

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

MOZARTH MARTINI SPIER

RELAÇÃO DE EMPREGO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL:

COMPARAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO

PORTO ALEGRE

2010

MOZARTH MARTINI SPIER

RELAÇÃO DE EMPREGO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL:

COMPARAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

PORTO ALEGRE

2010

MOZARTH MARTINI SPIER

RELAÇÃO DE EMPREGO E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL:

COMPARAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 29 de novembro de 2010.

Conceito atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dra. Luciane Cardoso Barzotto

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof^a. Carmen Camino

Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

RESUMO

As zonas grises do contrato de trabalho são as situações em que não se consegue, em um exame apriorístico, se determinar se será esse contrato ou outro que se configura. Uma das principais zonas grises no Direito do Trabalho brasileiro é a existente entre o contrato de trabalho e a representação comercial. A diferença entre esses contratos é encontrada na presença de autonomia ou subordinação, conceitos antitéticos, na prestação de serviços. Havendo subordinação, estará configurado o contrato de trabalho. Havendo autonomia, o contrato de representação comercial. A subordinação pode se revelar na prestação de serviços em duas dimensões, hierárquica e integrativa. A caracterização da subordinação hierárquica depende da presença de poder empregatício na relação. A caracterização da subordinação integrativa depende da integração da atividade do prestador na organização do tomador dos serviços, além de não estarem presentes elementos que configurem autonomia.

Palavras-Chave: contrato de trabalho; relação de emprego; representação comercial; autonomia; subordinação.

ABSTRACT

The gray zones of the employment contract are situations in which one cannot determine, in a priori examination, if it's that contract or other that will be configured. One of the main gray zones in Brazilian labor law is the one between the contract of employment and the agency contract. The difference between these contracts is found in the presence of autonomy or subordination, antithetical concepts, in the provision of services. If subordination is present, a contract of employment will be configured. If autonomy is present, an agency contract will be configured. Subordination can be revealed in the provision of services in two dimensions, hierarchical and integrative. The characterization of hierarchical subordination depends on the presence of employer power in the relationship. The characterization of integrative subordination depends on the integration of the activity of the provider in the organization of the service borrower, besides not being present elements that typify autonomy.

Keywords: *contract of employment; employment relationship; agency contract; autonomy; subordination.*

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	8
1	CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	12
1.1	A Relação de Emprego como Espécie das Relações de Trabalho	12
1.2	A Configuração da Relação de Emprego	14
1.2.1	Os Pressupostos e Requisitos da Relação de Emprego	14
1.2.2	Pressupostos da Relação de Emprego – Análise Legal	15
1.3	O Empregador	17
1.3.1	O Empregador como Empresa	19
1.3.2	O Empregador e a Assunção dos Riscos da Atividade Econômica	23
1.3.3	Empregador e Admissão	24
1.3.4	Empregador e Poder Diretivo	24
1.4	O Empregado	25
1.4.1	A Pessoaalidade	26
1.4.2	A Não-Eventualidade	27
1.4.3	A Onerosidade	30
1.4.4	A Subordinação	31
1.4.4.1	Subordinação – Conceituação Clássica	32
1.4.4.2	Novas Tendências do Conceito de Subordinação	34
2.	CONFIGURAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL	38
2.1	As Relações de Trabalho Autônomo	38
2.2	O Contrato de Representação Comercial	42
2.2.1	Relação entre o Contrato de Representação Comercial e o Contrato de Agência	42
2.2.2	Considerações Essenciais acerca do Contrato de Representação Comercial	52
2.2.2.1	O Contrato de Representação Comercial como Contrato Relacional	52

2.2.2.2	A Lei 4.886/65 como Lei de Valor Social	57
2.3	Os Pressupostos da Representação Comercial	59
2.3.1	Atividade Empresarial	60
2.3.2	Não-Eventualidade das Prestações	61
2.3.3	A Mediação para a Realização de Negócios Mercantis	62
2.3.4	Autonomia da Atividade do Agente	62
3	COMPARAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO E DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL	64
3.1	Considerações Iniciais	64
3.1.1	As Zonas Grises do Contrato de Trabalho	64
3.1.2	O Papel da Doutrina na Solução do Problema	65
3.2	A Distinção entre a Relação de Emprego e a Representação Comercial	67
3.2.1	Diferenças baseadas nos Pressupostos	67
3.2.1.1	Pressupostos que Não Revelam Diferenças	68
3.2.1.2	Pressupostos que Revelam Diferenças	69
3.2.1.2.1	A Pessoaalidade da Relação de Emprego e a Atividade Empresarial da Representação Comercial	70
3.2.1.2.2	A Subordinação da Relação de Emprego e a Autonomia da Representação Comercial	72
3.2.2	Importância dos Requisitos	73
3.3	A Autonomia e a Subordinação na Atividade de Mediação de Negócios	75
3.3.1	Questões Prévias	76
3.3.1.1	A Subordinação Existente no Contrato de Representação Comercial	76
3.3.1.2	As Disposições Legais acerca do Tema	78
3.3.1.3	A Técnica do “Conjunto de Índícios”	80
3.3.2	Concretização do Conceito de Subordinação e Autonomia na Atividade de Mediação de Negócios	81
3.3.2.1	A Subordinação	82
3.3.2.1.1	A Subordinação Hierárquica	82

3.3.2.1.2	A Subordinação Objetiva	87
3.3.2.2	A Autonomia	89
	CONCLUSÕES	92
	REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

Uma das questões fundamentais no estudo de qualquer ramo do Direito é saber qual é o campo de aplicação de suas normas, ou seja, saber a quais relações fáticas suas conseqüências jurídicas serão aplicadas. Assim, evidencia-se a importância do estudo do suporte fático das normas jurídicas, o seu elemento que serve precisamente para fazer essa delimitação.

No Direito do Trabalho, a doutrina clássica, ao buscar um elemento que servisse de suporte fático para a aplicação das normas trabalhistas em geral, criou a idéia de relação de emprego. A relação de emprego é uma relação fática de prestação de serviços que possui uma série de qualidades, qualidades essas que justificam o especial tratamento das normas trabalhistas. Se a relação entre duas pessoas for dotada dessas qualidades, estará configurado o suporte fático das normas trabalhistas, que serão, portanto, aplicadas.

A idéia da relação de emprego como suporte fático das normas trabalhistas inspirou a Consolidação das Leis do Trabalho, diploma legal onde se encontra grande parte das normas de Direito do Trabalho. Essa inspiração se encontra na adoção da teoria do contrato realidade e na redação dos seus artigos 2º e 3º, que trazem os elementos para que se configurem as figuras jurídicas do empregador e do empregado, entre os quais se forma a relação de emprego.

