem aprovação (THEODORO JÚNIOR, 2003). O Projeto 2.794/1961, de autoria do deputado Barbosa Lima Sobrinho, que gerou no Senado o Substitutivo 38/1963, elaborado pelo senador Eurico Rezende, chegou a ser aprovado em ambas as casas do Congresso, mas foi integralmente vetado pela Presidência da República sob o argumento de que se estendiam ao representante comercial autônomo vantagens e garantias do trabalhador assalariado sem

que houvesse àquele (representante autônomo) subordinação hierárquica, podendo mesmo a representação comercial ser exercida por pessoa jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2003; cf. tb. Exposição de Motivos 355/1965 do Ministro da Indústria e Comércio, publicada no Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 18.11.1965, p. 9.756-9.757). O Ministério da Indústria e Comércio, encarregado pelo Presidente Castello Branco de reestudar a matéria, preparou o projeto enfim convertido na Lei 4.886, de 9 de novembro de 1965 (THEODORO JÚNIOR, 2003).

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, afirma, em seu art. 1º., que exerce a representação comercial autônoma a pessoa, física ou jurídica, sem relação de emprego, que desempenhe, *habitualmente*⁷, no interesse de uma ou mais pessoas, uma atividade de intermediação visando à realização de negócios mercantis, *agenciando propostas ou pedidos aos representados (modus faciendi da intermediação* – THEODORO JÚNIOR, 2003), sendo possível que pratique atos concernentes à execução desses negócios⁸. Embora comuns estabelecimentos comerciais com dedicação exclusiva à agência, nada impede que empresa com objeto *distinto* desta (agência) contrate com outra (empresa) representação comercial para a exploração de negócio de intermediação conexo ou não com seu (da empresa agente) ramo – THEODORO JÚNIOR, 2003. O art. 27 (na redação dada pela Lei 8.420, de 8 de maio de 1992) da Lei 4.886/1965 dispõe, na alínea *d*, dever constar do contrato de representação a indicação da(s) zona(s) em que será exercida a representação, pouco importando sua (da zona) extensão, tanto

⁷ Na Itália, inexistindo habitualidade na atividade da pessoa em favor dum principal, diz-se ela (pessoa) não agente mas “provedor de negócios” (em italiano, “procacciatore di affari”) – CAGNASSO, 1987, p. 45.

⁸ Literalmente: “Art . 1º. *Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual, por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.*”.

podendo pois ser um país como um distrito (GOMES, 1998, p. 366) ou uma rua (ASSIS, 2009, p. 222). Para Coelho (2011, p. 142 – cf. tb. GODOY, 2010, p. 724), o termo “zona” deve ser em verdade entendido como um *mercado específico*, não se limitando este a uma base territorial de atuação pelo agente, mas abarcando ou excluindo contratantes potenciais com determinado perfil ou (abarcando ou excluindo) o meio de contratação (Internet v.g.). A indicação de zona visa evitar conflitos – inclusive concorrência desleal – entre agentes (RIZZARDO, 2005, p. 741).

O Código Civil brasileiro vigente (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, doravante CC/BR), sob influência dos arts. 1.742 a 1.753 do Código Civil italiano de 1942 (NADER, 2010, p. 354; GODOY, 2010, p. 722), muda o enfoque, passando este do representante comercial ao contrato⁹, ora chamado “de agência”¹⁰ (THEODORO JÚNIOR, 2003). Para Pedro Vasconcelos (2011, p. 185), contudo, a agência é mais *atividade* mercantil que contrato. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 424) preferem falar em *contrato de atividade por sua função econômica*, uma vez que (a agência) se caracteriza pela prestação duma conduta de fato – conquanto não possa certa ignorada (na agência) uma nota *associativa*, ante a coincidência de fins em que o produto ou serviço agenciado venha a ser vendido. No contrato de agência, segundo o art. 710 do CC/BR, “uma pessoa assume, em caráter *não eventual* e *sem vínculos*

⁹ Observou o legislador brasileiro o princípio da operabilidade, o qual almeja a facilitação da aplicação do direito civil (TARTUCE, 2010, p. 525).

¹⁰ Gomes (1998, p. 365) fala ainda, com o mesmo significado, em contrato de “agenciamento”. Antes do CC/BR de 2002, Diniz (1999, p. 457) já chamava de *agência* o contrato de representação comercial. No *common law*, o *agency* abarca todas as modalidades de atuação por conta de outrem (ALMEIDA, 2012, p. 138; BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 198, inclusive n. 1; ASSIS, 2009, p. 213); naquele direito, o agente brasileiro ou português corresponde ao *commission agent* ou *commission merchant* (VASCONCELOS, 2011, p. 187). Curiosamente, o direito alemão *contemporâneo* fala literalmente de “representante comercial” (*Handelsvertreter*), termo que substituiu “agente comercial” (*Handlungsagent*) – RAMOS, 1995, p. 212 –; no direito brasileiro, deu-se justo o inverso.

de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante *retribuição*, a realização de certos negócios, em *zona determinada*” (*caput*), podendo o “proponente”¹¹ (o “representado”¹² da Lei 4.886/1965) “conferir poderes ao agente para que este o represente na *conclusão*¹³ dos contratos” (parágrafo único). Participando ou não de sua (dos contratos) conclusão o agente, nesta não está em jogo um interesse *jurídico* seu (do agente) – que não é parte no contrato fechado –, senão econômico meramente, uma vez que, com ela (conclusão), (o agente) passa a fazer jus à remuneração da intermediação a que procedeu (THEODORO JÚNIOR, 2003). Contrariamente ao que afirma Gomes (1998, p. 374), a agência, a despeito da frequente referência a ela como representação comercial (GOMES, 2010, p. 213), não a (representação) supõe (VENOSA, 2010, p. 313; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 428;

¹¹ Termo empregado no direito português para nomear a contraparte dos representantes comerciais *não* autônomos (THEODORO JÚNIOR, 2003). O Código Comercial português de 1833, chamado Ferreira Borges, tratando da feitoria – de que, para Cordeiro (2009, p. 658), “[o] Direito comercial português poderia ter desenvolvido toda uma técnica moderna de distribuição” –, também faz referência a “proponente” (cf. v.g. art. 144). Na agência, o direito português fala em “principal”, como no *common law* (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 206; THEODORO JÚNIOR, 2003).

¹² Era costume, na literatura jurídica brasileira, chamar o representado, como o faz o direito italiano (THEODORO JÚNIOR, 2003; CAGNASSO, 1987, v.g. p. 43), de “preponente” (participio presente de “prepor” – cf. PEREIRA, 2004, p. 392-393; cf. tb. GODOY, 2010, p. 721 e 723), porquanto (o representado) constituiria o agente seu preposto, para (o agente) agir por ele (representado) – WALD, 2009, p. 243. Por equívoco, portanto, é que constaria no Código Civil brasileiro, nos arts. 710 a 712 e 715 a 717, “proponente” (participio presente de “propor”), quem em verdade (lê-se no art. 427 do próprio CC/BR) *faz proposta de contrato* (WALD, 2009, p. 243), como o *cliente* na agência (THEODORO JÚNIOR, 2003). Para De Plácido e Silva (1999, p. 86), contudo, só caberia falar de preposto se o agente fosse empregado do principal. De fato, o que ocorria antes de o CC/BR de 2002 optar pela forma “proponente” é que se havia estendido ao principal, no Brasil, um termo (“preponente”) originalmente aplicado em contratos de prestação de serviços *com* subordinação jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2003). Venosa (2010, p. 312) fala, ainda, em “agenciado” ou “dono do negócio”. Em verdade, deixando-se claro, no texto, de quem se fala, pouco importa a denominação escolhida.

¹³ Conferindo-se ao agente poderes de conclusão dos contratos, há representação comercial autônoma *complexa*, para Theodoro Júnior (2003).

TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 489; GODOY, 2010, p. 722; RIZZARDO, 2005, p. 742), salvo a econômica (SILVA, 1953, p. 356-357 e 360; MONTEIRO, 1994, p. 49-50), por ser o agente a *longa manus* do principal, praticando os diversos atos necessários à celebração (e eventualmente à execução) do maior número de contratos entre este (principal) e clientes angariados (GOMES, 1990, p. 22). Na terminologia do Código Civil brasileiro, “representante” é tão só aquele a quem se conferem, pela lei ou pelo interessado, poderes de representação (cf. especialmente os arts. 115 e 116 do CC/BR), o que não impede o agente de também o ser (representante), caso se lhe (ao agente) atribua esses poderes (cf. arts. 710, parágrafo único, do CC/BR e 1º., par. ún., da Lei 4.886/1965)¹⁴, no próprio instrumento do contrato de agência ou à parte, sendo pois a representação um elemento acidental do negócio (WALD, 2009, p. 243; COELHO, 2011, p. 141; SILVA, 1953, p. 361; BRITO, 1988, p. 115; VASCONCELOS, 2011, p. 186; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 490; THEODORO JÚNIOR, 2003; VIEIRA, 2006, p. 62), o qual (elemento) não desnatura o contrato de agência (CAGNASSO, 1987, p. 47). O Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (Decreto 3.000, de 26 de março de 1999), contudo, fala, no inciso II de seu artigo 539, de “agente ou representante” como expressões sinônimas, sem que a utilização do segundo termo (“representante”) conduza, de maneira necessária, à ideia dum agente com poderes de representação – WALD, 2009, p. 243. O Código Civil brasileiro abandonou o *nomen iuris* “representante comercial”, substituindo-o por “agente” (no direito português, do *uso*¹⁵ à lei,

¹⁴ Apenas nesta hipótese (agente com poderes de representação), para Gonçalves (2011, p. 463), é que se aplicaria a Lei 4.886/1965, mas, consoante o próprio art. 1º. desse diploma normativo, nem sempre o representante comercial ostenta tais poderes. Na *Itália* é que o *termo* “representante comercial” (em italiano, “rappresentante di commercio”) designa o agente *com* poderes de representação (CAGNASSO, 1987, p. 47).

¹⁵ Monteiro (1994, p. 45), autor dos anteprojetos de que nasceram os Decretos-Leis 178/1986 e 118/1993 (p. 43-44), fala que já havia uma “tipicidade social” do contra-

deu-se o mesmo, aparecendo entretanto o termo “representante comercial” ainda no preâmbulo do Decreto-Lei 178/1986 e no sumário do Diário da República em que ele – decreto-lei – foi publicado – cf. SILVA, 1953, p. 357-358, e GOMES, 1990, p. 22), mas não criou novo instituto jurídico¹⁶ nem ab-rogou¹⁷ a Lei 4.886/1965 (THEODORO JÚNIOR, 2003; WALD, 2009, p. 240; MONTEIRO, MALUF, SILVA, 2010, p. 345; RAMOS, 2010, p. 547; FAZZIO JÚNIOR, 2008, p. 192; REQUIÃO, 2007, p. 212; GODOY, 2010, p. 722; BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 201; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 42; RIZZARDO, 2005, p. 739-740)¹⁸, vindo mesmo esta (Lei 4.886/1965), após a entrada em vigor daquele

to de agência em Portugal. Para a solução de litígios, a jurisprudência recorria, nesse período (da mera “tipicidade social”), às normas do mandato (MONTEIRO, 1994, p. 46).

¹⁶ No mesmo sentido, referindo-se ao *ainda projeto* do Código Civil brasileiro de 2002, cf. BULGARELLI, 2001, p. 222.

¹⁷ Subsistem as regras que não contrariem o CC/BR de 2002 (MELO, 2005, p. 550).

¹⁸ Para Nader (2010, p. 353), conquanto não revogada a Lei 4.885/1965, o contrato de agência seria apenas “análogo” – porque mais amplo – ao de representação comercial. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 419, 425-426 e 435), por sua vez, embora afirmem que, na prática, a distinção seja “tão nebulosa que é quase impossível separar a atuação do representante comercial do agente e do distribuidor”, sustentam que a agência do CC/BR de 2002 e a representação comercial da Lei 4.886/1965 seriam, no plano teórico, contratos distintos (as regras da agência no CC/BR de 2002 entretanto integrariam com as da Lei 4.886/1965 um “tronco comum” donde se extrairiam as normas aplicáveis a ambos), alegando que nesta (representação comercial) o representante comercial pode participar da *conclusão* do negócio (no mesmo sentido, ASSIS, 2009, p. 211-212 e 215, para quem o agente só é representante comercial quando lhe é outorgado pelo principal o poder de concluir o negócio, conquanto, na p. 249, comentando o art. 718 do CC/BR de 2002, reconheça que “[f]ica subentendido que o legislador equiparou o agente ao representante comercial”) – fazendo portanto os autores outra leitura de (ou simplesmente não conferindo importância a) o disposto no art. 710, *parágrafo único*, do CC/BR de 2002. Antes do CC/BR de 2002, fazia-se já indistinção entre a agência e a representação comercial o TJRS nas Apelações Cíveis 590.044.616, 1ª. Câmara, Rel. Des. Castro do Nascimento, j. 14.8.1990, e 590.072.161, 4ª. Câmara, Rel. Des. Pires Freire, j. 19.12.1990 (GODOY, 2010, p. 723); a mesma corte persistiu nesse entendimento com o advento do CC/BR de 2002 (Apelação Cível 70011539947, 9ª. Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi – cf. BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 198-200).

(Código Civil brasileiro), a ser modificada pela Lei 12.246, de 27 de maio de 2010. O art. 721 do CC/BR, aliás, afirma aplicarem-se ao contrato de agência as regras “constantes de lei especial”¹⁹, *in casu* a referida Lei 4.886/1965 (WALD, 2009, p. 240-241; VENOSA, 2010, p. 309; MONTEIRO, MALUF, SILVA, 2010, p. 351; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 434, n. 31; GODOY, 2010, p. 732). O próprio legislador, enfim, na *Exposição de Motivos* do Código Civil brasileiro de 2002, declara que visou à “reformulação do contrato de agência e distribuição para atender à lei especial que disciplina a matéria *sob o título impróprio de ‘representação comercial’*” (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 201-202).

Embora Nader (2010, p. 353) afirme que, sob a vigência do Código Civil brasileiro de 2002 (contrariamente ao que previa o Projeto de Código das Obrigações de Caio Mário da Silva Pereira), o contrato de agência não se restringe ao setor mercantil (ainda que seja neste que se revele sua maior utilidade) – no mesmo sentido, Monteiro/Maluf/Silva (2010, p. 346), Tepe-dino/Barboza/Moraes (2006, p. 489) e Gagliano/Pamplona Filho (2011, p. 422 – embora, na p. 424, digam estes – Gagliano/Pamplona – ser – a agência – “figura contratual típica das relações comerciais”) –, é difícil imaginar o exercício não-comercial da agência, vocacionada que é às atividades mercantis (THEODORO JÚNIOR, 2003). Para Requião (2007, p. 220), a autonomia do agente prevista no art. 710 do CC/BR de 2002 e o caber em regra a ele (agente) todas as despesas com a atividade (art. 713 do mesmo código) indicam-lhe (da atividade de agência) a orientação *empresarial*²⁰, terminologia mais adequada com a unificação do direito privado pelo Código Civil

¹⁹ Como diz Bulgarelli (2005, p. 60), “é quase impossível codificar-se toda a matéria comercial, mesmo estando jungida à civil, dadas as constantes transformações da vida econômica que o direito comercial deve acompanhar”.

²⁰ No mesmo sentido, para com o direito italiano, cf. CAGNASSO, 1987, p. 48. Para Rizzardo (2005, p. 743), o próprio agente constituir empresa é que o diferencia de viajantes e precistas, os quais meramente integram a empresa a que prestam serviço.

brasileiro de 2002²¹ (REQUIÃO, 2007, p. 217, n. 8), mas, ainda que em forma rudimentar (representante comercial autônomo agindo de maneira artesanal, com base no trabalho pessoal, sem organização) não seja assim (empresarial)²² considerada pelo autor (REQUIÃO, 2007, p. 220 – cf. tb. BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 202) a atividade do agente, não deixa o agente de ser *comerciante* (BULGARELLI, 2005, p. 222; GOMES, 1998, p. 368)²³ – *in casu* (atividade do agente em forma rudimentar), o *pequeno comerciante* a que se refere o Decreto-Lei 486, de 3 de março de 1969, e seu Regulamento (Decreto 64.567, de 22 de maio de 1969) – REQUIÃO, 2007, p. 220. Ser comerciante o agente confere-lhe v.g. as vantagens (1) na renovação do contrato de locação comercial para a proteção da clientela (art. 51, parágrafo 4º., da Lei 8.245, de 18 de

²¹ Fala-se hoje no Brasil em direito *empresarial*, adjetivo que substitui “comercial” e abrange outrossim o (direito) civil; Mello e Theodoro Júnior (2003, p. 51) preferem usar o termo “direito dos *negócios*”. Em verdade, leciona Cavalli (2012, p. 95), que fala em “comercialização do direito civil” (p. 90), o direito comercial já não se apresentava como uma disciplina absolutamente distinta do (direito) civil, uma vez que os princípios daquele (direito comercial) ingressaram no direito brasileiro por meio deste (direito civil). Para Cordeiro (2009, p. 69), a autonomia do direito comercial – a despeito de que, caso não exista historicamente, seja indefensável –, “no tempo e no lugar onde opera, afigura-se a mais diferenciadora de situações, a mais rica em termos culturais e humanos e, nessa medida, a mais justa”. Embora a última codificação europeia do século XX – o Código Civil holandês de 1991 – e a primeira grande (codificação) do (século) XXI – o Código Civil brasileiro de 2002 – hajam unificado o direito privado, outrossim recentemente Macau (em 1999) e Moçambique (em 2005) editaram códigos comerciais, o que demonstra inexistir regra absoluta no campo cultural (CORDEIRO, 2009, p. 70-71).

²² Para Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 490-491) a atividade não-empresarial do agente faz incidir as normas do CC/BR de 2002 pertinentes ao contrato de agência, mas não (faz incidir) as (normas) da Lei 4.886/1965.