Porém, ainda que tenha sido feita uma delimitação, as questões envolvendo o suporte fático das normas trabalhistas não foram totalmente solucionadas. Outros problemas se revelaram depois disso. Um desses problemas envolve as situações fáticas que, devido a certas circunstâncias, parecem muito próximas de se enquadrar nos elementos de configuração da relação de emprego, mas que, na verdade, expressam outra relação jurídica. É o problema das *zonas grises* do Direito do Trabalho.

Essa expressão, cunhada pelo jurista argentino Mauro Deveali, reconhecido pela doutrina como um dos primeiros a atentar para esse problema, se refere àquelas situações em que dificilmente se sabe, em uma análise apriorística, onde termina uma espécie de relação jurídica e outra se inicia. No Direito do Trabalho, esse problema é acentuado devido à cogência de suas normas e seu aspecto protetivo em relação a uma das partes. Assim, a caracterização de uma determinada relação como de emprego faz com que uma série de

normas impositivas a ela se apliquem, independente da vontade das partes. Ou seja, as conseqüências jurídicas que decorrem de duas relações cujos suportes fáticos se confundem podem ser muito diferentes, tornando imperioso que se faça uma distinção clara entre elas.

Esse trabalho versará sobre uma dessas zonas grises, qual seja, a que existe entre a relação de emprego e a representação comercial. A representação comercial é um contrato de Direito Privado, regulado na legislação brasileira pela Lei 4.886/65 e que, devido a uma série de fatores, se aproxima bastante da relação de emprego, tornando a distinção entre as duas uma questão de solução muito difícil.

Esses fatores podem ser separados em dois grupos, aqueles que decorrem de aspectos pré-positivos, da própria natureza das relações fáticas sobre as quais a lei posteriormente dispõe, e aqueles que decorrem da própria lei e das disposições que ela trouxe. No primeiro grupo, pode ser destacado a origem comum do contrato de trabalho, em que se consubstancia a relação de emprego, e do contrato de representação comercial, ambos tendo nascido no instituto da locação de serviços, e o fato da atividade típica do contrato de representação comercial também poder ser prestada através do contrato de trabalho, apenas variando a forma dessa prestação. No segundo grupo, destaca-se a grande proximidade que o suporte fático das duas relações possui e a tendência do legislador brasileiro de remeter à relação de emprego a definição de outras relações, como faz com a representação comercial ao dizer que ela deverá ser exercida “sem relação de emprego”, em prejuízo de uma definição baseada em elementos próprios.

Apesar do problema da zona gris existente entre a relação de emprego e a representação comercial ser bastante reconhecido, a doutrina, salvo algumas exceções, ainda não abordou o tema com devida atenção. Isso causa um estranhamento, principalmente frente às conseqüências bastante graves que podem surgir no caso concreto, ao se caracterizar uma determinada situação fática de modo equivocado, visto que as conseqüências jurídicas dessas duas relações possuem bastante diferenças. A questão foi, na sua maioria, remetida para solução jurisprudencial, frente apenas aos casos concretos específicos, mas não buscando uma fundamentação teórico-científica na doutrina. Daí a importância de um trabalho versando especificamente sobre esse tema.

Exposto o problema e sua importância, agora demonstraremos como pretendemos solucioná-lo.

O trabalho começará com a análise dos pressupostos, os elementos essenciais, da relação de emprego. Assim, primeiro buscaremos explicar como a relação de emprego se diferencia das demais relações de trabalho. Em seguida, buscaremos na Consolidação das Leis

do Trabalho quais são os pressupostos da relação de emprego, encontrados, de forma indireta, nos elementos necessários a configuração da figura do empregador e do empregado, sujeitos dessa relação. Encontrados esses pressupostos, faremos uma análise do conteúdo de cada um deles.

Em seguida, faremos análise parecida em relação aos pressupostos da representação comercial. Em primeiro lugar, buscaremos qual o diploma legal que versa sobre essa relação, frente ao conflito existente entre o Código Civil de 2002, que regula o contrato de agência, e a Lei 4.886/65, que regula o contrato de representação comercial. Veremos que o contrato de agência e de representação comercial, embora assemelhados, não são o mesmo contrato. Não analisaremos, contudo, como o contrato de representação comercial se relaciona com outros contratos comerciais próximos a ele, como a comissão mercantil e a distribuição. Isso porque a doutrina já definiu, com bastante segurança, como fazer essa diferenciação, tornando-se uma demasia simplesmente repeti-la.

Definido nosso campo de análise, a Lei 4.886/65, em relação ao contrato de representação comercial, buscaremos nessa Lei os pressupostos desse contrato. Analisaremos algumas questões fundamentais à compreensão desse contrato e ao encontro de seus pressupostos. Em seguida, faremos uma determinação do conteúdo de cada um desses pressupostos.

Por fim, faremos a comparação dos pressupostos dessas duas relações. Assim, conseguiremos identificar quais as diferenças essenciais entre elas, determinantes para a correta análise de um caso concreto que enfrente o problema de qualificação de uma determinada relação fática. Dessa análise resultará que a diferença fundamental entre a relação de emprego e a representação comercial se situa na dicotomia autonomia e subordinação. Frente a isso, tentaremos encontrar elementos que sirvam para concretizar o conteúdo desses dois conceitos no âmbito específico da prestação típica do contrato de representação comercial, a mediação de negócios. Dessa concretização resultará uma forma de abordar os casos concretos na busca de autonomia ou subordinação.

Como esse trabalho se propõe a manter sua análise no suporte fático das normas, principalmente nos pressupostos de duas relações distintas, ele não versará sobre as conseqüências jurídicas de cada uma dessas relações. Buscamos solucionar questões referentes a configuração de relações distintas, não sobre quais os efeitos que decorrerão da configuração de cada uma delas. Esse âmbito extravasa os propósitos desse trabalho e deve ser buscado em outras fontes.

Da mesma forma, não analisaremos a questão central desse trabalho sobre a ótica jurisprudencial. Esse trabalho se manterá na busca de critérios teórico-científicos que possam ajudar a solução de casos concretos, demonstrando como os elementos fáticos presentes nesses casos podem revelar a configuração da relação de emprego ou da representação comercial. Contudo, não buscaremos fazer um apanhado de indícios que costumam se revelar em casos concretos e que apontam para uma das relações, o que não seria uma solução definitiva. Tentaremos mostrar como esses indícios devem ser interpretados e o que eles devem provar, de modo a tornar essa pesquisa útil para a solução de qualquer caso concreto, não importando sua peculiaridade.