²³ Mais especificamente, para Rizzardo (2005, p. 740 e 750), exercente, como pessoa jurídica ou firma individual, de *atividade auxiliar do comércio* preparatória de compra e venda. No mesmo sentido, SILVA, 1999, p. 86, e, no direito italiano, CAGNASSO, 1987, p. 49. Em Portugal, fala-se em “pessoa semelhante a comerciante”, cujos critérios conformadores são a autonomia, a habitualidade e uma organização mínima, ainda que rudimentar, figurativa duma empresa (CORDEIRO, 2009, p. 246-247). Quando há relação de emprego, diz-se *interno* o auxiliar (THEODORO JÚNIOR, 2003).

outubro de 1991) e (2) na recuperação judicial ou extrajudicial; há desvantagem, contudo, em que receba tratamento tributário mais oneroso, sobretudo para com o imposto de renda (REQUIÃO, 2007, p. 214)²⁴. Na prática, alerta Requião (2007, p. 214), as juntas comerciais²⁵ têm recusado o arquivamento (a) das declarações de firma individual ou (b) dos atos constitutivos de sociedade cujo (da firma individual ou da sociedade) objeto seja meramente a representação comercial, considerando-lhes (da firma individual e da sociedade que tenham esse objeto) *civil* a natureza.

Ao contrário do que afirma Wald (2009, p. 241), não se trata dum contrato de mediação *stricto sensu*, pois este é cumprido de modo eventual (MIRANDA, 1984, p. 36; ALMEIDA, 2012, p. 138; MONTEIRO, 2009, p. 96) e com imparcialidade (GOMES, 1998, p. 367; GOMES, 1990, p. 19; MONTEIRO, 2009, p. 104; BRITO, 1988, p. 123-124; ASSIS, 2009, p. 216; MONTEIRO, 1994, p. 52). Na mediação, por sua vez, há, para Miranda (1984, p. 26), uma fase fática, anterior à conclusão do contrato de mediação, ao passo que, no contrato de agência, inicia-se a atividade do agente tão somente após a conclusão do contrato de agência.

É um contrato usado, no Brasil, outrossim por laboratórios farmacêuticos (agentes propagandistas ou agenciadores de propaganda) e editoras (agentes livreiros, como vendedores de coleções de obras e enciclopédias), havendo ainda os agentes depositários, os teatrais, os de cinema e os esportivos (GOMES, 1998, p. 367; ASSIS, 2009, p. 220), distinguindo-se eles (agentes) dos viajantes e pracistas (vendedores externos, em oposição aos balconistas, sendo pracistas os que atuem fixos numa só praça – GOMES, 1998, p. 368-369; ASSIS, 2009, p. 217), regidos pela Lei 3.207, de 24 de julho de 1957, por estes

²⁴ A *microempresa* de representação comercial, entretanto, é *isenta* de imposto de renda (Súmula 184 do Superior Tribunal de Justiça).

²⁵ Para Coelho (2007, p. 436), o registro em junta comercial restringe-se ao agente pessoa jurídica.

(viajantes e praticistas) serem empregados (WALD, 2009, p. 240-241; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 427; ASSIS, 2009, p. 217; THEODORO JÚNIOR, 2003²⁶). Ainda que muitas vezes não seja fácil distinguir viajante ou praticista de agente, Gomes (1998, p. 369) indica circunstâncias que o (distinguir) possibilitem, como a colocação à disposição da empresa da energia de trabalho durante certo lapso de tempo (diário, semanal ou mensal), a obrigação de comparecer pessoalmente à empresa e a (obrigação) de obedecer a seus (da empresa) métodos de venda, a fixação de período para a viagem pela empresa, o recebimento de instrução da empresa sobre o aproveitamento da zona, a elaboração de relatório de visitas e ocorrências à empresa bem como a obediência ao regulamento desta (empresa).

O agenciador de propaganda é regido por lei especial (Lei 4.680, de 18 de junho de 1965) e pago por meio de comissão (art. 11 do Decreto 57.690, de 1º de fevereiro de 1966), sendo-lhe outrossim (i.e. como ocorre com viajantes e praticistas) exceção a ausência de subordinação empregatícia (art. 24, parágrafo único, desse decreto) – WALD, 2009, p. 242. A retribuição legalmente estabelecida proporcional ao montante das vendas de produtos cuja (dos produtos) propaganda haja feito, para Gomes (1998, p. 367), não deixa dúvida quanto a ser trabalhador autônomo o propagandista e (ser), para Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 503) verdadeiro agente, regido embora por normas especiais, as quais, regulando agência *indireta* – em que o propagandista divulga o produto para o médico mas quem o compra é o cliente na farmácia e não do laboratório –, afastam-na (agência) do contrato descrito no art. 710, *caput*, do CC/BR de 2002 (ASSIS, 2009, p. 220).

A ausência de subordinação hierárquica na relação do re-

²⁶ Theodoro Júnior (2003) distingue ainda de viajantes e praticistas o agente pelos seguintes caracteres: estes (viajantes e praticistas) não podem contratar pessoal para desempenhar a representação que lhes cabe, não têm iniciativa pessoal, não podem aceitar representação doutras empresas e só podem ser pessoa física.

presentante comercial com o preponente é que permite distinguir o contrato de agência do de emprego²⁷ (GOMES, 1998, p. 366; MIRANDA, 1984, p. 24-25; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 427 e 429; RIZZARDO, 2005, p. 742; COELHO, 2007, p. 435; ASSIS, 2009, p. 216; CAGNASSO, 1987, p. 44). Por subordinação hierárquica entenda-se o vínculo de natureza pessoal com direção dos serviços a prestar, uma vez que aquela (subordinação) existe, de qualquer modo, em dever o agente executar seu trabalho consoante as instruções do preponente²⁸ (art. 712 do CC/BR) e, dentre outros deveres anexos ou laterais decorrentes da boa-fé objetiva (GODOY, 2010, p. 725), dele (trabalho) prestar-lhe (ao preponente) contas (arts.

²⁷ Cf., antes da entrada em vigor do CC/BR de 2002, RO 7.557/95, TRT 3ª. R., 5ª. T., DJMG 2.9.1995, p. 44 (DINIZ, 1999, p. 474-475). No processo de falência, porém, o que for devido pelo principal ao representante comercial autônomo em razão do contrato de agência é equiparado ao crédito trabalhista (art. 44, *caput*, da Lei 4.886/1965, com redação pela Lei 8.420/1992; no direito italiano, por força do art. 2.777 do CC/IT, aquele crédito está logo abaixo do trabalhista – TOFFOLETTO, 2008, p. 286), que está em primeiro lugar na classificação creditícia da falência ou insolvência – não havendo o legislador tido o mesmo arrojado para com os honorários advocatícios, crédito que goza privilégio apenas *geral* (ASSIS, 2009, p. 237). A propósito, Assis (2009, p. 240), distinguindo do representante comercial o agente do art. 710 do CC/BR de 2002 (com critério em que aquele concluiria o negócio e este não), sustenta que os créditos devidos a este (agente) em função do contrato de agência gozam privilégio outrossim meramente geral na falência ou insolvência, por força da incidência subsidiária, determinada no art. 721 do CC/BR de 2002, do art. 707 do mesmo código, aplicável originalmente à comissão.

²⁸ O que implica participar de encontros, reuniões e seminários promovidos pelo principal (Rizzardo, 2005, p. 750), assim como (implica) que o agenciado estipule as condições (gerais e especiais) dos futuros negócios e (estipule) o preço de mercadorias, bens e serviços objeto da agência e (o agenciado) ponha à disposição do agente algum técnico que auxilie este na promoção do negócio, esclarecendo os clientes acerca do funcionamento e das vantagens de produtos e serviços (ASSIS, 2009, p. 211 e 229). Para Assis (2009, p. 224), contudo, em respeito à autonomia do agente, não pode o principal visitar-lhe (do agente) a zona, salvo para acompanhar trabalho em andamento e sem fim de controle. Cunha (2003, p. 414) diz caber ao principal definir “*what to do*” (“*que fazer*”) e ao agente (definir) “*how to do*” (“*como fazer*”): “o principal dispõe de inteira liberdade quanto à configuração abstracta daquilo que em cada momento vale como cumprimento da obrigação de promover contratos; o agente conserva a faculdade de conformação e organização concreta dos actos de cumprimento”.

668 c/c 671 do CC/BR de 2002²⁹), dizendo-se (a subordinação) pois *empresarial* (GOMES, 1998, p. 366; COELHO, 2011, p. 113, 2007, p. 435; RAMOS, 2010, p. 544-545; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 495; DINIZ, 1999, p. 459; RIZZARDO, 2005, p. 741). Importa que o agente tenha autonomia *econômica* (ainda que não integral³⁰ nem inevitavelmente³¹ – CAGNASSO, 1987, p. 43; CUNHA, 2003, p. 372) e *funcional* (MIRANDA, 1984, p. 25). A propósito, compete *exclusivamente* (GOMES, 1998, p. 373; VENOSA, 2010, p. 320) à Justiça *comum* (não à trabalhista³²) julgar as controvérsias entre preponente e agente (art. 39 da Lei 4.886/1965, com redação pela Lei 8.420/1992), podendo as partes, não sendo hipossuficiente o agente nem de adesão o contrato (cf. AgRg no REsp 473.897/MG, 3ª. Turma do STJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 25.3.2003, DJU 19.5.2003 p. 229 – ASSIS, 2009, p. 241, n. 107), eleger foro diverso do (foro) de do-

²⁹ Anteriormente ao CC/BR de 2002, cf. Ac. 27.210/95, TRT 9ª. R., 5ª. T., DJPR 10.11.1995, p. 11 (DINIZ, 1999, p. 475).

³⁰ Os acordos de distribuição permitem que o produtor, para coordenação da fase produtiva com a (fase) de comercialização, tenha acesso à estrutura de venda doutra empresa, sem que se ponha em causa a autonomia jurídica desta, o que se pode chamar “integração econômica vertical convencional”, cujo (da integração) grau varia de acordo para acordo (de distribuição), consoante o esquema jurídico que (o acordo) conforme (VIEIRA, 2006, p. 10-11; cf. tb. MONTEIRO, 1994, p. 48).

³¹ O agente pode ser “*monofirma*” (dito “monomandatário” na Itália – TOFFOLETTO, 2008, p. 302; CAGNASSO, 1987, p. 44), quando consagra toda sua atividade a um principal, *de modo que a cessação do contrato paralisa sua fonte de rendimentos*, ou “*plurifirma*” (chamado na Itália “plurimandatário” – CAGNASSO, 1987, p. 44), caso em que *é preciso verificar quanto o ganho habitual decorrente da atividade consagrada a determinado principal representa do total que costuma auferir o agente* (CUNHA, 2003, p. 374).

³² Exceto se houver, de fato, subordinação hierárquica, não empresarial, caracterizando verdadeira relação empregatícia (cf. REsp 642.728/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 20.9.2005 – RAMOS, 2010, p. 549; cf. tb. RIZZARDO, 2005, p. 752, e COELHO, 2007, p. 435). O advento da EC 45/2004, aliás, que, alterando a redação do art. 114 da CR/BR de 1988, determina competir à Justiça do Trabalho julgar todas as ações em que se discuta relação de *trabalho* (antes se lia “de *emprego*”) não tornou insubsistente o art. 39 da Lei 4.886/1965 (CC 96.851/SC, Rel. Min. Convocado Carlos Fernando Mathias, STJ, DJ 20.3.2009 – cf. RAMOS, 2010, p. 557).

micílio deste (agente)³³ – cf. REsp 579.324/SC, Rel. originário Min. Jorge Scatezzini, Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, julgado em 15.2.2005 e REsp 110.104/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. para acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 24.11.1998 (RAMOS, 2010, p. 556-557).

A autonomia do agente é que permite o *subcontrato* (CAGNASSO, 1987, p. 44) dito subagência (ANTUNES, 2011, p. 442). O subagente está para o agente como este (está) para o agenciado (ASSIS, 2009, p. 233), havendo coadjuvação por meio doutro contrato, prevendo-o às vezes o próprio contrato de agência (MIRANDA, 1984, p. 28). A subagência (ou sub-representação – REQUIÃO, 2007, p. 222) está prevista no art. 42 da Lei 4.886/1965 e justifica-se quando for excessivo o trabalho da empresa ou conveniente a especialização por frações de zona ou (por) diferenças dos objetos dos negócios ou (diferenças) concernentes aos dotes pessoais dos subagentes (MIRANDA, 1984, p. 28; ASSIS, 2009, p. 233). O subagente não é substituto do agente (ASSIS, 2009, p. 233) nem mandatário deste, podendo ser dito o *agente do agente* (MIRANDA, 1984, p. 28-29), razão pela qual este (agente) é quem arca com sua (do subagente) remuneração (ASSIS, 2009, p. 233).

Para evitar confusão entre agente e empregado que pratique os mesmos atos daquele (agente), é ele (agente) dito no Brasil representante comercial autônomo ou (numa denominação mais genérica) distribuidor (GOMES, 1998, p. 368). É a esse distribuidor (sinônimo de representante comercial autônomo) – não ao da Lei 6.729, de 28 de novembro de 1979, que rege a concessão comercial de *veículos automotores*³⁴ (cf. AI

³³ Contra, cf. decisão do TJGO em RT 793/342 (COELHO, 2005, p. 136).

³⁴ Razão (i.e. referir-se apenas a veículos automotores) pela qual se não pode aplicar, sequer analogicamente, a contrato atípico de concessão comercial, pois generalizar norma de lei que cria regime jurídico excepcional significa ir de encontro a sua (da norma) própria natureza (especial) – MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 106-107, 112 e 115. No mesmo sentido: AgRg 43.329-3/SP, 3ª. T., STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, acórdão unânime de 15.3.1994, DJU 16.5.1994 (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 115).

1.003.268-5, I TACSP, 10^a. Câm., Rel. Juiz Frank Hungria, j. 26.6.2001, e MC 5.856, decisão monocrática do Min. Cesar Asfor Rocha, j. 6.12.2002 – GODOY, 2010, p. 723) – que remete o Código Civil brasileiro de 2002, em que aquele (distribuidor) findou contudo por tornar-se *espécie* (REQUIÃO, 2007, p. 225; GODOY, 2010, p. 721, 723 e 732; THEODORO JÚNIOR, 2003) de agência (com a nota – ou “plus”, como dizem Mello e Theodoro Júnior em 2003, p. 45 – de que o agente tenha – consoante se lê do art. 710, *caput*, do CC/BR de 2002 – *a sua disposição* a coisa a negociar), sem que, na prática, afaste-se a confusão terminológica (VENOSA, 2010, p. 311). Trata-se – quando não seja confiada ao agente a *mera guarda* do objeto do contrato de compra e venda agenciado para entrega *imediate* ao adquirente (REQUIÃO, 2007, p. 225) – de verdadeiro agente depositário (THEODORO JÚNIOR, 2003), o qual cuida de armazém do preponente ou dele próprio, entregando a mercadoria, da qual tem a posse (GODOY, 2010, p. 723 – no mesmo sentido, ainda que fale em guarda e não em posse, cf. MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 41), diretamente ao comprador, sem que se trate de contrato misto ou coligado ao de depósito (GOMES, 1998, p. 367), podendo ainda o agente deter o controle ou administração de filial do preponente (REQUIÃO, 2007, p. 225). Lisboa (2005, p. 571) também identifica agente, representante comercial e distribuidor do art. 710, *caput*, do CC/BR de 2002, mas, ao referir-se a este (distribuidor), afirmando que (o distribuidor) compra a mercadoria para revenda³⁵ com retribuição pela diferença entre o preço de compra e o de venda³⁶, finda por confundi-lo (distribuidor) com o

³⁵ Uma vez que a revenda sistemática não se insere no âmbito das relações contratuais próprias da distribuição do art. 710 do CC/BR de 2002, não figura a compra e venda (sem a qual é impossível conceber a função econômica e jurídica da concessão comercial) entre os contratos típicos subsidiários indicados no art. 721 do mesmo código (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 40).

³⁶ Assim o fazendo, o distribuidor de bebidas não será representante comercial (TJRS, CC 70003993516, Tribunal Pleno, Rel. Des. Elvio Schuch Pinto, j. 17.06.2002 – cf. LISBOA, 2005, p. 575) nem, por conseguinte, o distribuidor de que

concessionário³⁷, do mesmo modo que Venosa (2010, p. 311), Melo (2002, p. 546 e 549), Tepedino/Barboza/Moraes (2006, p. 491-492), Monteiro/Maluf/Silva (2010, p. 351), Gagliano/Pamplona Filho (2011, p. 420-421), Rizzardo (2005, p. 739, 743 e 753) e, com menor convicção, Nader (2010, p. 359-360)³⁸. Como explica Venosa (2010, p. 320), a concessão também se distingue da distribuição por existir naquela (concessão) uma subordinação técnica e econômica (dita, em suma, outrossim *empresarial* por Ramos – 2010, p. 558) *ampla* do concessionário para com o concedente (MONTEIRO, 1994, p. 53), ao passo que conserva o distribuidor do art. 710, *caput*, do Código Civil brasileiro de 2002 sua *autonomia*; a distribuição, por sua vez, é uma das etapas apenas do contrato de concessão, o qual implica obrigações várias ao concessionário. De qualquer modo, como diz Brito (1988, p. 109), agentes, representantes e concessionários são designados nem sempre sob uma terminologia rigorosa e precisa.

Distribuição, a propósito, é palavra equívoca, com diversos significados, não técnicos inclusive (VENOSA, 2010, p. 311; GODOY, 2010, p. 722). *Lato sensu*, abrange ela todas as formas de que se utilize uma empresa a fim de colocar, diretamente ou por meio de terceiros (neste caso, diz-se *indireta* a

trata o Código Civil brasileiro (art. 710, *caput*) – REQUIÃO, 2007, p. 225.

³⁷ Como explica Monteiro (1998, p. 40), comentando acórdão de 27 de junho de 1995 do Tribunal da Relação do Porto/PT, “o concessionário, ao contrário do agente, actua em seu nome e por conta própria, adquire a propriedade da mercadoria (em princípio, pelo menos), compra para revenda e assume os riscos da comercialização”. No mesmo sentido: BRITO, 1988, p. 125; CAGNASSO, 1987, p. 44; ASSIS, 2009, p. 219; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 40, 108 e 117; VIEIRA, 2006, p. 62; ANTUNES, 2011, p. 442; THEODORO JÚNIOR, 2003; GODOY, 2010, p. 722-723; RT 596:84 (DINIZ, 1999, p. 466).

³⁸ Em RT 833/234 (COELHO, 2005, p. 125), o 1º, TACivSP descreve a atividade do concessionário chamando-o entretanto *distribuidor*. Bulgarelli (1997, p. 449-450) diferencia a concessão da agência, de que – observados os termos do então apenas projeto de Código Civil brasileiro (número 634/1975, DOU de 13 de junho 1975) – a distribuição é espécie, sem que externe ver na agência, porém, representação comercial (no mesmo sentido, GONÇALVES, 2011, p. 466).

distribuição – ALMEIDA, 2012, p. 133), bens e serviços no mercado (VENOSA, 2010, p. 311; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 53; THEODORO JÚNIOR, 2003), abrangendo a agência, a concessão comercial e a franquia (MONTEIRO, 1998, p. 33, n. 1)³⁹; *stricto sensu*, é a espécie de agência descrita no *caput* do artigo 710 do Código Civil brasileiro (VENOSA, 2010, p. 311), a qual (espécie) Coelho (2011, p. 143-144) chama distribuição-*aproximação* (visando distingui-la da concessão comercial, que seria uma atípica porém de largo emprego distribuição-*intermediação*) e Theodoro Júnior (2003) (chama) distribuição *por conta alheia* (para a distinguir da *por conta própria* ou *concessão comercial*), reputando-a “modelo contratual normativo totalmente desconhecido das práticas empresariais” (COELHO, 2011, p. 144), ainda que, para Mello e Theodoro Júnior (2003, p. 41 e 44 – cf. tb. THEODORO JÚNIOR, 2003), tal figura se encontrasse já prevista no art. 1º., *caput, in fine*, da Lei 4.886/1965, ao admitir a prática, pelo representante comercial, de “atos relacionados com a execução dos negócios”, e, para Assis (2009, p. 219), (tal figura) seja “a principal espécie de agência”. As cláusulas contratuais é que dirão de que contrato (agência, concessão comercial ou franquia) de fato se trata (COELHO, 2011, p. 144).

Os agentes de viagem ou turismo não se confundem com o representante comercial autônomo e têm a atividade regulamentada no Decreto 84.934/1980 (cf. TAMG, Ap. 0293050-3, 6ª. Câmara Cível, Rel. Juiz Paulo Cezar Dias, j. 25.11.1999) – WALD, 2009, p. 242; GOMES, 1998, p. 368. Também não são agentes *stricto sensu* ou genuínos, para GOMES (1998, p. 368), os (agentes) de navegação⁴⁰, os de expedição, os de colo-

³⁹ A matriz comum da função econômico-social (qual seja, distribuição de mercadorias) que desempenham agência e concessão comercial é que leva Vieira (2006, p. 61) a afirmar que, do prisma jurídico ao (prisma) econômico, guardam elas (agência e concessão comercial) “profunda similitude em múltiplos aspectos”.

⁴⁰ Para Miranda (1984, p. 27), contudo, se o agente de navegação simplesmente promove contratos de transporte marítimo, há contrato de agência e não qualquer

cação e os de seguros (contra, cf. ASSIS, 2009, p. 220), porquanto inexistente ajustamento perfeito de sua atividade aos elementos distintivos do contrato de agência. Agência de banco, por seu turno, não se confunde com agente bancário, sendo aquela (agência de banco) uma instalação secundária do banco (MIRANDA, 1984, p. 27; cf. tb. MONTEIRO, 1994, p. 51). O agente bancário (que pode, contudo, ser uma agência bancária a serviço doutro banco) limita-se a promover a conclusão de negócios jurídicos bancários dentro de determinada circunscrição e quase sempre para com algumas espécies de negócios, como a colocação de títulos no mercado (MIRANDA, 1984, p. 27). Apesar outrossim do emprego da mesma denominação, não se confundem com a agência ou o agente do Código Civil brasileiro de 2002: o (agente) público (pessoa natural encarregada, provisoriamente ou não, do exercício de função estatal), o agente de câmbio (cf. MIRANDA, 1984, p. 27), a agência reguladora independente e a agência como desmembramento duma pessoa jurídica (ASSIS, 2009, p. 212-213). Para Venosa (2010, p. 314-315 – cf. tb. ASSIS, 2009, p. 217), a figura do agente aproxima-se da (figura) do lobista, “facilitador democrático” (CAMPOS, 2009, p. 207) que promove atividade ou busca interferência voltada a *inter alia* a aprovação ou rejeição duma lei, a aceitação duma empresa num empreendimento ou a nomeação de alguém a um cargo público ou privado, sendo ambos aqueles (agente e lobista) *intermediários de vontades*.

O contrato de agência é típico (ou nominado), bilateral (produz direitos e obrigações para ambas as partes), sinalagmático (a prestação por uma parte é causa de prestação pela outra), oneroso, consensual, informal⁴¹, comutativo (pela equiva-

outro.

⁴¹ Embora, para contratos cujo valor exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no Brasil, exija-se a forma escrita (arts. 401 do CPC/BR e 227 do CC/BR de 2002), a mais comum (DINIZ, 1999, p. 458). Fala-se de negócio *ad probationem* quando a forma não lhe (ao negócio) é essencial, mas interfere em sua prova (GALLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 423).

lência de prestações), de duração (determinada ou indeterminada – também dito de trato sucessivo, execução continuada ou débito permanente, pois cumprido em atos reiterados⁴²) e *intuitu personae* (dito *fiduciário* doutro modo, por seu caráter personalíssimo, calcado na confiança)⁴³ – VENOSA, 2010, p. 315; LISBOA, 2005, p. 572; NADER, 2010, p. 356; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 423; TARTUCE, 2010, p. 526; DINIZ, 1999, p. 458; GODOY, 2010, p. 721; RIZZARDO, 2005, p. 740; ASSIS, 2009, p. 214; THEODORO JÚNIOR, 2003. Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 424) acrescentam ser o contrato de agência individual (interessa apenas a pessoas determinadas), evolutivo (em que se impõe a compensação por eventual alteração ocorrida no curso do contrato) e principal (com existência autônoma), podendo ser paritário ou de adesão, destacando ainda Cunha (2003, p. 400) desempenhar ele (contrato de agência) uma função de troca da espécie *facio ut des*.

Se ambas as partes tiram proveito dum contrato, este é oneroso⁴⁴ (TELLES, 2010, p. 480). Sendo da *essência* do contrato de agência a onerosidade, não se pode supor gratuidade pela falta de estipulação de proventos ao agente (GOMES, 1998, p. 372; PEREIRA, 2004, p. 393; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 489 e 495; ASSIS, 2009, p. 237; ANTUNES, 2011, p. 443). Ausente cláusula *expressa*⁴⁵ de retri-

⁴² Supondo o contrato de agência que dure a atividade do agente, não há contrato de agência quando v.g. A encarrega B unicamente de vender uma específica casa, ainda que B profissionalmente promova negócios (MIRANDA, 1984, p. 26). Quem pratica ato isolado ou esporádico de representação comercial deve ser considerado mero corretor de mercadorias, sem direito à proteção legalmente dirigida ao agente (JB 141:133 – DINIZ, 1999, p. 458).

⁴³ Caracteres que levam Gonçalves (2011, p. 464) a afirmar ter a agência a mesma *natureza jurídica* da comissão.

⁴⁴ Em verdade, como explica Telles (2010, p. 480), ainda neste caso (ambas as partes tiram proveito do contrato) o contrato pode ser, *simultaneamente, gratuito* nas relações das partes com *terceiro beneficiário*, o que demonstra que a onerosidade refere-se mais à *atribuição patrimonial* (i.e. *qualquer vantagem avaliável em dinheiro*) do que ao negócio jurídico.

⁴⁵ Se a ausência de cláusula deve-se à *gratuidade convencional* do contrato, este é

buição e *inexistindo uso aplicável* (NADER, 2010, p. 358; PE-REIRA, 2004, p. 393; REQUIÃO, 2007, p. 221; DINIZ, 1999, p. 460), resolve-se a questão por arbitramento, amigável ou judicial (MIRANDA, 1984, p. 52), como aliás determina, em aplicação subsidiária, o art. 658, parágrafo único, 2ª. parte, do CC/BR de 2002⁴⁶ (ASSIS, 2009, p. 237). A comutatividade, por sua vez, implica equilíbrio de prestações entre as partes no contrato (NADER, 2010, p. 356). Quando a retribuição do agente é variável, calculada na base de percentagem sobre o valor do negócio concluído (forma mais comum – REQUIÃO, 2007, p. 221; RIZZARDO, 2005, p. 744), chama-se comissão; sendo fixa, (chama-se) remuneração (GOMES, 1998, p. 371; cf. tb. DINIZ, 1999, p. 460). A retribuição fixa quase sempre é mínima para um mínimo de promoções eficientes (MIRANDA, 1984, p. 25). O Código Civil brasileiro fala, indiferentemente, de “remuneração” (arts. 714, 716, 717 e 719). Sob a forma de comissão, o direito a percebê-la está condicionado à execução (ainda que parcial, com redução proporcional da comissão) do contrato celebrado com o comprador, salvo quando esta (execução) deixe de dar-se por causa imputável ao preponente (GOMES, 1998, p. 371). A comissão, em contratos de execução fracionada em prestações, não é paga duma só vez, mas à medida que aquelas (prestações) se vencem, ainda que já esteja o agente desvinculado do preponente (GOMES, 1998, p. 372). Executado o contrato pelo preponente e não havendo pagamento pelo comprador ou desfeita por este a compra, não há outrossim espaço para comissão (GOMES, 1998, p. 372). Por seu turno, salvo ajuste diverso, o agente faz jus a ser pago pelos negócios concluídos em sua zona⁴⁷, ainda que o tenham sido

inominado (NADER, 2010, p. 355).

⁴⁶ Em Portugal, incidiria o art. 15 do Decreto-Lei 178/1986, de 3 de julho: “Na ausência de convenção das partes, a retribuição do agente será calculada segundo os usos ou, na falta destes, de acordo com a equidade.”

⁴⁷ Em se tratando de comércio eletrônico, entretanto, é inadequado falar em *lugar da conclusão do negócio*, importando que o *cliente* esteja na zona do agente (ASSIS,

sem sua interferência (art. 714 do CC/BR de 2002); isso a fim de que se impeça fraude à cláusula legal (expressamente supletiva embora – REQUIÃO, 2007, p. 223) de exclusividade (art. 711, 1ª. parte, do CC/BR de 2002) – GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 429 – e porque os serviços prestados pelo agente irradiam-se *além* dos contratos celebrados de cuja promoção *diretamente* participou (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 496).

Consoante o art. 1º. do Decreto-Lei português 178/86, de 3 de julho, em sua redação original, agência é o *contrato* pelo qual uma das partes se obriga a promover, *por conta da* outra, a celebração de contratos *em certa zona ou determinado círculo de clientes*, de modo *autônomo e estável*, mediante *retribuição*. Em Portugal, a atribuição duma zona ou círculo de clientes ao agente deixou de ser elemento essencial do contrato de agência com o Decreto-Lei 118/93, de 13 de abril, por força da Diretiva 86/653/CEE⁴⁸ (MONTEIRO, 2009, p. 79; cf. tb. VASCONCELOS, 2002, p. 243, n. 1), conquanto aquele (decreto-lei) já sofresse influência do projeto desta (diretiva) – ALMEIDA, 2012, p. 135. Para a referida Diretiva (86/653/CEE), agente é, na tradução oficial portuguesa, “a pessoa que, como intermediário *independente*, é encarregada a título *permanente*, quer de negociar a venda ou a compra de mercadorias *para uma outra pessoa*, adiante designada 'comitente', quer de negociar e concluir tais operações em nome e *por conta do* comitente”.

A agência surge com a decadência, em virtude do desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, da *comissão*, nascida no século XVI, em que o comissário conclui negócios em nome próprio por conta do comitente (LEITÃO, 2006, p. 13; cf. tb. GOMES, 1990, p. 13, e MELLO, THEO-

2009, p. 242).

⁴⁸ A Diretiva (ou Diretriz) 86/653/CEE é a única sobre matéria comercial nuclear e, possuindo especial cuidado em, nos artigos 3º./1 e 4º./1, subordinar as partes à lealdade e à boa-fé, revela o predomínio da técnica jurídica alemã (CORDEIRO, 2009, p. 659).

DORO JÚNIOR, 2003, p. 53). Aquela (agência), a despeito da afinidade (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 45), não se confunde, porém, com esta (comissão), sendo portanto um equívoco designar por “comitente” a pessoa em favor da qual é negociada – e em cujo nome eventualmente concluída – pelo agente a compra ou venda de mercadorias⁴⁹. Enquanto o agente apenas promove, o comissionário, como dito, obra no próprio nome por conta do comitente⁵⁰ (art. 693 do CC/BR de 2002) – MIRANDA, 1984, p. 44; GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 428; PEREIRA, 2004, p. 392; GODOY, 2010, p. 721; RIZZARDO, 2005, p. 742; ASSIS, 2009, p. 216; MONTEIRO, 1994, p. 50 e 52.

A primeira lei a ocupar-se do agente foi o Código Comercial alemão de 10 de maio de 1897 (§§ 84 a 92)⁵¹, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900 e foi reformado em 1953 (*inter alia*, introdução do instituto do *Ausgleichsanspruch*) e pela Lei de 23 de outubro de 1989 (transposição da Diretiva 86/653/CEE, ela própria muito influenciada pelo direito alemão) – MONTEIRO, 2009, p. 78-79; LEITÃO, 2006, p. 14; BRITO, 1988, p. 110; MONTEIRO, 1994, p. 45-46; MONTEIRO, 2009, p. 79-80. O *Handlungsagent* (literalmente, “agente de comércio”) do Código Comercial alemão de 1897, concebido originalmente em posição de igualdade com o principal, com a reforma de 1953 passou a chamar-se *Handelsvertreter* e (passou a) ser visto como a parte – na prática e na mai-

⁴⁹ Tepedino, Barboza e Moraes também se referem ao preponente como comitente em 2006, p. 498. Do mesmo modo, Theodoro Júnior em 2003.

⁵⁰ Pelo Código Civil brasileiro de 2002 (art. 721), as normas concernentes à comissão (assim como as ao mandato), no entanto, aplicam-se supletivamente à agência, por *afinidade* ou *semelhança* entre aquela (comissão) e esta (agência) – NADER, 2010, p. 356; TARTUCE, 2010, p. 531; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 45. A comissão, a propósito, era considerada, empregando-se a linguagem do Código Comercial brasileiro, mandato, conquanto *sem representação* (THEODORO JÚNIOR, 2003).

⁵¹ Na prática, entretanto, existia desde o início do século (XIX) – CAGNASSO, 1987, p. 41.

oria das vezes – mais fraca do contrato de agência, merecendo por isso a proteção do legislador (BRITO, 1988, p. 110; MONTEIRO, 1994, p. 45-46; CAGNASSO, 1987, p. 43; MONTEIRO, 2009, p. 80). Para o § 84 (na redação de 22 de junho de 1998) do Código Comercial alemão, representante comercial ou agente é todo aquele que, como profissional autônomo, está permanentemente encarregado de mediar negócios para outro empresário ou concluí-los em nome deste, devendo-se considerar autônomo quem possa realizar sua atividade e determinar seu horário de trabalho de modo substancialmente livre (alínea 1). Considera-se, no entanto, empregado quem, sem ser autônomo no sentido da alínea 1, está permanentemente encarregado de mediar negócios para outro empresário ou concluí-los em nome deste (alínea 2). Também o empresário pode ser representante comercial ou agente (alínea 3), e aplicam-se as prescrições da seção (do Código Comercial alemão) concernente ao representante comercial ou agente ainda que o empreendimento deste (representante comercial ou agente) não exija, por sua natureza ou dimensão, uma empresa organizada de modo mercantil⁵².

3. INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA AO AGENTE.

3.1. SOLUÇÕES ALEMÃ E FRANCESA.

⁵² No original: “HGB § 84 Begriff des Handelsvertreters (Fassung vom 22. Juni 1998). (1) Handelsvertreter ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. (2) Wer, ohne selbständig im Sinne des Absatzes 1 zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt als Angestellter. (3) Der Unternehmer kann auch ein Handelsvertreter sein. (4) Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auch Anwendung, wenn das Unternehmen des Handelsvertreters nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.”

A primeira manifestação da *indenização de clientela* foi a *Lei austríaca* de 24 de junho de 1921 (§ 25, especificamente, do *Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse des Handelsagenten* ou *Handelsagentengesetz* – em português, Lei Federal sobre as Relações Jurídicas do Agente Comercial ou Lei dos Agentes Comerciais) – LEITÃO, 2006, p. 15-16. A indenização de clientela passou a ser devida ao agente que exclusiva ou predominantemente se houvesse ocupado da angariação de clientes, quando o término do contrato se devesse a denúncia do principal sem motivo culposo pelo agente (LEITÃO, 2006, p. 15-16).

A legislação francesa (*Loi du 18.7.1937*, alterada pela *Loi du 7.3.1957*) admitiu a indenização de clientela (*indemnité de clientèle*) primeiro ao *représentant de commerce* ou (*représentant statutaire*)⁵³, também chamado V.R.P. (*voyageur, représentant ou placier*), que se diferencia do *agent commercial* por ser aquele (*représentant de commerce*), ainda que goze de autonomia relativa (MONTEIRO, 2009, p. 82), trabalhador subordinado (REQUIÃO, 2007, p. 219; MONTEIRO, 1994, p. 46), sendo ela (indenização de clientela) devida sempre que (A) o empregador ponha termo ao contrato de trabalho sem violação contratual pelo V.R.P. ou (B) a ruptura do contrato de trabalho resulte de incapacidade total ou parcial do V.R.P. para o contrato (LEITÃO, 2006, p. 16-17).

Nela (legislação francesa), a indenização de clientela ao agente (*indemnité compensatrice du préjudice subi* – em português, indenização compensatória do prejuízo sofrido –, também chamada de *indemnité de rupture* por Catoni em 1970, p. 143) surge com o *Décret 58-1345*, de 23.12.1958, alterado pelo

⁵³ Seu (do *représentant de commerce*) estatuto passou em seguida ao Título V do Livro VII da Parte Legislativa do Código do Trabalho francês, cujos (do Título V) dispositivos vieram a ser ab-rogados pela *Ordonnance 2000-912*, de 18 de setembro de 2000. O *représentant de commerce* hoje é regido pelos artigos L-7311-1 a L-7313-18 (insertos no Título I do Livro III da nova Parte Legislativa) do Código do Trabalho francês.