1 CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

1.1 A Relação de Emprego como Espécie das Relações de Trabalho

Como passo inicial dessa monografia, devemos proceder à delimitação precisa das relações jurídicas cuja comparação entre os respectivos pressupostos de configuração será nosso propósito final. Dessa forma, cabe-nos, nesse primeiro capítulo, diferenciar a relação de emprego das demais relações com ela assemelhadas, que ficam englobadas no gênero relações de trabalho.

O trabalho humano, como fenômeno social, pode ser prestado de várias maneiras, que o direito se encarrega de diferenciar e classificar, regulando também, então, os efeitos jurídicos oriundos de cada uma dessas relações, que também terão suas particularidades¹. Como afirma Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “*o regime jurídico da atividade humana reparte-se, em cada país, por diferentes campos de disciplinação legal*”². Portanto, para procedermos a uma especificação de uma relação jurídica frente a outras, é necessário indicar qual o regime jurídico a que está submetida, do qual tirará os pressupostos de sua configuração e onde estarão previstas as consequências jurídicas a ela aplicáveis.

A ciência do direito encontra clara diferenciação entre a relação de trabalho e a relação de emprego³. A relação de trabalho possui caráter genérico, se referindo a todas as relações jurídicas que se caracterizam por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Assim, se refere a todas as formas de contratação de trabalho humano possíveis pelo ordenamento jurídico, nas suas mais diversas formas. Relação de trabalho é, portanto, gênero, limitado pela significação da palavra trabalho, que podemos conceituar, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “*como o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim*”⁴. A relação de

¹ SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2004, p. 13.

² VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 125

³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 265.

⁴ DELGADO, 2009, p. 265-266

emprego, de outro lado, é espécie desse gênero, assim como o é as relações de trabalho autônomo, entre outras.

Sendo assim, quando desejamos utilizar uma terminologia técnica-jurídica, a relação de emprego é apenas uma das espécies de relação de trabalho juridicamente configuradas. Possui tipificação legal própria e específica, não se confundindo com as demais modalidades de relação de trabalho vigentes⁵. É comum a afirmação na doutrina brasileira que o Direito do Trabalho, ramo autônomo da ciência jurídica, encontra na relação de emprego o seu objeto próprio e principal de estudo, do qual, inclusive, retira sua autonomia⁶. Isso se deve à relevância que essa modalidade de pactuação de prestação de trabalho possui do ponto de vista econômico-social e a sua singularidade, que a torna incompatível com outras disciplinas jurídicas, o que demonstra a necessidade de uma teorização própria⁷. A mencionada relevância social dessa relação específica fez com que se firmasse, na tradição jurídica, a tendência de se designar a espécie mais importante, a relação de emprego, pela denominação cabível ao gênero, relação de trabalho⁸. Independente de qualquer valoração a respeito dessa tendência, ela se presta a demonstrar a devida importância da diferenciação agora feita.

Tradicionalmente, aponta-se como principal característica da relação de emprego, aquela que lhe dá a sua especificidade frente às outras formas de relação de trabalho, a existência da subordinação na prestação⁹. O ato-fato básico que demonstra a existência de uma relação de emprego é a prestação de trabalho voluntário, de alguém a outrem, sob subordinação¹⁰.

Feita essas considerações iniciais, devemos proceder agora à análise de como se dá a configuração da relação de emprego em suas particularidades, diferenciando-a, assim, das demais espécies existentes de relações de trabalho. Isso nos fornecerá os pressupostos para a futura comparação a que esse trabalho se propõe.

⁵ DELGADO, 2009, p. 266.

⁶ CATHARINO, José Martins. *Compêndio Universitário de Direito do Trabalho*, Vol. I. São Paulo; Editora Jurídica e Universitária, 1972, p. 50-53; CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 185-186; DELGADO, 2009, p. 266; entre outros.

⁷ CAMINO, 2004, p. 185-186.

⁸ DELGADO, 2009, p. 266. A confusão terminológica também é agravada pelo fato de o contrato identificado com a relação de emprego, na terminologia da CLT, ser chamado *contrato de trabalho*.

⁹ SILVA, 2004, p. 13. Apesar disso, não é correto afirmar ser a relação de emprego a única forma de prestação de trabalho subordinado existente no ordenamento jurídico brasileiro. Podemos também referir a existência de trabalho subordinado em regime diferenciado, como o doméstico e o rural (SILVA, 2004, p. 29-45), e formas de trabalho subordinado atípico, como o eventual e o avulso (SILVA, 2004, p. 46-59).

¹⁰ VILHENA, 2005, p. 395.

1.2 A Configuração da Relação de Emprego

1.2.1 Pressupostos e Requisitos da Relação de Emprego

Uma análise da configuração de uma relação jurídica deve incidir sobre a verificação de quais são os seus pressupostos. Pressupostos, aqui, está utilizado em acepção específica, seguindo a compreensão de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena¹¹, qual seja, os elementos essenciais¹², ou, em terminologia mais técnica, os suportes-de-fato¹³, que atraem a incidência da regra legal. São previsões hipotéticas encontradas na norma jurídica que, ao encontrarem coincidência no mundo dos fatos, determinarão a incidência das conseqüências jurídicas previstas na mesma¹⁴.

Ou seja, os pressupostos da relação de emprego são aqueles elementos previstos na norma jurídica que, na análise da situação fática em questão, terão de ser preenchidos (deverá ser encontrada correspondência entre os fatos e a previsão hipotética da norma jurídica), para que se possa afirmar que ali se encontra uma relação de emprego e que as conseqüências jurídicas que dela decorrem possam ser, portanto, aplicadas no caso.

Diferem-se dos pressupostos os requisitos da relação de emprego. Estes dependem daqueles, pois só aparecem quando a relação jurídica já está configurada, ou seja, quando seus pressupostos, os elementos fáticos e jurídicos que permitem que se conceba uma determinada relação como jurídica, já existem¹⁵. Isso porque os requisitos se referem ao contrato de trabalho, ou seja, momento posterior a relação de emprego, que pressupõe sua configuração¹⁶. Em uma analogia com a conhecida teoria dos três planos do negócio jurídico, podemos afirmar que os pressupostos encontram-se no plano da análise da existência da relação de emprego, enquanto os requisitos encontram-se no plano da validade do contrato de trabalho¹⁷.

¹¹ VILHENA, 2005, p. 383-396. Existem outras denominações na doutrina entre aqueles autores que atentam para essa importante questão: Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2009, p. 269 e 283), fazendo menção à terminologia utilizada por Vilhena, prefere utilizar os termos “*elementos fático-jurídicos*” e “*elementos jurídicos-formais*” para os pressupostos e requisitos, respectivamente. Preferimos, porém, a utilização da terminologia de Vilhena, que nos parece mais acurada

¹² Pressuposto, inclusive, já indica essencialidade. VILHENA, 2005, p. 394.