Décret 68-765, de 22.8.1968, passando a ser devida sempre que revogado o contrato⁵⁴ pelo mandante (a agência era considerada um mandato de interesse comum, pois agente e principal perseguiram ambos formar e ampliar clientela⁵⁵ – THEODORO JÚNIOR, 2003; MONTEIRO, 2009, p. 83), salvo quando justificada a revogação por violação contratual pelo mandatário (LEITÃO, 2006, p. 17-18; MONTEIRO, 1994, p. 46). Mesmo após a Lei 91-593, de 25.6.1991, que transpôs a Diretiva Comunitária de 1986, o agente é visto na França como mandatário (THEODORO JÚNIOR, 2003; CUNHA, 2003, p. 388, n. 772; MONTEIRO, 2009, p. 83).

Na Alemanha, a indenização de clientela (*Ausgleichsanspruch* – literalmente, direito ou pretensão a uma compensação – VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 4) não surge antes⁵⁶ do acréscimo ao Código Comercial alemão do § 89b pela Lei de 6 de agosto de 1953 (*Handelsvertreternovelle* – em português, Lei Modificativa Concernente ao Representante Comercial i.e. ao Agente), pouco alterado quando da transposição da Diretiva 86/653/CEE pela lei de 23 de outubro de 1989 (LEITÃO, 2006, p. 21-22).

Para o § 89b (na redação de 4 de agosto de 2009) do Código Comercial alemão, (1) o representante comercial (i.e. agente) pode reclamar do empresário, após o término da relação contratual, uma compensação adequada, *caso e tanto quanto* (α) o empresário mantenha, outrossim *após* o término da relação contratual, vantagens *consideráveis* das relações co-

⁵⁴ A Diretiva 86/653/CEE foi transposta pela Lei 91-593, de 25 de junho de 1991, abrogada pela *Ordonnance* 2007-329, de 12 de março de 2007. O contrato de agência hoje é regido na França pelos artigos L-134-1 a L-134-17 do Código Comercial.

⁵⁵ Como explica Theodoro Júnior (2003), só por “insistência histórica” considera-se ainda na França a agência um mandato, já que aquela (agência) tem mais afinidade com outro contrato típico, o (contrato) de prestação de serviços, encarregando-se o agente de tarefas próprias ao mandatário apenas excepcionalmente.

⁵⁶ Cordeiro (2009, p. 670, n. 1.922), ao afirmar que a indenização de clientela é “clara criação do Direito alemão”, certamente se refere àquela (indenização de clientela) na especial conformação ganha por meio da Lei de 6 de agosto de 1953.

merciais com os *novos* clientes angariados pelo representante comercial (i.e. agente) e (β) seja *justo* o pagamento duma compensação, consideradas todas as circunstâncias, especialmente as provisões subtraídas ao representante comercial (i.e. agente) dos negócios com esses clientes, *equiparando-se* à angariação dum novo cliente o representante comercial (i.e. agente) ter *ampliado as relações comerciais com um cliente de maneira tal que isso corresponda economicamente à angariação dum novo cliente*⁵⁷.

Ainda consoante o dispositivo imediatamente supramencionado (§ 89b do Código Comercial alemão, na redação de 4 de agosto de 2009), em sua alínea 3, esse direito não se dá quando (α) o representante comercial (i.e. agente) haja rescindido o contrato, a não ser que uma conduta do empresário tenha dado motivo fundado a isso ou não possa ser exigido do representante comercial (i.e. agente), em razão de sua idade ou de doença, uma continuação de sua atividade, ou (β) o empresário haja rescindido o contrato, tendo havido motivo relevante para a rescisão causado por conduta culposa do representante comercial (i.e. agente), ou, (γ) em virtude de acordo entre o empresário e o representante comercial (i.e. agente), um terceiro ingressa na relação contratual em lugar do representante comercial (i.e. agente), sem que possa ser realizado esse acordo antes do término da relação contratual⁵⁸.

⁵⁷ No original: “HGB § 89b Ausgleichsanspruch (Fassung vom 04. August 2009). (1) Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit 1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und 2. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht. Der Werbung eines neuen Kunden steht es gleich, wenn der Handelsvertreter die Geschäftsverbindung mit einem Kunden so wesentlich erweitert hat, daß dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht.”

⁵⁸ No original: “(3) Der Anspruch besteht nicht, wenn 1. der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt hat, es sei denn, daß ein Verhalten des Unternehmers

A Diretiva 86/653/CEE consagrou soluções alternativas, permitindo, em seu artigo 17, que os Estados optassem pelo modelo alemão⁵⁹ ou francês da indenização de clientela (MONTEIRO, 2009, p. 85). A diferença essencial entre esses modelos reside em que, no sistema alemão, a indenização de clientela funda-se na consideração de que o agente deve ser compensado pela *clientela que angariou ao principal*, e, no sistema francês, indenizado pela *perda de remuneração* provocada pela extinção do contrato (LEITÃO, 2006, p. 23-24; TOFFOLETTO, 2008, p. 248). O modelo alemão tem base no § 89 do Código Comercial alemão, o (francês) no art. 3-2 do *Décret* de 23 de dezembro de 1958 (VASCONCELOS, 2002, p. 246, n. 8).

De acordo com a alínea 1 do artigo 17 da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para assegurar ao agente comercial, após a cessação do contrato, uma indenização, nos termos da alínea 2 (solução alemã), *ou* uma reparação por danos, nos termos da alínea 3 (solução francesa).

Na solução alemã, o agente comercial tem direito a uma indenização, *se e na medida em que* tiver angariado *novos clientes* para o “comitente” ou tiver desenvolvido *significativamente* as operações com a clientela *existente* e ainda se resultarem *vantagens substanciais* para o “comitente” das operações com esses clientes, bem como (*se e na medida em que*) o pa-

hierzu begründeten Anlaß gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann, oder 2. der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag oder 3. auf Grund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt; die Vereinbarung kann nicht vor Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen werden.”.

⁵⁹ A forte influência do direito alemão (sem a opção do modelo jurídico francês) sobre as propostas (de 17 de dezembro de 1976 e 29 de janeiro de 1979) de diretiva suscitou objeções de França e Grã-Bretanha (MONTEIRO, 2009, p. 84).

gamento dessa indenização for equitativo, tendo em conta todas as circunstâncias, nomeadamente as comissões que o agente comercial perca e que resultem das operações com esses clientes, podendo os Estados-membros prever que essas circunstâncias incluam também a aplicação ou não de uma cláusula de não-concorrência (na aceção do artigo 20 da Diretiva 86/653/CEE) e não impedindo a concessão da referida indenização que o agente comercial outra (indenização) por perdas e danos (art. 17, alínea 2, *a e c*, da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa).

Na (solução) francesa, o agente comercial tem direito à reparação por danos causados pela cessação de suas relações com o comitente, decorrendo eles (danos) nomeadamente da cessação em condições que (α) *privem o agente comercial das comissões* que receberia pela execução normal do contrato e (condições que) *simultaneamente* proporcionem ao “comitente” *vantagens substanciais* ligadas à atividade do agente comercial ou (β) *não permitam ao agente comercial amortizar os custos e despesas* que ele tenha suportado para a execução do contrato mediante recomendação do “comitente” (art. 17, alínea 3, da Diretiva 86/653/CEE, na tradução oficial portuguesa).

A solução alemã restringe, pois, a indenização de clientela aos casos em que se verifique haver o agente angariado novos clientes ou aumentado consideravelmente o volume de negócios com os clientes já existentes; na solução francesa, não há referência expressa a essas condições para a indenização de clientela (LEITÃO, 2006, p. 23).

Para com ambas as soluções, no entanto, *não* haverá indenização de clientela, de acordo com o artigo 18 da Diretiva 86/653/CEE (na tradução oficial portuguesa), quando (a) o “comitente” houver posto termo ao contrato por um *incumprimento imputável ao agente comercial* e que, nos termos da legislação nacional, seja fundamento de cessação do contrato sem prazo, (b) *o agente comercial* tiver posto termo ao contra-

to, a não ser que essa cessação seja devida a *circunstâncias imputáveis ao comitente* ou à *idade, enfermidade ou doença do agente comercial* que justifiquem razoavelmente a não exigibilidade do prosseguimento das suas atividades, ou, (c) por *acordo com o “comitente”*, o *agente comercial ceder a terceiros os direitos* e obrigações que lhe (ao agente comercial) decorrem do contrato de agência.

À exceção da França, da Irlanda e do Reino Unido, admitindo ambos os últimos uma ou outra solução, os demais Estados-membros da União Europeia adotaram a solução alemã (LEITÃO, 2006, p. 24; cf. tb. VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 4 e 8; TOFFOLETTO, 2008, p. 248).

3.2. NATUREZA DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA E SUA ADMISSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.

3.2.1. NATUREZA DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO.

Como diz Ball (2000, p. 17), a natureza da indenização de clientela, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, não se deixa parafrasear numa palavra.

Ela (indenização) não é um direito da seguridade (*Versorgungsanspruch* – Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, doravante BGHZ, 30, 98, 105 = *Neue Juristische Wochenschrift*, doravante NJW, 1959, 1430; BGHZ 45, 268, 270 = NJW 1966, 1962), embora considerações legislativas outrossim de ordem política e social hajam sido o motivo da inserção desse instituto no Código Comercial alemão e lhe (ao instituto) caiba uma função inteiramente de seguridade nos casos de término da relação contratual com o agente comercial por motivo de velhice (BGHZ 45, 268, 272 e seguinte = NJW 1966, 1962 – cf. a “afinidade funcional” entre a indenização de

clientela e o direito da seguridade depois do acórdão de 18 de fevereiro de 1982 do Supremo Tribunal Federal alemão, doravante BGH – I ZR 20/80, NJW 1982, 1814; acórdão de 17 de novembro de 1983 do BGH – I ZR 139/81, *Der Betrieb*, doravante DB, 1984, 556; acórdão de 23 de fevereiro de 1984 do BGH – VIII ZR 94/93, NJW 1994, 1350, 1351) – BALL, 2000, p. 17. A concessão duma indenização de clientela não depende da necessidade de amparo do agente comercial (BGHZ 68, 340, 345 = NJW 1977, 896; acórdão de 16 de fevereiro de 1961 do BGH – VII ZR 239/59, NJW 1961, 662, 664; acórdão de 3 de março de 1983 do BGH – I ZR 34/81, NJW 1983, 1789; acórdão de 6 de fevereiro de 1985 do BGH – I ZR 175/82, NJW 1985, 3076, 3077; não claramente, BGHZ 52, 5, 7 = NJW 1969, 1021), ainda que o legislador haja levado em conta a posição tipicamente mais fraca do agente comercial para com o principal (cf. BGHZ 34, 282, 290 = NJW 1961, 662; acórdão de 3 de março de 1983 do BGH – I ZR 34/81, NJW 1983, 1789) e, duma perspectiva equitativa (§ 89b, alínea 1, 1^a. parte, número 3, do Código Comercial alemão, na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009), possa ser considerada a situação social daquele (agente) – BGHZ 43, 154, 161 e seguinte = NJW 1965, 1134; BGHZ 55, 45, 54 = NJW 1971, 462; BGHZ 129, 290, 296 = NJW 1995, 1958; acórdão de 3 de março de 1983 do BGH – I ZR, 34/81, NJW 1983, 1789 (BALL, 2000, p. 17). Ela (indenização de clientela) não é, finalmente, um direito do agente comercial a indenização em razão duma fortemente reprovável denúncia do contrato de agência pelo principal (BGHZ 24, 223, 229 = NJW 1957, 1028) – BALL, 2000, p. 17.

O Supremo Tribunal Federal alemão, em harmonia com a concepção que Ball (2000, p. 17-18) considera amplamente preponderante na doutrina germânica, entende a indenização de clientela como um direito a ressarcimento, o qual (direito) deve

proporcionar ao agente comercial a retribuição residual por um proveito resultante de sua atividade de intermediação (a angariação de clientela fixa), a qual (retribuição) não chegou a ser paga em provisões até o término do contrato (BGHZ 24, 30, 33 = NJW 1957, 871; BGHZ 24, 214, 221 e seguinte = NJW 1957, 1029; BGHZ 30, 98, 101 e seguinte = NJW 1959, 1430; BGHZ 55, 45, 54 = NJW 1971, 462; acórdão de 2 de outubro de 1958 do BGH – II ZR 113/57, NJW 1958, 1966, 1967; acórdão de 11 de dezembro de 1958 do BGH – II ZR 73/57, NJW 1959, 144, 145; acórdão de 5 de fevereiro de 1959 do BGH – II ZR 107/57, NJW 1959, 878, 879; acórdão de 29 de junho de 1959 do BGH – II ZR 99/58, NJW 1959, 1964, 1965; acórdão de 25 de abril de 1960 do BGH – II ZR 130/58, NJW 1960, 1292, 1293; acórdão de 27 de outubro de 1960 do BGH – II ZR 1/59, NJW 1961, 120, 121; acórdão de 26 de novembro de 1976 do BGH – I ZR 154/74, NJW 1977, 671, 672; acórdão de 20 de fevereiro de 1981 do BGH – I ZR 59/79, NJW 1981, 1961; acórdão de 25 de março de 1982 do BGH – I ZR 146/80, NJW 1982, 2819; acórdão de 3 de março de 1983 do BGH – I ZR 34/81, NJW 1983, 1789; acórdão de 14 de abril de 1983 do BGH – I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, 2878; acórdão de 10 de maio de 1984 do BGH – I ZR 36/82, NJW 1985, 58; acórdão de 6 de fevereiro de 1985 do BGH – I ZR 175/82, NJW 1985, 3076, 3077).

Ponto de partida desse entendimento é o regime de provisão do § 87, alínea 1, 1ª. parte, do Código Comercial alemão, segundo o qual (regime) é devida provisão ao agente comercial outrossim por encomendas supervenientes e demais negócios seguintes que, sem sua participação, realizem-se contudo com os clientes por ele angariados (§ 87, alínea 1, 1ª. parte, 2ª. hipótese) – BGHZ 24, 223, 226 = NJW 1957, 1028 (BALL, 2000, p. 18). Essa disposição leva em conta a circunstância de que a atividade de intermediação do agente comercial produz efeito para além do negócio primitivo intermediado, contanto que ela

(atividade) tenha levado ao surgimento duma relação duradoura com o cliente (BGHZ 30, 98, 102 = NJW 1959, 1430) – BALL, 2000. p. 18. Como, nesses casos, a intermediação primitiva concorre para as encomendas supervenientes e demais negócios seguintes, deve também o agente, consoante o regime legal (livremente afastável) de provisão, lucrar com isso (BALL, 2000, p. 18).

O regime de provisão do § 87, alínea 1, do Código Comercial alemão, contudo, só vale para a vigência do contrato de agência (BALL, 2000, p. 18). Quando contatos com clientes obtidos pelo agente comercial sobrevivem ao fim da relação contratual entre ele e o principal, este sozinho tira proveito disso ao passo que ao agente comercial excluído escapam provisões que ele (agente) teria ganhado com a manutenção do vínculo de agência (BALL, 2000, p. 18). Essa desvantagem é que o § 89b do Código Comercial alemão quer compensar (BALL, 2000, p. 18).

Apesar daquele ponto de partida, a função da indenização de clientela não se restringe à compensação de provisões subtraídas de negócios seguintes que se teriam dado sem participação do agente comercial (BGHZ 24, 223, 228 = NJW 1957, 1028; BGHZ 30, 98, 103 = NJW 1959, 1430), devendo antes ser outrossim incluídos os negócios seguintes pós-contratuais cuja (dos negócios) conclusão se teria devido a uma repetida atividade de intermediação do agente junto aos clientes que angariou (BGHZ 24, 223, 229 = NJW 1957, 1028; BGHZ 30, 98, 103 e seguintes = NJW 1959, 1430; acórdão de 11 de dezembro de 1958 do BGH – II ZR 73/57, NJW 1959, 144, 146), também concorrendo, além da repetida, a atividade primitiva de intermediação para a realização, no futuro, desses negócios, sem que a esta consideração possa ser oposta a impossibilidade de repetição da atividade de intermediação em razão do término do contrato (BALL, 2000, p. 18). Para determinar as perdas de provisão de que trata o § 89b, alínea 1, 1ª. parte, número 2

(na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009), deve-se partir sim da ficção de que o agente comercial teria continuado sua atividade de intermediação em favor do principal (BGHZ 24, 214, 217 = NJW 1957, 1029; BGHZ 24, 223, 227 = NJW 1957, 1028; acórdão de 2 de julho de 1987 do BGH - I ZR 188/85, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (doravante ZIP) 1987, 1383; acórdão de 26 de fevereiro de 1997 do BGH - VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503, 1504; acórdão de 10 de dezembro de 1997 do BGH - VIII ZR 329/96, NJW 1998, 1070) - BALL, 2000, p. 18. O § 89b do Código Comercial alemão quer, por conseguinte, não apenas compensar a perda imediata de provisões, mas, para além disso, outrossim a (perda) da possibilidade de levar à conclusão de negócios seguintes - e com isso receber mais provisões - os clientes angariados antes do término do contrato por meio dum atividade reiterada de intermediação (BGHZ 24, 223, 228 e seguintes = NJW 1957, 1028; BGHZ 30, 98, 103 = NJW 1959, 1430) - BALL, 2000, p. 18-19. Não se deve tomar em consideração contra isso a possibilidade fictícia de ganhar novos clientes durante o período sob prognóstico (BGHZ 24, 223, 228 = NJW 1957, 1028; BGHZ 34, 310, 314 e seguintes = NJW 1961, 1059; acórdão de 11 de dezembro de 1958 do BGH - II ZR 73/57, NJW 1959, 144, 146; acórdão de 26 de fevereiro de 1997 do BGH - VIII ZR 272/95, NJW 1997, 1503, 1504), pois o § 89b, alínea 1, 1ª. parte, do Código Comercial alemão restringe a obrigação de compensar do principal a vantagens e perdas de provisão oriundas de negócios com clientes angariados de fato pelo agente comercial (BALL, 2000, p. 19).

A concepção da jurisprudência alemã com respeito à natureza jurídica e à função da indenização de clientela pode consequentemente ser resumida a que deve caber ao agente comercial uma retribuição residual pela atividade sua de intermediação que continue a produzir efeitos, no valor das provisões que

ele teria obtido, com o prosseguimento de sua atividade de intermediação em favor do principal, até o encerramento do período sob prognóstico, de encomendas supervenientes e demais negócios seguintes com os clientes que angariou (BALL, 2000, p. 19 – cf. tb. TOFFOLETTO, 2008, p. 256, n. 72, em que é feita referência a decisão do BGH em 12 de março de 2003 publicada em BB, 2003, 1089).

A indenização de clientela não é contudo um direito de retribuição puro (BGHZ 24, 214, 222 = NJW 1957, 1029; BGHZ 45, 268, 270 = NJW 1966, 1962; BGHZ 45, 385, 386 = NJW 1966, 1965) – BALL, 2000, p. 19. Isso se mostra de modo especialmente claro nas hipóteses de exclusão do § 89b, alínea 3, do Código Comercial alemão (BGHZ 24, 214, 222 = NJW 1957, 1029), as quais permitem suprimir a indenização de clientela sem preocupação com que surjam ao principal as vantagens descritas no § 89b, alínea 1, 1ª. parte, número 1, do Código Comercial alemão e (surjam) ao agente comercial as perdas de provisão indicadas no número 2 (na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009) do dispositivo citado (BALL, 2000, p. 19). A indenização de clientela é, antes, tanto em sua gênese como em seu cálculo, amplamente influenciada por considerações de equidade⁶⁰ (BGHZ 24, 214, 222 = NJW 1957, 1029; acórdão de 2 de outubro de 1958 do BGH – II ZR 113/57, NJW 1958, 1966, 1967; acórdão de 5 de fevereiro de 1959 do BGH – II ZR 107/57, NJW 1959, 878, 879; acórdão de 29 de junho de 1959 do BGH – II ZR 99/58, NJW 1959, 1964, 1965; acórdão de 26 de novembro de 1976 do BGH – I ZR 154/74, NJW 1977, 671, 672; acórdão de 20 de fevereiro de 1981 do BGH, I ZR 59/79, NJW 1981, 1961; acórdão de 3 de março de 1983 do BGH – I ZR

⁶⁰ Como diz Joana Vasconcelos (2002, p. 254), o “recurso à equidade é uma constante do regime da indemnização de clientela, na directiva como nos ordenamentos internos por ela conformados, o que se compreende, atenta a função retributiva-compensatória que em todos lhe é cometida”.

34/81, NJW 1983, 1789; acórdão de 14 de abril de 1983 do BGH – I ZR 20/81, NJW 1983, 2877, 2878) – BALL, 2000, p. 19. Isso não pode ser todavia mal interpretado no sentido de que uma indenização de clientela poderia ser admitida ou negada apenas com motivos de equidade, sem consideração pelos elementos constitutivos previstos no § 89b do Código Comercial alemão, ou calculada tão só segundo a equidade (BGHZ 43, 154, 156 e seguintes = NJW 1965, 1134; acórdão de 26 de novembro de 1976 do BGH – I ZR 154/74, NJW 1977, 671, 672; acórdão de 10 de maio de 1984 do BGH – I ZR 36/82, NJW 1985, 58 e seguintes; acórdão de 15 de outubro de 1992 do BGH – I ZR 173/91, *Betriebsberater* (doravante BB) 1992, 2385; acórdão de 11 de dezembro de 1996 do BGH – VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, 656) – BALL, 2000, p. 19. Considerações de equidade podem, sim e somente, ser levadas em conta nesse ponto quando o legislador tenha-o previsto nos elementos constitutivos insertos no § 89b do Código Comercial alemão (BALL, 2000, p. 19). Elas representam pura e simplesmente um corretivo que afasta total ou parcialmente a função retribuidora da indenização de clientela nas ocasiões em que seria injusta uma compensação assentada unicamente na ideia de retribuição (BALL, 2000, p. 19). A lei não prevê a hipótese inversa, sendo portanto duvidoso se uma indenização de clientela pode ser concedida com o fundamento de que seja injusto o principal evitar sistematicamente, por meio duma praxe ou configuração contratual, a satisfação dum elemento constitutivo desse direito (BALL, 2000, p. 19).

O juiz que tem de decidir acerca duma indenização de clientela, por conseguinte, não pode limitar-se a examinar o pedido do ponto de vista da equidade apenas (BGHZ 43, 154, 156 e seguintes = NJW 1965, 1134; acórdão de 20 de novembro de 1969 do BGH – VII ZR 175/67, *Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht* (doravante VersR) 1970, 250, 251; acórdão de 10 de maio de 1984 do BGH – I ZR

36/82, NJW 1985, 58 e seguintes; acórdão de 15 de outubro de 1992 do BGH – I ZR 173/91, BB 1992, 2385; acórdão de 11 de dezembro de 1996 do BGH – VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, 656) – BALL, 2000, p. 19-20. Deve-se antes observar em princípio a ordem de verificação imposta pela sistemática do § 89b do Código Comercial alemão (BGHZ 55, 45, 54 = NJW 1971, 462; acórdão de 26 de novembro de 1976 do BGH – I ZR 154/74, NJW 1977, 671, 672; acórdão de 10 de maio de 1984 do BGH – I ZR 36/82, NJW 1985, 58, 59; acórdão de 11 de dezembro de 1996 do BGH – VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, 656; acórdão de 25 de novembro de 1998 do BGH – VIII ZR 221/97), a não ser que incida uma causa de exclusão prevista no § 89b, alínea 3, do Código Comercial alemão ou haja transcorrido o prazo do § 89b, alínea 4, 2ª. parte, do Código Comercial alemão e por esses motivos seja inútil o exame dos pressupostos da pretensão – BALL, 2000, p. 20. Unicamente as prescrições do § 89b, alínea 1, 1ª. parte, números 1 a 3 (na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009), do Código Comercial alemão servem de fundamento ao cálculo da compensação (BGHZ 55, 45, 54 = NJW 1971, 462; acórdão de 8 de novembro de 1990 do BGH – I ZR 269/88, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* (doravante WM) 1991, 602, 604; acórdão de 15 de outubro de 1992 do BGH, I ZR 173/91, BB 1992, 2385; acórdão de 11 de dezembro de 1996 – VIII 22/96, NJW 1997, 655, 656) – BALL, 2000, p. 20. No exame dos pressupostos da pretensão previstos no § 89b, alínea 1, do Código Comercial alemão, deve-se ingressar em considerações de equidade (alínea 1, número 3, na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009) tão só após a constatação de vantagens ao principal e perdas de provisão (alínea 1, números 1 e 2, na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei

para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009) – BGHZ 55, 45, 54 e seguintes = NJW 1971, 462; acórdão de 10 de maio de 1984 do BGH – I ZR 36/82, NJW 1985, 58, 59; acórdão de 15 de outubro de 1992 do BGH – I ZR 173/91, BB 1992, 2385, 2386; acórdão de 29 de abril de 1993 do BGH – I ZR 150/91, BB 1993, 1312, 1314; acórdão de 11 de dezembro de 1996 do BGH – VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, 656 (BALL, 2000, p. 20). Por sua vez, não há mais espaço para considerações de equidade, por ocasião da subsequente verificação do montante máximo segundo o § 89b, alínea 2, do Código Comercial alemão (BGHZ 55, 45, 55 = NJW 1971, 462; acórdão de 11 de dezembro de 1996 do BGH – VIII ZR 22/96, NJW 1997, 655, 656; acórdão de 25 de novembro de 1998 do BGH – VIII ZR 221/97) – BALL, 2000, p. 20.

3.2.2. NATUREZA DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA NA DOUTRINA EUROPEIA.

Leitão (2006, p. 91) identifica, na doutrina europeia, seis teses acerca da natureza jurídica da indenização de clientela: (1) a (tese) da propriedade incorpórea, (2) a da retribuição diferida, (3) a da indenização por antiguidade, (4) a da função assistencial, (5) a da função ressarcitória do dano sofrido pelo agente e (6) a da função de compensação pelo enriquecimento sem causa do principal. Cunha (2003, p. 363) inclui no rol (de teses) a (tese) do caráter *sui generis* da indenização de clientela.

Consoante a tese francesa da propriedade incorpórea, os *représentants de commerce* (V.R.P.) seriam titulares dum direito sobre a clientela, o qual constituiria uma nova propriedade incorpórea, semelhante à propriedade do estabelecimento comercial, a qual abrangeria também um direito à clientela (LEITÃO, 2006, p. 91). Para Leitão (2006, p. 96), no entanto, titular

da clientela seria o principal, não o agente⁶¹, uma vez que este (agente) limita-se à promoção de contratos entre aquele (principal) e os clientes, que seriam portanto dele (principal). Como explica porém Cunha (2003, p. 393), a clientela não passa dum fluxo de trocas com certo mercado. Fosse um ativo, concebível seria ao principal outrossim uma indenização de clientela, caso criado aquele (ativo) por esforço comum ou tão só por força das qualidades da mercadoria (atribuíveis pois exclusivamente ao principal) e os clientes deixassem o agenciado a fim de seguir o agente – CUNHA, 2003, p. 394.

Januário Gomes (1990, p. 35)⁶², Brito (1988, p. 132)⁶³ e Schröder (1953, p. 202)⁶⁴, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, defendem que a indenização de clientela tem natureza de retribuição (suplementar e diferida) – ou “comissão pós-contratual” (CUNHA, 2003, p. 397) – pelos serviços prestados pelo agente (cujos efeitos continuam, em proveito do principal, a fazer-se sentir após a cessação da relação contratual), ante a insuficiência das comissões auferidas na vigência do contrato (CUNHA, 2003, p. 401). Essa concepção acentua a analogia entre o contrato de agência e o (contrato) de trabalho (CAGNASSO, 1987, p. 48). O acréscimo de aviamento decorrente da atuação do agente, contudo,

⁶¹ Contra, na doutrina brasileira, referindo-se às indenizações previstas na Lei 4.886/1965, as quais outrossim visariam compensar o agente pela clientela perdida ao principal, cf. MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 45.

⁶² Também incluem Januário Gomes entre os defensores da tese da retribuição diferida Leitão (2006, p. 93) e Vasconcelos (2002, p. 245, n. 5).

⁶³ Cunha (2003, p. 397, n. 794) também a inclui entre os partidários da tese da retribuição suplementar e diferida.

⁶⁴ Diz Schröder (1953, p. 202): “A indenização de clientela que cabe ao agente sob as condições do § 89 b, 1, do Código Comercial alemão é uma *pretensão contratual* que se baseia *ainda no contrato de agência* já encerrado. Ela (indenização de clientela) não é, nomeadamente, nem um direito a *reparação por perdas e danos* em razão duma violação contratual com o término da relação de agência nem um direito decorrente de *enriquecimento sem causa* pelas vantagens que permanecem com o principal após o término do contrato por motivo das relações comerciais subsistentes com os clientes angariados pelo agente.”

pode já ter sido retribuído em vida do contrato (CUNHA, 2003, p. 404). A indenização de clientela, além disso, *deixa de ser atribuída* se o contrato cessa por razão imputável ao agente, o que é incompatível com a ideia de retribuição, que seria devida de qualquer modo (LEITÃO, 2006, p. 97).

De acordo com a terceira das teses supra-arroladas, a indenização de clientela possui natureza semelhante à indenização por antiguidade paga nos casos de cessação das relações de trabalho subordinado⁶⁵ (LEITÃO, 2006, p. 93; GOMES, 1998, p. 373). A indenização de clientela, porém, aplica-se ao agente independentemente da duração do vínculo com o principal (LEITÃO, 2006, p. 97).

Pela tese da natureza assistencial, vislumbrada esta (natureza assistencial) no direito italiano v.g. por Cagnasso⁶⁶ (1987, p. 48), a indenização de clientela decorre duma necessidade de proteger o agente, já que este é a parte mais fraca do contrato de agência (CUNHA, 2003, p. 364) e perde os meios de subsistência com a cessação do contrato de agência (LEITÃO, 2006, p. 94). A indenização de clientela, entretanto, embora não se possa ignorar que visa a uma maior salvaguarda do agente (CUNHA, 2003, p. 378), aplica-se a este (agente) sem levar em conta sua específica situação econômica (LEITÃO, 2006, p. 97).

A quinta tese, defendida *inter alii* por Catoni (1970, p.

⁶⁵ Essa indenização (por antiguidade), por sua vez, teria natureza de *remuneração suplementar* concedida retroativamente (por levar em consideração a antiguidade na empresa) ao trabalhador (CESARINO JÚNIOR, 1970, p. 246).

⁶⁶ Quem, em qualquer caso, i.e. qualquer que seja a tese acerca da natureza jurídica da indenização de clientela, enxerga nela (indenização de clientela) outrossim a função de conferir *estabilidade* à relação contratual de agência (CAGNASSO, p. 43 e 48). No mesmo sentido, Cunha (2003, p. 409-411), para a qual o desequilíbrio nas situações-limite em que a diligência do agente se voltava contra ele próprio, determinando a cessação do vínculo com o principal, que eliminava um intermediário, conduziu ao surgimento da indenização de clientela, estando subjacente àquele problema a necessidade duma *duração* a respeitar pelo principal *mínima ou razoável* do contrato por tempo indeterminado.

143) e Habscheid (1957, p.364)⁶⁷, declara ser função da indenização de clientela ressarcir o agente pelo dano correspondente à perda de remunerações futuras (LEITÃO, 2006, p. 94), a qual (perda) representaria um lucro cessante (CUNHA, 2003, p. 386 – no mesmo sentido, em Portugal, anteriormente ao Decreto-Lei 178/1986, cf. acórdão de 17 de abril de 1986 do Supremo Tribunal de Justiça, Rel. Frederico Baptista, publ. na Revista de Legislação e Jurisprudência n. 3.759, ano 120 [1987-1988], p. 178-183). Contudo, além de nem sempre haver um ato do principal que contribua para a ruptura do vínculo contratual (CUNHA, 2003, p. 387), um dos *pressupostos* da indenização de clientela (destacadamente na solução *alemã* – CUNHA, 2003, p. 388) é a *subsistência de benefício ao principal*, o qual (pressuposto) é inadequado a uma função ressarcitória (LEITÃO, 2006, p. 98).

A última das teses é no sentido de que a indenização de clientela visa compensar o agente pelos benefícios sem causa *suficiente*⁶⁸ recebidos pelo principal (LEITÃO, 2006, p. 94-95

⁶⁷ A despeito de que Leitão (2006, p. 92) e Cunha (2003, p. 397, n. 794) o enquadrem entre os partidários da tese da retribuição diferida, lê-se em Habscheid (1957, p. 364): “A pesquisa deu como resultado que o § 89 b do Código Comercial alemão reconhece ao agente uma *indenização por provisões perdidas*, conquanto afetada (a indenização) por uma consideração da expectativa de proveito ao principal pelos negócios em questão.”. Como diz Cunha (2003, p. 364), “pese embora a nitidez com que as várias teses se distinguem em termos de formulação inicial, as zonas de transição entre as compreensões que encerram são, as mais das vezes, fluidas”. A ênfase na perda de comissões, a propósito, aproxima a tese (sobre a natureza da indenização de clientela) da responsabilidade civil, enquanto a (ênfase) nas vantagens subsistentes ao principal avizinha-a (tese) da vedação ao enriquecimento sem causa (CUNHA, 2003, p. 379).

⁶⁸ Sem referir-se à indenização de clientela, Michelon Jr. (2005, p. 224) justifica enunciado (“A existência de contrato válido e eficaz constitui justa causa para o enriquecimento”) de Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirmando que “[o] enriquecimento sem causa não deve ser visto como a panacéia para todas as dificuldades do Direito Privado” “[n]em deve ser considerado uma delegação geral de competência ao Judiciário a fim de que determine quais atribuições patrimoniais são justas e quais não são”, uma vez que “tal interpretação esvazia o conteúdo normativo do instituto”. No mesmo sentido, mas ora especificamente para com a indenização de clientela, assevera Cunha (2003, p. 385) que “a angariação e

e 98; no mesmo sentido, MONTEIRO, 1994, p. 59).

A posição de Catoni, a propósito, quem enxerga o enriquecimento sem causa como fundamento da *indemnité de clientèle* dos V.R.P. apenas, (posição) considerada paradoxal por Leitão (2006, p. 94, n. 170), justifica-se, no entanto, quando amparada no art. 29, o, do Livro 1º. do Código do Trabalho francês, que levou em consideração o empobrecimento do *représentant* decorrente da perda de clientela e o enriquecimento correlato do empregador, sendo insuficiente a existência do *contrat de représentation* para justificar esse enriquecimento, ao passo que, segundo o art. 3º. do *Décret* 58-1345, de 23.12.1958, a *indemnité de rupture* é devida ao agente comercial independentemente da constituição ou desenvolvimento da clientela ao preponente, daí seu (da *indemnité de rupture*) caráter ressarcitório (CATONI, 1970, p. 144-145), mormente com a concepção francesa da agência (sobrevivente à transposição da Diretiva Comunitária de 1986 por meio da Lei 91-593, de 25 de junho de 1991) como mandato de interesse comum, cuja (do mandato) ruptura contrariando a comunidade de interesses das partes seria o ilícito que fundaria a pretensão indenizatória (CUNHA, 2003, p. 388, n. 772).