¹³ Do alemão, *tatbestanden*. VILHENA, 2005, p. 383.

¹⁴ VILHENA, 2005, p. 388.

¹⁵ VILHENA, 2005, p. 393.

¹⁶ Para isso, ver ponto 1.2.2 abaixo.

¹⁷ DELGADO, 2009, p. 283.

Esta diferenciação é importante para esse trabalho, pois nossa análise se deterá apenas nos pressupostos da relação de emprego, não em seus requisitos. Interessa-nos a questão de quais os elementos fáticos e jurídicos estritamente necessários para que possa se afirmar que se está diante de uma relação de emprego, na análise de uma situação fática determinada. A questão a respeito da existência dos requisitos essenciais para que as conseqüências jurídicas do contrato de trabalho possam ser aplicadas, ou seja, se esse contrato pode ser considerado válido, ou até mesmo a questão a respeito de quais são, efetivamente, essas conseqüências jurídicas, extravasam nosso tema. Assim sendo, a importância da diferenciação entre pressupostos e requisitos evidencia-se.

1.2.2 Pressupostos da Relação de Emprego – Análise Legal

Depois da análise inicial do significado que se atribui ao termo “pressuposto” nesse trabalho e demonstrada sua importância, passamos agora a efetiva discriminação de quais são os pressupostos da relação de emprego. Como afirmamos acima, os pressupostos se encontram na norma jurídica, em previsão hipotética, buscando uma concretização no mundo dos fatos para que se configure a relação que prevêm.

No caso específico da relação de emprego, esses pressupostos serão encontrados no texto do Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943 que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 1º da CLT¹⁸ dá o seu campo de captação normativa¹⁹, no qual se inclui a relação de emprego, que é, inclusive, a mais relevante das relações jurídicas por ela abrangidas.

O quadro dos pressupostos normativos da relação de emprego é encontrado nos artigos 2º e 3º da CLT, com imediato desdobramento no disposto no artigo 442²⁰.

¹⁸ “Art. 1º - Esta Consolidação estatui as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas”.

¹⁹ Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena corretamente demonstra que esse artigo pode ser submetido a críticas em duas aproximações: por um lado, a CLT estatui e prevê mais do que declara, pois não abrange apenas a disciplina individual e coletiva do trabalho. Exemplos dessa maior abrangência são disposições de Direito Administrativo do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Por outro lado, também prevê e estatui menos do que supõe, nos casos de Leis Complementares que estendem a aplicação de seus dispositivos a situações que não se encontram diretamente colhidas em seu feixe de normas. VILHENA, 2005, p. 118-120.

²⁰ VILHENA, 2005, p. 121.

O mencionado artigo 442²¹, que institui uma correspondência entre contrato de trabalho e relação de emprego, encontra severas críticas na doutrina trabalhista brasileira. Martins Catharino afirma que esse dispositivo legal nada contém sobre como se caracteriza a relação de emprego, visto que apenas a equivale ao contrato de trabalho, concluindo por referi-la como pseudo-definição e pela necessidade de busca dos pressupostos da relação de emprego em disposição diversa²². Orlando Gomes e Elson Gottschalk afirmam ser o conceito formulado nesse artigo (referindo-se ao contrato de trabalho) insustentável, pois incorreria em uma redundância. Se a existência da relação de emprego implica, *ipso facto*, a presença do contrato de trabalho, toda a relação dessa natureza é, invariavelmente, contratual. Sendo assim, a correspondência entre esses dois conceitos é logicamente necessária, tendo sido salientada redundantemente pelo legislador²³.

Sem entrar em maiores discussões a respeito da impropriedade técnica desse artigo, preferimos abordar apenas as conseqüências jurídicas que dele decorrem. Nesse caso, buscamos o que o legislador quis sustentar com a inclusão desse artigo, para tentar encontrar sua correta interpretação. Para isso, recorreremos aos ensinamentos de Arnaldo Süssekind, que, além de seu saber jurídico, participou da Comissão que redigiu o texto da CLT, contribuindo para a autoridade de sua argumentação. Ele afirma que esse dispositivo, conjuntamente com o artigo 443, procura despír o contrato de trabalho das formalidades exigidas para outros negócios jurídicos. Ao mesmo tempo, afirma sua existência sempre que a relação fática de trabalho revele os elementos caracterizadores da relação de emprego²⁴. A própria exposição de motivos da CLT afirma expressamente esse posicionamento²⁵.

A interpretação desse dispositivo será de suma importância no decorrer de nosso trabalho, pois permite que haja relação de emprego (havendo, assim, tutela pelas leis trabalhistas) mesmo que não haja contrato de trabalho em uma determinada situação fática analisada. Ou seja, além da aplicação evidente das normas trabalhistas para os casos em que

²¹ “Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

²² CATHARINO, 1972, p. 255.

²³ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Edson. Curso de Direito do Trabalho. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

²⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 210. A CLT adotou, então, nas palavras do autor, a teoria do *Contrato Realidade*.

²⁵ Ver itens 42-46 da exposição de motivos da CLT. Martins Catharino afirma que da análise da exposição de motivos da CLT é possível se extrair a filiação do seu texto ao *institucionalismo moderado*, em relação à natureza jurídica da relação de emprego. Essa corrente sustentaria que a relação jurídica de emprego formalmente continua contratual, mas substancialmente teria natureza institucional. Isso teria decorrido do ecletismo ideológico que existia na composição da Comissão, e que inspirou essa definição legal. CATHARINO, José Martins. Contrato de Emprego. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1965, p. 17-18. Para o tema da natureza jurídica da relação de emprego, que não abordaremos com maior profundidade nesse trabalho, ver RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho. 2. ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2009, p. 435.

existe um contrato formal de emprego, elas também serão aplicadas nos casos concretos em que se encontrem os pressupostos da relação de emprego, pois o contrato será presumido²⁶.

Os pressupostos para a configuração da relação de emprego se encontram nos artigos 2º e 3º da CLT. Essa configuração, porém, é feita de modo indireto, visto que esses artigos não definem a relação de emprego, e sim seus sujeitos, o *empregador* e o *empregado*, respectivamente. A relação de emprego decorrerá do desdobramento das figuras do empregador e do empregado²⁷. Havendo, em uma relação, um empregado e um empregador, estando configurados os pressupostos de cada um desses sujeitos previstos nos artigos acima²⁸, essa relação será de emprego.

Importante referir que essa interdependência entre empregador e empregado deve ser tomada como absoluta. Não conseguirá se definir um se abstraindo do outro²⁹. Na busca da configuração de uma relação de emprego, portanto, deve-se procurar a existência desses dois sujeitos, visto que um não existe sem o outro.