Cunha (2003, p. 415), conquanto afirme que, “pelo menos em teoria, é legítimo concluir que, se o agente acede em contratar, é porque reputa compensadora a relação custo/benefício prefigurada no contrato” e (afirme que) “o mecanismo jurídico da indenização de clientela não postula qualquer sindicância, sequer *a posteriori*, da objectiva ‘equivalência’ ou ‘proporcionalidade’ das atribuições patrimoniais”, rejeitando a recondução da indenização de clientela ao tradicional instituto do enriquecimento sem causa (cf. CUNHA, 2003, p. 379-386), não deixa de concluir pelo valoração legislativa ne-

desenvolvimento de clientela através dos quais o principal se vai ‘enriquecer’ é o resultado típico de um contrato previsto e disciplinado pelo direito positivo”; sem risco, o agente não passaria dum empregado (CUNHA, 2003, p. 397).

gativa a que ao principal *subsista*, terminada a relação de agência, a *possibilidade* de beneficiar-se *sozinho* da atividade do agente:

Por tudo isto, enfim, não será de todo incorrecto assinalar à indemnização de clientela um escopo de protecção, desde que correctamente entendido – protecção do interesse ou posição do agente, enquanto intermediário ou auxiliar nas trocas vinculado por um contrato *sui generis*, e *protecção desse interesse ou posição em face de um resultado típico valorado pelo ordenamento como desvalioso*. Esse resultado, já o sabemos, consiste na *privação, suscitada pelo termo do contrato, da possibilidade de o agente continuar a participar no aproveitamento do excedente produtivo* (ou, em alternativa, da possibilidade de realizar, através de uma operação jurídico-económica com o terceiro, o “valor de mercado”) *gerado pelo fluxo de trocas com a clientela angariada e desenvolvida à custa do risco económico que suportou* e através de uma actividade fortemente condicionada pela contraparte. (CUNHA, 2003, p. 423-424).

A ação de indenização de clientela não é, pois, senão *espécie* de *condictio ob causam finitam*, devendo o principal restituir o enriquecimento decorrente da *manutenção da possibilidade*⁶⁹ de celebrar contratos com os clientes angariados pelo agente com quem foi extinto o contrato de agência (LEITÃO, 2006, p. 95). Como diz Antunes (2011, p. 445), referindo-se ao art. 33 do Decreto-Lei português 178/1986, de 3 de julho, a indenização de clientela visa *fundamentalmente* compensar o agente, quando cessa o contrato, pelos *benefícios que o princi-*

⁶⁹ Cunha (2003, p. 395-396 – cf. tb. p. 412) associa ao carácter sinalagmático da agência a tese da indenização de clientela como vedação ao enriquecimento sem causa.

pal continua a usufruir graças à clientela por aquele (agente) angariada (no mesmo sentido, cf. CORDEIRO, 2009, p. 670).

A propósito, quem veja, na indenização de clientela, natureza semelhante à (indenização) por antiguidade paga nos casos de cessação das relações de trabalho subordinado deve considerar que esta (indenização por antiguidade) teria por fundamento justo a valoração legal duma defasagem entre o valor de troca e o valor de uso da prestação do trabalhador, visando impedir o enriquecimento sem causa (CUNHA, 2003, p. 366).

A jurisprudência (cf. fundamentalmente BGHZ 24, 214, 222) e a doutrina dominante, de acordo com Canaris (2006, p. 271), veem, em essência, na indenização de clientela prevista no § 89b, I, do Código Comercial alemão, no que concerne ao enquadramento dogmático e ao valor de justiça, uma retribuição por serviços prestados pelo agente comercial não totalmente compensados pelas provisões. Deve-se em princípio consentir nisso, sendo contudo preciso, para maior precisão, acrescentar que essa indenização visa, em primeiro lugar, compensar as vantagens auferidas pelo principal, levando apenas secundariamente em conta as desvantagens sofridas pelo agente comercial (CANARIS, 2006, p. 271). O artigo 17, II, *a*, da Diretiva 86/653/CEE deixa-o patente ao referir-se à obtenção de vantagens pelo principal sem que *exija* a perda de provisões pelo agente comercial (CANARIS, 2006, p. 271). Por conseguinte, precisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal alemão, nesse aspecto, de estabilização (CANARIS, 2006, p. 271). Pois, por um lado, vê ele (o Supremo Tribunal Federal alemão) o fim do § 89b do Código Comercial alemão como uma indenização ao agente comercial pelas provisões perdidas com o término do contrato (cf. BGHZ 135, 14, 20), o que é no mínimo um equívoco, e, por outro (lado), encontra-se também a pertinente declaração de que o § 89b do Código Comercial alemão deva “gerar ao agente comercial uma compensação

porque o principal, por meio de conclusões ulteriores de negócios, continua a gozar vantagens consideráveis da relação negocial conseguida pelo agente comercial, caso o agente comercial não mais receba, em razão do término da relação contratual com o agenciado, provisão por negócios subseqüentes com os clientes angariados por ele (agente)” (cf. BGHZ NJW-Rechtsprechungs-Report 2002, 1548, 1549) – CANARIS, 2006, p. 271. Pode-se claramente concluir, destarte, que, dogmaticamente, o § 89b do Código Comercial alemão não é um direito a indenização, mas (um direito) a compensar uma vantagem – ou, ao menos, (o § 89b do Código Comercial alemão) está substancialmente mais próximo deste (direito a compensar uma vantagem) do que daquele (direito a indenização) – CANARIS, 2006, p. 271.

Doutro ponto de vista, tratar-se-ia, pelo contrário, duma regulamentação legal especial baseada em considerações de equidade para a proteção do agente comercial, a qual (regulamentação), consoante a tomada de posição na exposição oficial de motivos para a lei de 1953 modificadora do Código Comercial alemão, foi instituída em lugar da limitação de rescisão contratual exigida pelos círculos de agentes comerciais e também se aproxima, no efeito econômico, duma proteção contra a rescisão contratual (ULMER, 1969, p. 456; CANARIS, 2006, p. 271). No entanto, tal associação à idéia de proteção contra a rescisão contratual já não conseguiu convencer, pois ela (associação) de modo algum cabe em partes substanciais do campo de aplicação do § 89b do Código Comercial alemão (CANARIS, 2006, p. 271). Pois a pretensão também nasce, em princípio, quando de rescisão contratual pelo próprio agente comercial, o que se presume evidente do § 89b, III, 1, 2^a. parte (§ 89b III Nr. 1 Hs. 2 HGB), do Código Comercial alemão, e, além disso, eventualmente, também subsiste independentemente duma rescisão, como, sobretudo, quando dum término de relação contratual pela morte do agente comercial, consoante os §§

675, I, e 673 do Código Civil alemão, o que já decorre do teor da regra geral que diz respeito a “término” (cf., fundamental e persuasivamente, BGHZ 24, 214, 215 e seguintes) e, hoje, está completamente fora de dúvida em razão de regulamentação expressa no art. 17, IV, da Diretiva 86/653/CEE – CANARIS, 2006, p. 271.

Uma alternativa à doutrina dominante poderia antes estar numa regra de arrumação do direito de enriquecimento (CANARIS, 2006, p. 271). Realmente, é irrefutável a afinidade da indenização de clientela prevista no § 89b do Código Comercial alemão com a *condictio ob causam finitam* do § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão⁷⁰, cuja (da *condictio*) função principal consiste na resolução de problemas quando do término de relações com obrigações sucessivas, já que o agente comercial, com sua atividade, arranjou ao principal, nos casos compreendidos no § 89b do Código Comercial alemão, a possibilidade de conclusões de negócios com clientes por aquele (agente comercial) angariados, e o causa jurídica desse efeito (possibilidade de conclusões de negócios com clientes angariados pelo agente comercial) desapareceu com o término do contrato de agência, na medida em que, até este momento, um direito a provisão não havia nascido (CANARIS, 2006, p. 271-272).

Para Ulmer (1969, p. 451), a pretensão por enriquecimento sem causa como fundamento válido duma indenização de clientela não pode ser incluída entre as categorias de pretensão reconhecidas pelo direito das obrigações vigente na Alemanha. Como visto, contudo, pelo recurso ao § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão resolve-se a objeção a esse ponto de vista (CANARIS, 2006, p. 272, n. 126).

⁷⁰ No original: “Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.”

O § 89b, I, do Código Comercial alemão, no entanto, ao menos quando a regra do número 3 (na redação anterior a 5 de agosto de 2009, quando entrou em vigor a Lei para a Adequação da Remuneração por Direção, de 31 de julho de 2009) prevê no caso concreto um controle por equidade, deixa de ser concebido em termos de enriquecimento sem causa (CANARIS, 2006, p. 272).

A pretensão fundada no § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão, por sua vez, é frequentemente substituída por um regime contratual de liquidação (CANARIS, 2006, p. 272). Também o § 89b do Código Comercial alemão deve ser considerado algo assim (regime de liquidação), razão pela qual não se podem fechar os olhos à afinidade de regime com a *condictio ob causam finitam* prevista no § 812, 1, 2º. período, 1ª. hipótese, do Código Civil alemão.

3.2.3. ADMISSÃO DA INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA PELO DIREITO BRASILEIRO.

O Projeto de Lei brasileiro 3.928/1993 visou instituir uma indenização de clientela, com esse nome mesmo e nos moldes franceses, aos empregados vendedores, viajantes e praticistas. Consoante a justificativa do projeto,

no mecanismo complexo da venda, não apenas as condições propostas, a qualidade do produto ou o reconhecimento da marca jogam decisivo papel, mas também a persuasão psicológica decorrente da presença pessoal de vendedor junto ao cliente potencial, bem como sua diligência e poder de convencimento. Quando o vendedor capta cliente novo ou reativa cliente desativado, em realidade, abre um leque de oportunidades de negócios futuros ao empregador que se prolonga no tempo, talvez ainda por muito tempo depois de encerrado o contrato de

trabalho do vendedor.

A Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, contudo, apontou, no trâmite do projeto, vício insanável em razão de tratar-se duma indenização compensatória ao empregado vendedor, viajante ou pracista por despedida arbitrária ou sem justa causa e tal matéria exigir lei complementar (art. 7º., I, da Constituição do Brasil de 1988), a qual tem rito distinto do (rito) da (lei) ordinária.

A solução alemã para a indenização de clientela *ao agente*, (solução) adotada outrossim em Portugal (MONTEIRO, 1994, p. 56), a qual tem para Scherkerkewitz (2011, p. 61) natureza de *retribuição diferida*, encontraria, contudo, no direito brasileiro em vigor, equivalente no art. 27, *j*⁷¹ (indenização não inferior a um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que *exercida* a agência)⁷² e § 1º. (indenização correspondente à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade

⁷¹ Contra, cf. Apelação 7.021.031-2, 16ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 5.12.2006, Rel. Des. Windor Santos, em que se conclui por que nada tem a ver a indenização do art. 27, *j*, da Lei 4.886/1965 com uma indenização de clientela: “a indenização prevista pela alínea ‘j’ do artigo 27 só é devida quando a rescisão unilateral se dá por iniciativa da representada, como forma de ressarcir o representante da inesperada dispensa, e não como forma de indenizá-lo pela transferência de sua clientela”.

⁷² Pelo Projeto de Lei 1.439/2007, a propósito, pretende-se reduzir esse valor mínimo indenizatório a 1/20 (um vinte avos) do total da retribuição auferida nos últimos três anos de vigência do contrato, sob a alegação de que “hoje pode-se discutir e pleitear verbas rescisórias contratuais referentes a toda a duração do vínculo contratual, no prazo geral de prescrição para as ações pessoais, ou seja, 10 (dez) anos, o que, muitas vezes, pode gerar vultosas indenizações, prejudicando sobremaneira muitas empresas, ou, até mesmo, inviabilizando a continuidade de suas atividades, desenhando um quadro de incertezas e insegurança jurídica” (cf. “justificação” do referido projeto). Para o Deputado Assis Melo, contudo, em seu voto pela rejeição do projeto, “está pacificado, na doutrina, o entendimento de que essa indenização tem por finalidade *compensar o representante comercial pela perda da oportunidade de continuar a explorar o mercado que ele ajudou a criar ou a consolidar*. Paralelamente, tem o objetivo de proteger o profissional de eventuais abusos que possam ser contra ele cometidos, uma vez que ele é, sabidamente, a parte mais frágil da relação.”.

dos meses resultantes do *prazo contratual*), da Lei 4.886/1965 (aquela alínea com redação determinada e este parágrafo acrescentado pela Lei 8.420, de 8 de maio de 1992), respectivamente para com os contratos de agência com prazo indeterminado (alínea *j*⁷³) ou não (parágrafo 1º.). Essa indenização, no direito brasileiro, é elemento *obrigatório* do contrato de agência (art. 27, *caput*, da Lei 4.886/1965); sua (da indenização) omissão (no contrato), portanto, não retira o direito a ela (indenização), devendo esta, porém, nessa hipótese (omissão), no que concerne à alínea *j*, ser paga no montante mínimo⁷⁴ legal⁷⁵. Monteiro, Maluf e Silva (2010, p. 350) também enxergam *retribuição*⁷⁶ nas indenizações da Lei 4.886/1965, as quais, tarifadas (REQUIÃO, 2007, p. 224; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 47), evitam o recurso ao Judiciário, e (Monteiro, Maluf e Silva) acrescentam ser-lhes nítido o caráter *social* (no mesmo sentido, GODOY, 2010, p. 730, THEODORO JÚNIOR, 2003, e MELLO/THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 47 e 110). O prazo prescricional para a cobrança da indenização do art. 27, *j* ou parágrafo 1º., é de cinco anos (art. 44, parágrafo único, da Lei 4.886/1965), contados do término do contrato de agência (REsp 434.885/AM, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 16.9.2004 – cf. RAMOS, 2010, p. 554).

⁷³ A indenização da alínea *j* não alcança o contrato de agência por prazo *determinado* (RSTJ 85:253 – DINIZ, 1999, p. 474).

⁷⁴ Para que seja indenizado em valor superior ao mínimo legal, deve o agente produzir prova (RIZZARDO, 2005, p. 750).

⁷⁵ A ausência de item obrigatório em contrato que se diga “de agência” não é causa automática de nulidade, pois é lícito às partes criar avenças *atípicas*, cuja validade deve ser apurada consoante a disciplina geral dos contratos (art. 425 do CC/BR de 2002), na qual (disciplina) se insere a *vedação de desvantagem excessiva a uma das partes*; além disso, é preciso, para que se afaste o regramento legal específico e protetivo da agência, que a desfiguração seja *tamanha* (i.e. lhe faltem elementos *essenciais*) que finde por transformar o que seria agência em negócio de *natureza diversa* (ASSIS, 2009, p. 221 e 257).

⁷⁶ Viu nelas (nas indenizações) contudo natureza ressarcitória o Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento da Apelação Cível 1.268.219-4 (em 22.11.2005, 15ª. Câmara de Direito Privado, Rel. Antonio Ribeiro – cf. VENOSA, 2010, p. 318, n. 1).

Não havendo antinomia, é possível a coexistência da Lei 4.886/1965 com o Código Civil brasileiro de 2002 (GODOY, 2010, p. 722). Essas indenizações subsistem pois ao Código Civil brasileiro de 2002, que faz mesmo referência a elas (“indenizações previstas em lei especial”⁷⁷) – conquanto sem elencá-las – no art. 718, *in fine* (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61; TARTUCE, 2010, p. 530). Em resposta à questão colocada por Venosa (2010, p. 318), no entanto e em compasso com o *agency law* (*Second Restatement*) estadunidense (BARTELEMBOS, TIMM, 2008, p. 213, inclusive n. 41), pode-se dizer revogada pelo art. 720 do Código Civil brasileiro de 2002 a indenização prevista no art. 34 da Lei 4.886/1965 (contra, cf. REQUIÃO, 2007, p. 224, MELLO/THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 48, e GODOY, 2010, p. 731)⁷⁸, substitutiva de aviso prévio⁷⁹ e devida por *qualquer* das partes que denuncie *injustificadamente*⁸⁰ o contrato de agência por prazo indeterminado⁸¹,

⁷⁷ Para Tartuce (2010, p. 529), não se pode olvidar ser também devida ao agente compensação por dano moral sempre que lhe (ao agente) haja ofensa à imagem-atributo ou honra objetiva, ainda que seja ele (agente) pessoa jurídica (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça brasileiro).

⁷⁸ Para Bartelembos e Timm (2008, p. 213), a revogação teria abrangido também o art. 27, *j*, da Lei 4.886/1965. Mello e Theodor Júnior (2003, p. 43) defendem que a revogação dá-se *sempre* que o CC/BR de 2002 disponha de modo diverso do que conste na Lei 4.886/1965.

⁷⁹ Anteriormente à entrada em vigor do CC/BR de 2002, consoante o decidido em JB 141:82 (DINIZ, 1999, p. 472), ainda que concedido o aviso prévio, não era excluído o direito à indenização do art. 34 da Lei 4.886/1965. No mesmo sentido: RTJ 75/672, REsp 4.474/SP, 4ª. T. do STJ, Rel. Min. Athos Carneiro, j. 4.6.1991, DJU 1.7.1991, REsp 9.144/MG, 3ª. T. do STJ, Min. Nilson Naves, j. 10.6.1991, DJU 1º.7.1991, Ap. Cível 178.759-2, 15ª. Cãm. Do TJSP, Rel. Des. Borroul Ribeiro, j. 1º.9.1992, JTJ 138/78 (GODOY, 2010, p. 731 – cf. tb. COELHO, 2007, p. 438). O pagamento dessa indenização (do art. 34 da Lei 4.886/1965), por sua vez, não excluía a (indenização) do art. 27, *j*, da mesma lei – cf. RE 85.767/RJ, 2ª. Turma do STF, j. 17.3.1978 (RIZZARDO, 2005, p. 749).

⁸⁰ Apenas (injustificadamente – “denúncia vazia”), como decidiu o STJ no REsp 417.058, 3ª. T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 6.12.2002, DJU 16.3.2003 p. 190 (ASSIS, 2009, p. 252, n. 131).

⁸¹ Em JB 141:91 (DINIZ, 1999, p. 472), a propósito, consta decisão (anterior ao CC/BR de 2002) em que se vedou cláusula contratual na representação comercial que afastasse a indenização por denúncia imotivada, por ser de ordem pública a

no valor de um terço das comissões auferidas pelo agente nos três meses anteriores à denúncia, porquanto aquele dispositivo (art. 720 do Código Civil brasileiro de 2002) veio *doutro modo*, não sendo norma geral (GODOY, 2010, p. 722 – no mesmo sentido, cf. BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 202-203; considerando entretanto as regras no CC/BR de 2002 “mais como programáticas”, cf. RIZZARDO, 2005, p. 740), a tratar *integralmente* da mesma matéria (art. 2º., §§ 1º. e, *a contrario sensu*, 2º., do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, título que lhe deu a Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010), dispondo passar a *no mínimo* (VENOSA, 2010, p. 327) noventa dias o prazo de aviso prévio, (prazo) que precisa coadunar-se, em respeito à boa-fé objetiva (GODOY, 2010, p. 731), com a natureza e o vulto do investimento⁸² (que, a despeito da “vagueza semântica” da lei – BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 211 –, não deve ser desnecessariamente elevado – NADER, 2010, p. 356) realizado pelo agente (no mesmo sentido, cf. BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 212-213). Desrespeitado o prazo adequado de aviso prévio, deve-se indenização (COELHO, 2011, p. 143), *independentemente*⁸³ *de culpa* (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 502), (indenização) a fixar (por juiz, árbitro ou mediador – ASSIS, 2009, p. 256) por meio de critérios consoantes aos princípios da função social do contrato e da dignidade humana (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011,

norma insculpida no art. 34 da Lei 4.886/1965. No mesmo sentido: RT 489/159 (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 110-111).

⁸² Requião (2007, p. 224) exemplifica-o (investimento) assim: “Imaginemos que tais investimentos sejam decorrentes, por exemplo, da montagem de escritório e sala de exposição especialmente dirigida para a promoção de vendas do produto fabricado ou comercializado pelo proponente; de recrutamento e treinamento de equipe de vendas; aquisição de equipamentos ou ferramentas específicas; de veículos especiais; de sistema de informática vinculado ao proponente; de mostruário adquirido pelo agente; de material de escritório especializado; de despesas com publicidade”.

⁸³ Como já se dava no art. 34 da Lei 4.886/1965 (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 106, n. 84).

p. 433), sem que se possa obrigar qualquer das partes a continuar cumprindo contrato contra sua vontade⁸⁴ (contra, cf. BARTELEMBS/TIMM, 2008, p. 211, RIZZARDO, 2005, p. 747, e TARTUCE, 2010, p. 531, em que são referidos o art. 421 do CC/BR de 2002 e a leitura que lhe – ao art. 421 do CC/BR de 2002 – confere o Enunciado 22⁸⁵ do Conselho da Justiça Federal, redigido quando da I Jornada de Estudos sobre o Novo Código Civil⁸⁶), seja ele (contrato) por prazo determinado (TJPR, AgI 47.522-1, 4ª. Câ., rel. Des. Antônio Lopes Noronha, j. 29.5.1996) ou não (TAMG, Ap. 225.851-7, 3ª. Câ., rel. Juiz Duarte de Paula, j. 11.12.1996) – GONÇALVES, 2011, p. 466 e 467; MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 119; ASSIS, 2009, p. 255-256 –, a despeito do que uma leitura apressada do parágrafo único do artigo 720 do CC/BR de 2002, desconsiderando o inciso XX do artigo 5º. da CR/BR de 1988, possa fazer pensar.

Tratando do contrato de distribuição não como mera espécie do (contrato) de agência, Scherkerkewitz (2011, p. 114) diz ser importante conhecer a *natureza* da indenização que pleitear em juízo o agente, quando hajam as partes *estipulado não ser devida verba alguma* por rompimento da avença. A mesma assertiva deve aplicar-se ao contrato de agência, ainda que meramente omissa (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61).

Às vezes, o rompimento da avença acarreta prejuízo *excessivamente* grave ao agente (em especial quando a duração

⁸⁴ Monteiro (1994, p. 58) faz menção a uma razão de ordem prática para que se não obrigue uma das partes à permanência no contrato: “Simplesmente, na prática, nem sempre parece aconselhável impor a subsistência do contrato, dado que entre o momento em que é feita a declaração resolutiva e a data da sentença judicial, em que se apura a sua falta de fundamento, pode mediar um longo período de tempo, durante o qual as relações contratuais terão cessado, de facto.”

⁸⁵ Enunciado 22 do Conselho da Justiça Federal: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas.”

⁸⁶ Também contra, “de iure constituendo” em Angola e para com o contrato de franquia, visando à salvaguarda dos interesses de terceiros (consumidores bem como credores sociais e pessoais), cf. PINTO, 2010, p. 183-184.

do contrato revela-se insuficiente à amortização do investimento pelo representante comercial), de modo que este não seja compensado com a indenização da alínea *j* ou a (indenização) do parágrafo 1º. do art. 27 da Lei 4.886/1965 (SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 61). A omissão *contratual* duma indenização de clientela ao agente *para uma situação assim*, sob pena de enriquecimento sem causa a contrariar toda a sistemática atual do Código Civil brasileiro, *não pode impedir* um pleito compensatório (no mesmo sentido, mas para com o contrato de distribuição, cf. SCHERKERKEWITZ, 2011, p. 113-114). O normal, aliás, é que o contrato de agência exija investimento vultoso do agente (VENOSA, 2010, p. 318).

A Justiça Estadual de São Paulo, nos Embargos de Declaração 7285490-9/01 (11ª. Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 6.8.2009, Rel. Des. Moura Ribeiro), aplicando o Código Civil brasileiro de 1916 ainda, amparou-se no art. 160, I, *a contrario sensu*, desse diploma legal, recorrendo à ilicitude por abuso de direito e (por) inobservância da boa-fé objetiva para assegurar compensação ao concessionário que havia angariado clientela subsistente ao término da relação contratual com o concedente, fazendo mesmo menção a que essa compensação haveria de qualquer modo (i.e. ainda que rejeitada a tese de ato ilícito do concedente por violação do art. 160. I, *a contrario sensu*, do CC/BR de 1916) em razão da vedação de enriquecimento sem causa (no mesmo sentido, i.e. devida compensação ao concessionário por vedação ao enriquecimento sem causa, cf. Apelação com Revisão 9260035-13.2005.8.26.0000, 30ª. Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 19.10.2011, Rel. Des. Andrade Neto, DJe 4.11.2011)⁸⁷. O art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002 – não havendo artigo correspondente no

⁸⁷ Em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação 7.382.991-1 (13ª. Câmara de Direito Privado, j. 7.4.2010, Rel. Des. Luiz Sabbato), contudo, reconheceu-se, para com a franquia, que a clientela integra o fundo de comércio e pertenceria a franqueador e franqueado em igual proporção, razão pela qual concedida uma “indenização pelo fundo de comércio” ao segundo (franqueado).

(Código Civil brasileiro) de 1916 – dispõe ter o agente direito, *conquanto dispensado por justa causa* (“denúncia cheia” – ASSIS, 2009, p. 247), a ser remunerado pelos *serviços úteis* prestados ao preponente, *sem embargo de haver este* (preponente) *perdas e danos* pelos prejuízos sofridos (ALVES, 2006, p. 587). A lei tornou-se, pois, rigorosa quanto à compensação da *aproximação útil* efetuada pelo agente, sendo irrelevante qual haja sido o motivo de extinção do contrato (VENOSA, 2010, p. 316; GONÇALVES, 2011, p. 468; TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 498): resilição (por manifestação de vontade por ambas as partes – distrato – ou, quando o permitir a lei – no exercício pois dum direito potestativo –, por uma delas – resilição unilateral do art. 473 do CC/BR de 2002), resolução (por inadimplemento), nulidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 432-433), decurso do prazo nele (contrato) previsto (ou caducidade – MONTEIRO, 1994, p. 56) e caso fortuito ou força maior⁸⁸ (cf. rol de causas extintivas em DINIZ, 1999, p. 464-465). “Serviços úteis” devem ser considerados os benefícios que o agente haja proporcionado ao principal e, após o término do contrato de agência, passem a ser desfrutados tão somente por este (principal)⁸⁹. Importa, pois, provar que o *agente*, não a excelência da organização do principal nem a qualidade de seus (do principal) produtos, haja

⁸⁸ Força maior não deve ser confundida com dificuldade momentânea, sendo exemplos daquela (força maior), para Assis (2009, p. 252-253), (1) uma alta imprevista de tarifas ditada por mudança radical na política econômica de maneira que haja inviabilizado a continuidade de importações ou (2) uma alta constante e forte do câmbio que encareça de tal modo a mercadoria do agenciado que lhe (da mercadoria) torne inviável a comercialização.

⁸⁹ Uma das acepções possíveis para Bartelembs e Timm (2008, p. 209); outra (acepção), mais “natural” para Assis (2009, p. 248), seriam as propostas angariadas até a extinção do contrato, como já previa o art. 32, par. 5º., da Lei 4.886/1965, em que se lê que, “[e]m caso de rescisão injusta do contrato por parte do representando, a eventual retribuição pendente, gerada por pedidos em carteira ou em fase de execução e recebimento, terá vencimento na data da rescisão” (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 208, em que equivocadamente é feita menção ao art. 35 da Lei 4.886/1965, o qual não possui parágrafos).

sido determinante à angariação e, após o término da agência, manutenção da clientela (no mesmo sentido, embora para com a concessão comercial, cf. REQUIÃO, 1972, p. 22). Justa causa, por sua vez, é cláusula geral a preencher pelo juiz caso a caso, servindo os arts. 35 e 36 da Lei 4.886/1965 de auxílio em seu (da cláusula geral) preenchimento (TARTUCE, 2010, p. 529). Não previsto em contrato como proceder ao cálculo dos serviços úteis, enfim, procede-se a arbitramento⁹⁰ (ASSIS, 2009, p. 249), sendo bastante que, de acordo com um juízo de prognose, sejam *prováveis*⁹¹ os benefícios a auferir pelo principal (MONTEIRO, 1994, p. 59).

Comentando o artigo 717 do Código Civil brasileiro de 2002, leciona Alves (2006, p. 588 – cf. tb. GODOY, 2010, p. 729-730) – um dentre os que participaram dos trabalhos de elaboração dessa lei – preponderar “o interesse legislativo de obstar que qualquer das partes locuplete-se da outra, auferindo vantagem indevida ou enriquecimento ilícito” (i.e. sem *sa*⁹²). No mesmo sentido, Gonçalves (2011, p. 468-469) e Monteiro/Maluf/Silva (2010, p. 349), para os quais o legislador (no art. 717 do CC/BR de 2002) homenageou os princípios da boa-fé (consagrado no art. 422 do CC/BR de 2002) e da eticidade

⁹⁰ No direito português, é feita remissão à equidade para a fixação da indenização de clientela, respeitado o limite máximo de uma retribuição anual, calculada em termos médios legais (art. 34 do Decreto-Lei 178/1986); Cordeiro (2009, p. 671-672), porém, entende que, havendo ao agente “prejuízo superior a essa cifra”, “fica aberta a hipótese de inconstitucionalidade: por violação da propriedade privada – artigo 62º/1, da Constituição [portuguesa]”.

⁹¹ Monteiro (1994, p. 59) faz menção à perda, pelo agente (ainda que por meio de subagente), da oportunidade de (o agente) continuar a beneficiar-se, com o principal, da clientela por aquele (agente) angariada.

⁹² Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 431 e 433) enxergam o enriquecimento sem causa como fundamento outrossim das regras inscritas nos art. 719 e 720 do CC/2002/BR. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, no acórdão na Apelação 7.021.031-2 (16ª. Câmara de Direito Privado, j. 5.12.2006, Rel. Des. Windor Santos), referindo-se à indenização do art. 27, *j*, da Lei 4.886/1965, sustenta que dever ao agente uma compensação independentemente do motivo de término da relação contratual significa considerar a clientela “um bem incorpóreo acrescido ao patrimônio do representante comercial”.

para com o agente do mesmo modo como o fez para com o comissário e o prestador de serviço (nos arts. 703 e 603, respectivamente, do mesmo código), na busca de obstar que o agenciado mantenha vantagem indevida porquanto sem causa. Sendo da natureza da indenização de clientela compensar o agente comercial pelo enriquecimento sem causa do preponente, assegura-lha (ao agente comercial a indenização de clientela) pois o supramencionado dispositivo, ainda que não a (indenização de clientela) chame pelo nome⁹³. O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 9090372-66.2005.8.26.0000 (30ª. Câmara de Direito Privado, j. 24.8.2011, Rel. Des. Andrade Neto, DJe 5.9.2011), reconhecendo no art. 717 do CC/BR de 2002 uma indenização de *clientela* (rejeitando, pois, uma “indenização pelo *fundo de comércio*, conceito *abrangente* que reúne todo o complexo de bens, corpóreos e incorpóreos, destinados à atividade econômica, sendo composto por mercadorias, instalações, maquinário, ponto comercial, potencial de lucratividade, clientela, etc.”) como *vedação ao enriquecimento sem causa*, sustentou mesmo sua aplicação a fatos anteriores à entrada em vigor desse dispositivo, “porquanto não se há olvidar que a norma jurídica, embora revestida de eficácia coativa e obrigatória somente após o início de seu termo de vigência, veicula quase sempre um conteúdo que nada mais representa senão a consciência jurídica antes prevalecente e dominante, ou seja, o que lei faz, em essência, é cristalizar conceitos e valores já antes aceitos e acolhidos preteritamente pela comunidade jurídica”. Na tradição – protetiva ao agente (MELO, 2002, p. 553) – de obrigatoriedade das indenizações no art. 27 da Lei 4.886/1965 (portanto *irrenunciáveis* – cf. 1º. TACivSP, RT 743/303 e 800/289, em COELHO, 2005, p. 131), enfim, não há

⁹³ (Nome) inadequado, de fato, na origem (legislação portuguesa) – MONTEIRO, 1994, p. 58 - e em sua associação ao art. 717 do CPC, uma vez que a *indenização* de clientela não exige *dano* (BARTELEMBS, TIMM, 2008, p. 209). Mantém-se a expressão no presente trabalho por ela ser entretanto tradicional na língua portuguesa.

motivo para que se creia dispositivo o direito insculpido no art. 717 do CC/BR de 2002⁹⁴. Os contratos de distribuição *lato sensu* sofrem limitações impostas não somente pela ordem e o interesse públicos, mas por anseios legislados de equilíbrio nas relações desiguais pelo poder econômico (MELLO, THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 51).

Para Pereira (2004, p. 343), este artigo (717 do CC/BR de 2002) se aplicaria à dispensa do agente por justa causa apenas, do mesmo modo como o (artigo) 718 do CC/BR de 2002 (se aplica) tão só à (dispensa do agente) sem culpa do agente e o (artigo) 719 (se aplica) à (dispensa do agente) por força maior (ou caso fortuito – TARTUCE, 2010, p. 530) somente. As regras dos arts. 717 a 719 do CC/BR de 2002 variariam, pois, de acordo com a *causa* da saída do contrato pelo agente (PEREIRA, 2004, p. 343). No mesmo sentido, GODOY, 2010, p. 729. O entendimento de que o art. 717 do CC/BR de 2002 aplica-se tão só à dispensa do agente por causa é que leva Bartelembs e Timm (2008, p. 209) a rejeitar que (o art. 717 do CC/BR de 2002) autorize uma indenização de clientela, pois haveria tratamento mais benéfico a quem deu causa ao fim da avença. Tal limitação (aplicação do art. 717 do CC/BR de 2002 à dispensa do agente por justa causa apenas), contudo, não consta do artigo 717 do CC/BR de 2002, que não fala senão “*ainda que dispensado por justa causa*”.

3.3. REGISTRO DO AGENTE EM CONSELHO REGIONAL E INDENIZAÇÃO DE CLIENTELA.

A Lei 4.886/1965 exige, em seu art. 2º., que esteja registrado em Conselho Regional quem exerça a representação comercial autônoma⁹⁵. O Conselho Federal e os Conselhos Regi-

⁹⁴ Contra, cf. Venosa (2010, p. 310), para quem “os dispositivos contratuais do Código [Civil brasileiro de 2002] são de direito dispositivo”.

⁹⁵ Para Assis (2009, p. 259), que sustenta ser o agente representante comercial tão só quando lhe é outorgado pelo principal o poder de concluir o negócio, não há obriga-

onais encontram-se vinculados⁹⁶ ao hoje denominado Ministério do Trabalho e Emprego, *ex vi* do Decreto 65.705, de 14 de novembro de 1969 (BULGARELLI, 2001, p. 223). Esse registro, para Gomes (1998, p. 365) e Diniz (1999, p. 459), é um dos elementos caracterizadores do contrato de “agência, agenciamento ou representação”⁹⁷ e é efetuado tendo em vista o controle do respeito pelo agente à ética da profissão (REQUIÃO, 2007, p. 226; COELHO, 2007, p. 435-436), subsistindo ao Código Civil de 2002, por ausência de conflito deste (CC/BR de 2002) com aquela (Lei 4.886/1965) – GODOY, 2010, p. 722 – e ante o que consta no art. 721 do mesmo código – THEODORO JÚNIOR, 2003:

Todas as regras *especiais* que a *Lei no. 4.886* traçou para *disciplinar* a profissão e os direitos e *deveres* do representante comercial, em princípio, continuam em vigor, porque o Código Civil traçou

toriedade de registro ao *mero* agente.

⁹⁶ O artigo 58 da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, nascido da Medida Provisória 1.549-53, de 9 de outubro de 1997 – (artigo) concernente à “desvinculação dos conselhos de fiscalização das profissões liberais da supervisão ministerial a que se refere o art. 26 do Decreto-Lei no. 200, de 25 de fevereiro de 1967”, de modo semelhante à (desvinculação) do Ministério do Trabalho, com fundamento no artigo 44 da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994., a que se procedeu para com a Ordem dos Advogados do Brasil, como se lê na Exposição de Motivos Interministerial 26-CCPR/MARE/MAA/MMARHAL/MF/MS, de 9 de outubro de 1997 (VALENTE, p. 152, 153 e 155, n. 3) –, o qual (artigo) havia transformado “447 (quatrocentos e quarenta e sete) entidades de direito público em pessoas jurídicas de direito privado, repassando para essas corporações atividades típicas de Estado, com destaque para o exercício do poder de polícia, no que toca ao desempenho de atividades profissionais reguladas em lei” (VALENTE, 2002, p. 152), teve a eficácia suspensa (à exceção do parágrafo 3º.) pelo Supremo Tribunal Federal, em 22 de setembro de 1999, por meio de decisão cautelar na ADIN 1.717-6/DF, cuja (da decisão) ementa diz: “não parece possível, a um primeiro exame, em face do ordenamento constitucional, mediante a interpretação conjugada dos artigos 5º., XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da C.F., a delegação, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que tange ao exercício de atividades profissionais” (VALENTE, 2002, p. 153-154).