Os conceitos de empregador e de empregado são de importância decisiva para o Direito do Trabalho, porque será sobre eles, e sobre a relação em que eles são sujeitos, que se construirá toda a estrutura normativa que sustenta a especialização desse ramo do Direito³⁰. Também são conceitos fundamentais para o objetivo desse trabalho. Dessa forma, passaremos agora a uma análise detalhada dos pressupostos para a configuração desses sujeitos que, tomados em conjunto, resultarão nos pressupostos da relação de emprego.

1.3 O Empregador

O empregador é um dos sujeitos da relação de emprego. Seu conceito e, conseqüentemente, seus pressupostos, se encontram no artigo 2º da CLT³¹.

²⁶ CATHARINO, 1965, p. 18-19.

²⁷ VILHENA, 2005, p. 137.

²⁸ A análise dos artigos 2º e 3º nos revela a perfeita correspondência conceitual entre esses dois sujeitos. CAMINO, 2004, p. 186.

²⁹ VILHENA, 2005, p. 139.

³⁰ VILHENA, 2005, p. 137.

³¹ “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena afirma que esse artigo impõe sua análise por dois prismas distintos, porém interligados. Além disso, os planos de sua visualização devem ser considerados estática e dinamicamente, ou seja, quanto à inter-relação. Disso decorreria um terceiro prisma de análise, implicada na segunda³².

O primeiro prisma seria a qualificação do empregador como pessoa, como ser. Essa personificação é jurídica, ou seja, o empregador é considerado sujeito de direito, o que implica na *titularidade* e na *responsabilidade*³³.

O segundo prisma seria o do ser como atividade, que decorreria do exercício da vida jurídica do empregador³⁴. Essa atividade é a econômica ou a que se lhe equipare para esse fim³⁵.

O terceiro é o analisado de forma dinâmica, já no campo das inter-relações ou relações jurídicas. Supondo-se a atividade que lhe é típica, o empregador mantém uma especial forma de relação com outras pessoas. Isso pode ser extraído da análise da parte final do *caput* do artigo 2º e na sua contraposição com o artigo 3º.

Nas palavras de Vilhena: “*Temos assim: 1º) o ser, como tal, a natureza ôntica de empregador; 2º) o ser como atividade; 3º) o ser fisionomizado por determinada posição que ocupa em uma relação jurídica*”³⁶.

Para nosso trabalho, a análise mais importante será a do empregador fisionomizado.

Essa fisionomização parte de uma posição contraposta. A lei traz suposta uma relação de fato que, encontrando correspondência na realidade, se juridiciza. Assim, no outro pólo da relação deverá figurar necessariamente o empregado. São imagens que se complementam³⁷. Daí nasce a interdependência entre esses conceitos mencionada acima.

Importante notar a relevância do princípio realístico da relação de emprego quando da busca de sua existência para a aplicação ou não das normas de tutela trabalhista. Por esse princípio, a aplicação dessas normas e de seus efeitos decorrerá do *ato-fato-trabalho-por-Conta-de-outrem*, em forma subordinativa, e não do que pretenderam as partes da relação. Isso

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

³² VILHENA, 2005, p. 138-139.

³³ VILHENA, 2005, p. 142 e seguintes.

³⁴ VILHENA, 2005, p. 209.

³⁵ §1º do Art. 2º da CLT.

³⁶ VILHENA, 2005, p. 139.

³⁷ VILHENA, 2005, p. 210.

leva Vilhena a afirmar “*as conseqüências jurídicas extraem-se, diretamente, da lei sobre os fatos e não da vontade das partes*”³⁸”.

Havendo correspondência entre a lei e a vontade das partes, nada precisa ser destacado, essas terão constituído um contrato de trabalho regido pela legislação trabalhista. Porém, não havendo coincidência, prevalecerá a lei. Ainda que não haja manifestação de vontade nessa direção pelas partes, haverá relação de emprego e, conseqüentemente, serão aplicadas as leis trabalhistas³⁹.

Assim, os elementos formais⁴⁰ têm papel secundário, se não coincidem com a realidade fática⁴¹. Cabe destacar que em muitas ocasiões esses elementos se prestam à simulação, à fraude, a uma tentativa de fuga ao Direito do Trabalho.

Feitas essas considerações de imensa relevância para nosso tema, vamos agora à análise dos pressupostos específicos da conceituação do empregador, previstos no artigo 2º da CLT. Baseados no texto do referido artigo, trataremos do empregador como empresa, a necessidade de assunção dos riscos econômicos, o empregador e a admissão e o empregador e o poder diretivo. As questões a respeito do salário e da prestação pessoal de serviços a que se refere o artigo serão analisadas nos seus contrapontos quando tratarmos da figura do empregado, respectivamente, a onerosidade e a pessoalidade.

1.3.1 O empregador como empresa

A parte inicial do artigo 2º é uma das que mais causam controvérsia. Isso advém do fato do fenômeno sócio-econômico da empresa ser alvo de inúmeras discussões acerca de como o direito deve apreendê-lo, do sentido específico que o conceito de empresa tem para o direito do trabalho, do fato que esse conceito vai variar baseado na concepção que se tem da natureza da relação de emprego e da ideologia defendida por quem a analisa e por sua imprecisão técnica, defendida por muitos. Sintetizando, não é um tema fácil de ser abordado.

³⁸ VILHENA, 2005, p. 210.

³⁹ VILHENA, 2005, p. 210-211. Vilhena argumenta a qualificação dos sujeitos como empregado e empregador traz conseqüências que superam as suas respectivas esferas jurídicas, afetando outras áreas de interesse jurídico, tais como a do INSS e a do FGTS.

⁴⁰ Carteira de Trabalho não assinada, registro como autônomo, recolhimento de imposto municipal sobre serviço de qualquer natureza, etc.

⁴¹ Para uma análise a respeito das conseqüências jurídicas dos elementos formais em uma relação, ver ponto 3.2.1.

Começaremos nossa análise com duas afirmações, que defendemos, mas que vão encontrar posicionamentos diferentes em vários autores⁴². Primeiro, que o conceito de empresa, para o direito, não se confunde com seu conceito econômico, possuindo, inclusive, significação diversa dependendo do ramo da ciência jurídica que o analisa, dentre eles o Direito do Trabalho⁴³. Segundo, que, ainda quando reduzido o objeto de análise de empresa para a empresa no direito do trabalho, ainda assim a Lei se utilizará de sentidos diversos para esse tema⁴⁴.

Evaristo de Moraes Filho, em obra que trata da relação entre empresa e contrato de trabalho, afirma que a diversidade de conceitos de empresa para os diversos ramos do direito advém do fato de existirem finalidades diferentes por trás de cada conceituação. Segundo o autor, os dois primeiros ramos do direito que resolveram tratar da empresa com um sentido maior que meramente o de organização de coisas para a produção foi o Fiscal e o do Trabalho, justamente porque o Estado tinha interesses diretos a serem realizados nesses campos⁴⁵. Porém, essas finalidades eram diversas. Se no Direito Fiscal o interesse maior se encontra nas rendas do Estado, no Direito do Trabalho ele será o de consecução da paz social, de maior entrosamento entre as classes sociais, tendo em vista o bem estar coletivo e a própria produção nacional⁴⁶.

Afirma o mesmo autor:

A empresa passou a ser vista, não mais partindo de cima, do seu organizador, titular ou proprietário, mas também, e principalmente, do lado de baixo, daqueles que nela colaboram, lhe fazem fortuna, lhe incorporam a sua atividade e sua força de trabalho, mas sem maiores títulos jurídicos ou econômicos além dessa simples colaboração que permanece estranha.

O direito do trabalho ocupa-se, como o comercial, com a empresa, mas o seu objeto de tutela não é diretamente esse conjunto de bens, é o homem que nele se encontra, é o que vive num regime de subordinação dentro dele⁴⁷.

⁴² Infelizmente, a dimensão desse trabalho, bem como a delimitação de seu tema, não permitem que abordemos esse assunto com a profundidade que lhe seria devida. As referências bibliográficas citadas se prestam a aclarar mais essas controvérsias.

⁴³ Posição defendida por autores como: MORAES FILHO, Evaristo de. Do contrato de trabalho como elemento da empresa. São Paulo: LTr, 1993, p. 167; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 114; VILHENA, 2005, p. 212.

⁴⁴ Posição defendida por autores como: VILHENA, 2005, p. 213; baseado em famoso estudo de Asquini, VERÇOSA, 2004, p. 147; BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 375.

⁴⁵ MORAES FILHO, 1993, p. 167.

⁴⁶ MORAES FILHO, 1993, p. 168.

⁴⁷ MORAES FILHO, 1993, p. 168.

Porém, mesmo quando observada desse mesmo ponto de vista, a empresa não alcançava unidade conceitual. Ele fala em um verdadeiro *relativismo conceitual* que decorre, em grande parte, da grande influência das ideologias nesse exame e da facilidade de se passar, quando da conceituação, para uma análise do ideal, distanciada da realidade do fato observado. E o que esses conceitos diversos têm em comum é apenas a referência a mesma unidade de produção econômica, a empresa⁴⁸.

Ou seja, analisar o conceito de empresa, ainda que limitado apenas ao campo do Direito do Trabalho, é tarefa árdua, fora do alcance desse trabalho. O que se tentará esclarecer é qual o significado do termo empresa no artigo 2º da CLT, no qual ela é utilizada como elemento inicial e abrangente da qualificação de empregador⁴⁹.

Descarta-se inicialmente a abordagem, a nosso ver, simplista de considerar a utilização do termo empresa como mero equívoco técnico do legislador, que tentara equiparar o empregador ao empresário individual ou a sociedade empresária⁵⁰. Não é esse o caso, pois além de desconsiderar os termos utilizados pelo legislador na redação do artigo, essa interpretação acabaria por restringir o campo de aplicação das leis trabalhistas apenas para os casos em que o empregador também se incluísse no conceito de empresário, encontrado no artigo 966 do Código Civil.

Martins Catharino sustenta que o legislador, na tendência de teorias personalizantes da empresa, adotou a técnica da equiparação do objeto ao sujeito, para melhor proteção do empregado⁵¹. Assim, como, em última instância, são os bens do devedor que garantem, efetivamente, as obrigações por ele contraídas, como os créditos trabalhistas, no caso da empresa, sua universalidade de bens seria visada, pouco importando, inclusive, uma mudança de sua titularidade⁵².

Apesar de concordarmos que, de fato, a equiparação do empregador a empresa acaba por aumentar a tutela jurídica do trabalhador, não concordamos que essa consequência advém de uma subjetivação da empresa. O legislador, ao redigir o artigo 2º da CLT, reconheceu o fato social e econômico, de imensa relevância jurídica, que tem a empresa no mundo moderno, sendo a mais importante das manifestações de relação de emprego privada a que se dá dentro dela⁵³. Ao ser contratado, o empregado não será considerado de forma isolada, ele “*encontra um organismo em pleno funcionamento, com unidade objetiva, possibilidade de*

⁴⁸ MORAES FILHO, 1993, p. 169-170.

⁴⁹ VILHENA, 2005, p. 211.

⁵⁰ VERÇOSA, 2004, p. 147.

⁵¹ CATHARINO, 1972, p. 131-132.

⁵² CATHARINO, 1972, p. 132.

⁵³ MORAES FILHO, 1993, p. 240.

*vida própria, constituído de coisas de bens e de pessoas*⁵⁴”. O contrato de trabalho será elemento da empresa, devendo sua prestação se inserir no quadro organizativo da produção⁵⁵.

Nas palavras de Evaristo de Moraes Filho:

As prestações das energias do trabalho não é um dado isolado, não possui valor autônomo, já que sua importância decorre do fato que se justapõe à de outros, com as quais se coordena e se harmoniza. A sua utilidade é constituída precisamente por esse acréscimo que proporciona à produção da empresa, de cujo conjunto, do complexo das várias prestações coordenadas, depende o interesse a que se propõe o empresário⁵⁶.

E isso não está baseado na adoção de uma determinada teoria, contratualista ou anticontratualista⁵⁷. É apenas a exposição de um fato: “*o da relevância da empresa para os efeitos da própria vida do contrato de trabalho, como um organismo no qual ele se insere*⁵⁸”.

Porém, do reconhecimento desse fato objetivo para a subjetivação da empresa há um grande passo⁵⁹. O exposto anteriormente não conclui pela personificação da empresa como sujeito de direito. Nesse ponto, parece-nos que o legislador se utilizou de uma figura retórica, assimilando a empresa ao empregador pelos efeitos práticos que daí advém, como o artigo 448 da CLT⁶⁰. Inclusive, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena sustenta que a consequência jurídica desse artigo mencionado não se deve a uma personificação da empresa, sendo, na verdade, uma forma de comunicação de responsabilidade entre sujeitos empresários prevista pela CLT. Essa comunicação seria uma extensão e intensificação da responsabilidade, que se processaria através do suposto objetivo, a empresa, não importando quais sejam seus titulares. Assim, afirma que “*o efeito personalizante não se dá na empresa, como se costuma sustentar, porém, na própria pessoa, como um plus*⁶¹”.