⁹⁷ Para Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 425), (esse registro) seria até o que diferenciaria a agência do CC/BR de 2002 da representação comercial da Lei 4.886/1965.

apenas normas gerais acerca do contrato de agência (Lei de Introdução, art. 2º., § 2º.). É, aliás, o que se acha ressalvado, expressamente, no art. 721 do novo Código. De tal sorte, apenas quando alguma norma do Código estiver conflitando com preceito da Lei no. 4.886 é que terá ocorrido derrogação parcial desta. (THEODORO JÚNIOR, 2003).

Como afirma a propósito Valente (2002, p. 154) sobre a importância, mormente no campo ético, dos conselhos profissionais:

Os conselhos de fiscalização de profissões liberais foram criados como prolongamento do Estado para o atendimento do interesse público, pois o exercício de atividades de polícia, decorrentes do poder de polícia, far-se-á sempre em função do interesse da coletividade. [...] O dever legal dos conselhos profissionais é o de zelar pelo interesse público, efetuando, para tanto, nos respectivos campos profissionais, a supervisão qualitativa, técnica e ética do exercício das profissões liberais, na conformidade da lei.

Diz o art. 19 da Lei 4.886/1965 constituírem faltas no exercício da profissão de representante comercial: (a) prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses confiados aos seus cuidados; (b) auxiliar ou facilitar, por qualquer meio, o exercício da profissão aos que estiverem proibidos, impedidos ou não habilitados a exercê-la; (c) promover ou facilitar negócios ilícitos, bem como quaisquer transações que prejudiquem interesse da Fazenda Pública; (d) violar o sigilo profissional; (e) negar ao representado as competentes prestações de contas, recibos de quantias ou documentos que lhe tiverem sido entregues, para qualquer fim; (f) recusar a apresentação da carteira profissional, quando solicitada por quem de direito. Incidindo em falta o agente, compete ao conselho regional em que esteja registrado

aplicar-lhe, *inter alia*, as penas disciplinares de (α) suspensão, durante um ano até, do exercício profissional ou (β) cancelamento do registro, com apreensão da carteira profissional (art. 18, alíneas *c* e *d*, da Lei 4.886/1965), as quais penas aplicam-se nas hipóteses de reincidência ou falta “manifestamente grave” (§ 1º. do mesmo artigo). A Lei 4.886/1965 constitui verdadeiro subsistema jurídico a aplicar sempre que o agente esteja devidamente registrado, com incidência subsidiária do Código Civil brasileiro (VENOSA, 2010, p. 310).

De acordo com o art. 47 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, é contravenção penal exercer profissão ou atividade econômica – mesmo anunciar que a exerce – sem preencher as condições a que por lei está subordinado seu exercício, sob pena de prisão simples de quinze dias a três meses ou multa. Não se trata, pois, de mera e “irrelevante” “transgressão administrativa”, nas palavras de Venosa (2010, p. 310) e Assis (2009, p. 259), que se exerça a representação comercial não estando devidamente registrado, sendo preciso dar razão a Fazio Júnior (2008, p. 193), Rizzardo (2005, p. 746) e Gagliano/Pamplona Filho (2011, p. 425) ao inadmitirem que se exerça atividade de representante comercial sem observar os requisitos exigidos na em lei especial. O artigo 717 do Código Civil brasileiro de 2002 não se aplica, portanto, ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado.

A Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, chega mesmo, em seu art. 5º., a dizer que “[s]omente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, a representante comercial *devidamente* registrado”. Anteriormente ao Código Civil brasileiro de 2002, “remansosa jurisprudência” (VENOSA, 2010, p. 310) – cf. STJ, 28.6.1993, Adv-Coad 063422, 43/93 (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 3006, p. 493), JB 141:89, JB 141:118, EJSTJ 8:52 e EJSTJ 8:130, em que foi considerado *não vigente* o art. 5º. da Lei 4.886/1965 por sua

incompatibilidade já com a CR/BR de 1946 e a (CR/BR) de 1967/1969 (DINIZ, 1999, p. 470-471 – no mesmo sentido, STJ BA 1986, em COELHO, 2005, p. 126) – aceitava (não porém Fazzio Júnior, 2008, p. 192, nem Rizzardo, 2005, p. 746) que aos representantes comerciais sem o devido registro fossem devidos os direitos da Lei 4.886/1965, com apoio na liberdade constitucionalmente garantida de trabalho (RAMOS, 2010, p. 550) ou princípio constitucional da liberdade de livre iniciativa (TEPEDINO, BARBOZA, MORAES, 2006, p. 493), conquanto a própria CR/BR de 1988, no inciso XIII do art. 5º., diga que aquela (liberdade) é garantida *a quem atender “as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*⁹⁸. Introduzido o insti-

⁹⁸ Em RJTJESP 137/270 (COELHO, 2005, p. 126), no entanto, argüi-se que a inconstitucionalidade do 5º. da Lei 4.886/1965 deve-se a que a atividade do agente não se situa entre as que dependem de formação *técnico-científica*. No sentido de que o exercício duma profissão (nos exemplos a seguir, a advocacia) é permitido tão só a quem lhe (da profissão) preencher os requisitos legais: Apelação em Mandado de Segurança nº 0041320-62.2010.4.01.3800/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Catão Alves. j. 12.04.2011, e-DJF1 29.04.2011, p. 0393; Apelação em Mandado de Segurança nº 2008.38.00.028379-1/MG, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Catão Alves. j. 01.02.2011, e-DJF1 11.02.2011, p. 0238; Apelação em Mandado de Segurança nº 73845/RJ (2008.51.01.011257-9), 5ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, Rel. Des. Desembargador Federal Antônio Cruz Netto. j. 04.02.2009, unânime, DJU 19.02.2009, p. 200; AC nº 529059/RN (0002160-56.2011.4.05.8400), 2ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Wildo Lacerda Dantas. j. 11.10.2011, unânime, DJe 20.10.2011; Pedido de Suspensão de Segurança (SS4321), Supremo Tribunal Federal; REOAC nº 487442/CE (2009.81.00.004900-0), 4ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Edilson Pereira Nobre Júnior. j. 22.02.2011, unânime, DJe 03.03.2011. Só há violação do livre exercício de qualquer trabalho (novamente os exemplos concernem à advocacia) quando a exigência legal descumprida não tenha pertinência com a qualificação profissional, podendo ser executada doutra maneira: Súmula 53 do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (“Viola a garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, a suspensão do direito de exercer a advocacia, prevista no art. 37, I, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.906/1994, em razão do inadimplemento da contribuição anual devida à Ordem dos Advogados do Brasil.”); Remessa Ex Officio em Ação Cível nº 458650/RJ (2009.51.01.005243-5), 7ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. José Antônio Neiva. j. 13.10.2010, unânime, e-DJF2R 21.10.2010; Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.51.01.014549-3, Rel. Des. Fed. Antônio Cruz Netto, DJU 02.09.2009 (eis trecho do acórdão: “A suspensão do exercício profissional do inadimplente, com o objetivo de forçá-lo a quitar o débito, não faz sentido, uma vez que retira justamente os meios que o impe-

tuto do enriquecimento sem causa no direito brasileiro pelo Código Civil de 2002, pode-se deixar de apelar a normas constitucionais para que seja retribuído o agente irregular.

O Código Civil brasileiro de 2002 *inovou* ao prever em seu texto a figura do enriquecimento sem causa (para Maluf – 2006, p. 709 –, a fim de que a matéria não ficasse mais “sujeita às interpretações da jurisprudência”), dispondo, no art. 884 do Código Civil brasileiro de 2002 que aquele que, sem justa causa, *enriquecer-se à custa de outrem* será obrigado a restituir a este, corrigido monetariamente, o indevidamente auferido, *não* cabendo, consoante o art. 886 do mesmo código, restituição por enriquecimento *caso* a lei confira ao lesado *outros meios* (como visto, em razão do disposto no art. 5º. da Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, o *art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002 não* se aplica ao agente não registrado em conselho regional ou com registro suspenso ou cancelado) para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Essa restituição é devida, nos termos do art. 885 do CC/BR de 2002, não só quando não tenha havido *causa* que justifique o enriquecimento, mas *também se* esta *deixou de existir (condictio ob causam finitam)*. Esse dispositivo legal (art. 885 do CC/BR de 2002), portanto, está para o § 812, I, 2, 1ª hipótese, do (Código Civil) alemão como o art. 717 daquele (Código Civil brasileiro) está para o § 89b do Código Comercial alemão. Poder-se-ia pensar que, assim sendo e não havendo a restrição, no art. 717 do Código Civil brasileiro, de que, para que faça jus á indenização de clientela, o agente não tenha culposamente dado causa ao término do contrato de agência, prevalece, para com o último dispositivo (art. 717 do Código Civil brasileiro), a tese da retribuição diferida sobre a (tese) do enriquecimento sem causa. No entanto, inexistindo um regramento

trante dispõe para obter recursos financeiros para quitar sua dívida. Vale dizer que a OAB possui meios legais menos gravosos para a cobrança do débito, sendo possível fazê-lo pela via judicial própria, conforme previsto no art. 46 da Lei nº 8.906/1994.”).

minucioso⁹⁹ da indenização de clientela como no direito europeu, de modo que ela se imponha, unicamente sem essa amarra (que o agente não tenha culposamente dado causa ao término do contrato), no direito brasileiro como naquele (direito europeu), limitando-se ele (direito brasileiro) a referir-se genericamente a “resultados úteis” no art. 717 do Código Civil, com aplicação, inclusive mas não apenas, a uma indenização de clientela, não é permitido inferir que o legislador brasileiro tenha querido postergar ao término do contrato de agência uma retribuição ao agente comercial, devendo-se antes ter em conta que (o legislador) almejou impedir o enriquecimento sem causa.

4. CONCLUSÕES.

A Lei 4.886/1965, não foi revogada pelo Código Civil brasileiro de 2002 e assegura ao agente uma indenização de clientela na alínea *j* e no parágrafo 1º. de seu art. 27.

O Código Civil brasileiro de 2002 admite, em seu artigo 717, uma indenização *extraordinária* de clientela ao agente comercial, quando o rompimento da avença lhe (ao agente) acarrete prejuízo *excessivamente* grave.

A indenização de clientela com fundamento num (art. 27, *j* ou § 1º., da Lei 4.886/1965) ou noutra (art. 717 do Código Civil brasileiro de 2002) dispositivo, contudo, não se aplica, em razão do art. 5º. da Lei 4.886/1965, ao agente *não* registra-

⁹⁹ Esse regramento minucioso faz com que não sejam incompatíveis as teses da retribuição diferida e do enriquecimento sem causa (cf. VASCONCELOS, 2002, p. 245, n. 5), podendo-se dizer, com aquele (regramento minucioso), este (enriquecimento sem causa) haja passado a natureza remota e ela (retribuição diferida) a uma (natureza) próxima. Almeida (2012, p. 137) também enxerga um fundamento misto na indenização portuguesa de clientela, “em que se combinam a falta de retribuição superveniente, a compensação pelos investimentos efetuados para o agente e a restituição do enriquecimento sem causa pelo principal”, sugerindo mesmo a aplicação do instituto do *abuso de direito* para os casos em que a cessação do contrato decorra de razão imputável ao agente.

do em conselho regional ou cujo registro haja sido *suspense* ou *cancelado*.

É devida, no entanto, a indenização de clientela ao agente, *ainda que* não registrado em conselho regional ou seu registro haja sido *suspense* ou *cancelado*, ante a vedação *genérica* do enriquecimento sem causa no direito brasileiro *contemporâneo*, o qual (direito) outrossim contempla, no artigo 885 do Código Civil brasileiro de 2002, a (causa) que houve mas deixou de existir (*condictio ob causam finitam*).



5. BIBLIOGRAFIA.

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de Almeida. *Contratos: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*. Coimbra: Almedina, 2012, v. III.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Arts. 421 a 729. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 328-596.
- ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. 2ª. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2009.
- BALL, Wolfgang. Rechtsnatur und Funktion des Ausgleichsanspruchs nach § 89b HGB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. In: SAENGER, Ingo; SCHULZE, Reiner (ed.). *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters: Beispiel für die Fortentwicklung angeglichenen europäischen Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 17-29.
- BARTELEMBS, Daniela; TIMM, Luciano Benetti. Agência e

- representação comercial frente ao novo Código Civil de 2002, à luz da jurisprudência do TJRS. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 35, n. 109, p. 197-216, mar. 2008.
- BRITO, Maria Helena. O contrato de agência. In: CEJ/FDUL. *Novas perspectivas do direito comercial*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 109-135.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9ª. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito comercial*. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- CAGNASSO, Oreste. Agenzia. In: *Digesto delle discipline privatistiche – sezione commerciale*. Torino: UTET, 1987, v. I, p. 41-51.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Handelsrecht*. 24ª. ed. München: C. H. Beck, 2006.
- CATONI, Jean. *La rupture du contrat d’agent commercial et le décret du 23 décembre 1958*. Paris: Sirey, 1970.
- CAVALLI, Cássio Machado. *Direito comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier/FGV, 2012.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. 6ª. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1970, v. 2.
- CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. O “lobby” e a lei. *Revista da Esmape*, Recife, v. 14, n. 29, p. 195-217, jan./jun. 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e legislação complementar anotados de acordo com o novo Código Civil e a nova Lei de Falências (Lei n. 11.101, de 9-2-2005)*. 7ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 18ª. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. *Manual de direito comercial*. 2ª. ed. rev. atual. aum. Coimbra: Almedina, 2009.
- CUNHA, Carolina. *A indemnização de clientela do agente co-*

- mercial*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3ª. ed. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Direito comercial: empresário, sociedades, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos: contratos em espécie*. 4ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v. IV, t. 2.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 653 a 853 – Contratos (em espécie). In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4ª. ed. rev. atual. Barueri: Manole, 2010, p. 668-869.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. *Estudos de direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, v. II.
- GOMES, Manuel Januário da Costa. Apontamentos sobre o contrato de agência. *Tribuna da Justiça*, n. 3, p. 9-35, abril-maio 1990.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.
- HABSCHEID, Walther J. Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters. Eine rechtsvergleichende und dogmatische Studie. In: *Festschrift zum 70. Geburtstag Von Walter Schmidt-Rimpler*. Karlsruhe: C. F. Müller, 1957, p. 335-366.
- HOMERO. *Iliada (em verso)*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.
- HOMERO. *Homeri opera – recognoverunt brevique adnotatione critica instruxerunt David B. Monro et Thomas W. Allen*. 3ª. ed. Oxford: Oxford University Press, 1920, t.

II.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *A indemnização de clientela no contrato de agência*. Coimbra: Almedina, 2006.
- LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies*. 3ª. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2005, v. 3.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. Arts. 840 a 886. In: FIÚZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. 5ª. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 684-710.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de; THEODORO JÚNIOR, Humberto. O regime do contrato (típico) de agência e distribuição (representação comercial) no novo Código Civil em cotejo com a situação jurídica do contrato (atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual. *Revista da Esmape*, Recife, v. 8, n. 18, p. 39-126, jul./dez. 2003.
- MELO, Natália Assis. A problemática da indenização decorrente da rescisão do contrato de distribuição em razão do tratamento dado pelo novo Código Civil. *Revista da Esmape*, Recife, v. 7, n. 15, p. 545-560, jan./jun. 2002.
- MICHELON JR., Cláudio. Art. 884. In: AGUIAR JR., Ruy Rosado de (org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial. Direito das obrigações: expedição. Contrato de agência. Representação de empresa. Fiança. Mandato de crédito. Constituição de renda. Promessa de dívida. Reconhecimento de dívida. Comunidade. Edição. Representação teatral, musical e de cinema. Empreitada*. 3ª. ed. 2ª. reimpr. São Paulo: RT, 1984, t. XLIV.
- MONTEIRO, António Pinto. Agência e distribuição comercial. *Dereito*, v. III, n. 1, p. 43-62, 1994.
- MONTEIRO, António Pinto. *Denúncia de um contrato de con-*

- cessão comercial*. Coimbra: Coimbra, 1998.
- MONTEIRO, António Pinto. *Direito comercial: contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2009.
- MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil: direito das obrigações, 2ª parte*. 37ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 5.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: contratos*. 5ª. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 3.
- PINTO, Carlos Eduardo Ferraz. *O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia (franchising) em Angola*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de direito empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 4ª. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podium, 2010.
- RAMOS, Fernando Silveira. *Dicionário jurídico alemão-português*. Coimbra: Almedina, 1995.
- REQUIÃO, Rubens. O contrato de concessão de venda com exclusividade. *Revista forense*, Rio de Janeiro, ano 68, v. 239, fasc. 829/831, p. 5-23, jul./set. 1972.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 27. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. *Contratos de distribuição – e o novo contexto do contrato de representação comercial*. São Paulo: RT, 2011.
- SCHRÖDER, Georg. *Recht der Handelsvertreter: Gesetz zur Änderung des Handelsgesetzbuches vom 6. August 1953*. Berlin: Franz Vahlen, 1953.
- SILVA, De Plácido e. *Noções práticas de direito comercial*. 14ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- SILVA, Manuel Gomes da. O “representante comercial” e sua remuneração. *Scientia iuridica*, Braga, n. 8, t. II, 1953.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 5ª. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2010, v. 3.
- TELLES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4ª. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. II.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Do contrato de agência e distribuição no novo Código Civil. *Mundo jurídico*, [s.l.], 2 maio 2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto301.rtf> . Acesso em: 3 jul. 2012.
- TOFFOLETTO, Franco. *Trattato di diritto civile e commerciale: il contratto d’agenzia*. Milano: Giuffrè, 2008.
- ULMER, Peter. *Der Vertragshändler*. München: C. H. Beck, 1969.
- VALENTE, Manoel Adam Lacayo. Sobre a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 38, n. 153, p. 151-155, jan./mar. 2002.
- VASCONCELOS, Joana. Cessaçãõ do contrato de agência e indenização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL no. 178/86. *Direito e justiça: revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Lisboa, v. XVI, t. I, p. 243-263, 2002.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito comercial: parte geral, contratos mercantis, títulos de crédito*. Coimbra: Almedina, 2011, v. I.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*.

10^a. ed. São Paulo: Atlas, 2010, v. 3.

VIEIRA, José Alberto. *O contrato de concessão comercial*.

Reimpr. Coimbra: Coimbra, 2006.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: contratos em espécie*. 18^a. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.