Assim, queda demonstrado como o artigo 2º da CLT, embora não tenha chegado ao extremo de incorporar uma teoria subjetiva da empresa ao ordenamento jurídico brasileiro, ao menos demonstra a grande importância da empresa, como elemento econômico e social, para o direito do trabalho.

⁵⁴ MORAES FILHO, 1993, p. 241.

⁵⁵ MORAES FILHO, 1993, p. 244.

⁵⁶ MORAES FILHO, 1993, p. 244-245.

⁵⁷ MORAES FILHO, 1993, p. 244.

⁵⁸ MORAES FILHO, 1993, p. 244.

⁵⁹ MORAES FILHO, 1993, p. 246.

⁶⁰ “Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos”.

⁶¹ VILHENA, 2005, p. 222-223.

1.3.2 O Empregador e a Assunção dos Riscos da Atividade Econômica

A capacidade de assumir os riscos da atividade econômica talvez seja o principal traço fisionomizador da figura do empregador⁶². Isso decorre do fato que a posição de empregador, essa *qualitas iuris*⁶³, decorre de sua aptidão para empreender atividade econômica por sua conta e risco, utilizando, no caso da existência de relação de emprego, a força de trabalho do empregado, como a faculdade de comandar a sua prestação pessoal de serviços. E isso pressupõe auto-suficiência econômica⁶⁴.

Mas deve ser feita a ressalva de que a expressão econômica não deve ser interpretada de forma estreita, assimilando-a a lucrativa⁶⁵. Participando o trabalhador de uma atividade, incorporada em uma unidade organizada, que se utilizará desse trabalho na realização de certos fins, não será a espécie de meios, a natureza desses fins, sejam eles ideais ou materiais, ou o caráter egoístico e altruístico do empreendimento excludentes da relação de emprego⁶⁶.

Assim afirma Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena:

A atividade econômica não se circunscreve ao núcleo industrial, agrícola ou comercial, tomado aqui como empresa em sentido estrito. Aloja-se em qualquer outra forma de atividade, individual ou coletiva, institucionalizada ou não e deve amplamente ser considerada, para fins da qualificação de empregador⁶⁷.

Assim sendo, esse pressuposto necessário a configuração de empregador acabará desfigurando a relação de emprego apenas em algumas situações de exceção. Interpretando corretamente as expressões da lei, ele será encontrado na grande maioria das situações fáticas analisadas.

⁶² É o que sustenta, por exemplo: CAMINO, 2004, p. 195. O assalariamento, a direção e a admissão são, para ela, mera consequência dessa condição.

⁶³ VILHENA, 2005, p. 139.

⁶⁴ CAMINO, 2004, p. 186-187.

⁶⁵ Mesmo sendo o lucro, ou pelo menos o equilíbrio financeiro, inerente a sobrevivência de qualquer atividade econômica. VILHENA, 2005, p. 214.

⁶⁶ VILHENA, 2005, p. 220.

⁶⁷ VILHENA, 2005, p. 221.

1.3.3 Empregador e Admissão

A relação de emprego independe, para se configurar, de ato formal ou expresso de admissão. Como já referido acima, a adoção da CLT a teoria do contrato realidade faz com que o contrato de trabalho se forme quando configurados os pressupostos da relação de emprego⁶⁸. Sendo assim, a admissão do empregado, por parte do empregador, em um ato que a fisionomize, não pode ser considerada como pressuposto necessário da relação de emprego. Ela será presumida, estando configurada a relação de emprego, na análise do caso concreto.

Estando inserido o trabalhador, passando sua atividade a integrar a da empresa, o quadro jurídico da relação de emprego se desencadeará. Mesmo não ocorridos os suportes formais da admissão, a substância da relação de emprego, baseada no *ato-fato-trabalho* com determinadas características, irá se declarar abertamente⁶⁹.

1.3.4 Empregador e Poder Diretivo

A noção jurídica de empregador se extrai de um elemento decisivo, qual seja, a direção⁷⁰.

Empregador é quem detém, em *ultima ratio*⁷¹, em uma empresa (na acepção ampla exposta acima), o poder de direção⁷². Será a pessoa que detém o negócio ou que explora a atividade econômica e coincidirá com aquela que lhe colhe os resultados⁷³. Esse poder diretivo decorrerá, portanto, da assunção dos riscos da atividade econômica⁷⁴.

A empresa pode ser analisada sob dois enfoques diferentes: externamente, ela realizará fins. Internamente, se organizará e operará. Para que esses fins, externos, sejam alcançados, a empresa deve possuir coordenação, harmonia nas ações de sua vida interna. Ou seja, deverá

⁶⁸ VILHENA, 2005, p. 234.

⁶⁹ VILHENA, 2005, p. 246.

⁷⁰ VILHENA, 2005, p. 254.

⁷¹ Isso porque também acontece de empregados dirigirem, ou melhor, sub-dirigirem, dentro do fenômeno dinâmico da hierarquia empresarial.

⁷² O poder de diretivo é uma das dimensões de um poder mais amplo do empregador, que lhe dá uma série de direitos frente ao empregado. Quando nos referirmos a esse poder mais amplo, será utilizada a expressão “poder empregatício”, baseado em terminologia adotada por Maurício Godinho Delgado. Para isso, DELGADO, 2009, p. 590-591.

⁷³ VILHENA, 2005, p. 254.

⁷⁴ VILHENA, 2005, p. 253.

possuir requisitos mínimos de organização e integração. E isso quem garantirá é o empregador, o dirigente ou dirigentes da empresa⁷⁵.

Embora seja o poder diretivo tema dos mais relevantes, analisado sob diversos ângulos, inclusive os de sua limitação, por tratar-se de um poder-função, o nosso ponto de vista, qual seja, o do poder diretivo como pressuposto da relação de emprego, já será analisado quando se tratar da subordinação, sua correspondência na figura do empregado. Assim, trataremos do tema com mais profundidade a seguir.

1.4 O Empregado

O empregado, definido em seus suportes estritos e taxativos⁷⁶, pelo artigo 3º da CLT⁷⁷ é o suporte conceitual da tutela jurídica que reveste a relação de emprego⁷⁸.

É nos pressupostos para a configuração do empregado que a maioria da doutrina e jurisprudência se detém exclusivamente ou mais profundamente, quando da análise da existência ou não da relação de emprego. Isso se explica, em parte, pelo fato de não existirem figuras contrapostas ou correlatas a do empregador, enquanto, aproximando-se do empregado, existem os autônomos, os avulsos, os eventuais, dentre outros prestadores de trabalho ou serviço existentes no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁹.

A grande maioria da doutrina, ao analisar o artigo 3º da CLT, encontra quatro pressupostos da configuração de empregado, qual sejam a pessoalidade, a não-eventualidade, a onerosidade e a subordinação. Partiremos, agora, a análise de cada um deles.

⁷⁵ VILHENA, 2005, p. 254-255.

⁷⁶ VILHENA, 2005, p. 368.

⁷⁷ “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

⁷⁸ VILHENA, 2005, p. 372.

⁷⁹ VILHENA, 2005, p. 372-373.

1.4.1 A Pessoalidade

O pressuposto da pessoalidade é extraído do início do artigo 3º da CLT em conjunto com o final do artigo 2º. Alguns autores preferem separar a necessidade de pessoalidade na relação de emprego da necessidade de que ela seja prestada por pessoa física, tratando-as como pressupostos diferentes⁸⁰.

Inicialmente, decorre da pessoalidade que o trabalho prestado na relação de emprego o seja por pessoa física. Isso decorre do fato de que os bens jurídicos que justificam a tutela do Direito do Trabalho importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoa jurídica⁸¹.

Assim, não haverá relação de emprego no caso de prestação de serviço por pessoa jurídica⁸². Obviamente que a utilização de roupagem de pessoa jurídica para acobertar uma efetiva prestação de serviços por pessoa física específica não vai impedir a caracterização da relação de emprego, havendo os outros pressupostos necessários.

A outra consequência do pressuposto da pessoalidade é que, para que se configure a relação de emprego, o empregado deve prestar os serviços pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com aquiescência do empregador⁸³ ou outras situações que não suprimam a pessoalidade da relação, como as substituições normativamente autorizadas⁸⁴. É o caráter *intuitu personae* do contrato de trabalho por parte do empregado, amplamente reconhecido na doutrina⁸⁵.

Essa consequência da pessoalidade decorre da infungibilidade da prestação laboral. Como o objeto do contrato de trabalho não é o resultado deste, e sim o próprio ato de trabalhar, não há como dissociar o objeto do sujeito⁸⁶.

Amauri Mascaro Nascimento frisa esses três sentidos da pessoalidade, a *infungibilidade*, de onde decorre a natureza personalíssima do contrato de trabalho para o empregador; a *indissociabilidade* entre o empregado e o trabalho que presta, pois a prestação do contrato é a própria atividade de quem a presta, sendo esse o aspecto que mais destaca a singularidade do contrato de trabalho; e a *personalidade*, pois, na medida em que o

⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 592; DELGADO, Maurício Godinho, 2009, p. 270-271.

⁸¹ DELGADO, 2009, p. 270.

⁸² DELGADO, 2009, p. 271.

⁸³ BARROS, 2009, p. 264.

⁸⁴ DELGADO, 2009, p. 271-272.

⁸⁵ Por todos, GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 81.

⁸⁶ CAMINO, 2004, p. 194.

empregado empenha a sua própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, ele merece direitos básicos que protejam a sua dignidade⁸⁷⁸⁸.

Observando a personalidade pela sua condição de pressuposto da condição de empregado, o que mais se ressalta é que essa relação não se dará entre um empregador e uma pessoa em tese, mas que ela se dá entre um empregador e *essa ou aquela pessoa*, um vínculo direto com a empresa, para cada prestador⁸⁹.

1.4.2 A Não-Eventualidade

O pressuposto da não-eventualidade é talvez o mais controvertido da relação de emprego.

A começar pela terminologia. A doutrina, não satisfeita com o critério negativo presente na lei, refere-se a esse pressuposto de diversas formas diferentes, como *continuidade*, *ineventualidade* e *permanência*⁹⁰.

Também no conteúdo desse pressuposto há bastantes divergências, com vários posicionamentos diferentes.

Talvez o único consenso seja o de que a não-eventualidade não é um critério meramente temporal. Mesmo sendo a prestação de trabalho fracionada no tempo, apenas isso não descaracteriza a possível relação de emprego⁹¹. Maurício Godinho Delgado chega a afirmar que a utilização da terminologia *não-eventualidade* por parte do legislador foi uma tentativa expressa de rejeitar a teoria que defende esse posicionamento, *a teoria da descontinuidade*⁹².

Aqui pode se citar a lição de Mario Deveali que, embora se referindo ao ordenamento jurídico argentino, encontra sustento na nossa legislação pátria:

⁸⁷ NASCIMENTO, 2005, p. 594.

⁸⁸ Importante a ressalva feita pro Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena que, em se falando de personalidade não se cogita apenas a tutela do trabalhador ou a tutela do trabalho. Diz ele que a tutela da atividade empresarial também é resguardada por uma série de normas que se dirigem a conduta do empregado. Para isso: VILHENA, 2005, p. 396.

⁸⁹ VILHENA, 2005, p. 397.

⁹⁰ NASCIMENTO, 2005, p. 598.

⁹¹ VILHENA, 2005, p. 405. Para os argumentos por trás dessa conclusão, Vilhena os aborda com maestria, ver: VILHENA, 2005, p. 409-411.

⁹² DELGADO, 2009, p. 274.

El ordenamiento jurídico fija los límites máximos dentro de los cuales puede prestarse el trabajo durante cada día, cada semana y cada año; pero esto no excluye la posibilidad – bastante frecuente en la práctica – de prestaciones que no arriben a tales límites. La continuidad no debe, pues, interpretarse en sentido físico, puesto que en esta hipótesis faltaría en todos los casos mencionados de trabajos limitados a cuarenta horas o cinco días semanales⁹³.

Mas, além dessa afirmação de não ser a não-eventualidade um pressuposto meramente temporal, apenas se encontram dificuldades. Elas são resumidas perfeitamente no questionamento de Martins Catharino: “*O que é eventual? Eventual significa casual, fortuito, que depende de acontecimento incerto. Mas, eventual em função de que e de quem?*”⁹⁴.

A teoria mais aceita no Brasil⁹⁵ trata a não-eventualidade baseado na doutrina mexicana da *natureza do trabalho em função da atividade da empresa*⁹⁶. Para que o trabalho não seja eventual, por essa teoria, basta que ele seja uma necessidade permanente da empresa, ou seja, que não se trate de um serviço meramente acidental, que não faz parte das atividades normais da empresa e cuja repetição só será consequência de um concurso de circunstâncias especiais⁹⁷.

Mozart Victor Russomano critica esse posicionamento, considerando-o “insuficiente”⁹⁸. Afirma que a não-eventualidade não depende apenas de quais as atividades naturais da empresa. Assim, utilizando-se do que chama de “*conceito gramatical*”⁹⁹, eventual seria o trabalho que decorre de acontecimento casual, incerto, fortuito. Seria o serviço que não faz parte da vida normal da empresa, o que não impede que ele esteja essencialmente ligado à existência da empresa¹⁰⁰. Jorge Luiz Souto Maior também possui posicionamento semelhante, afirmando que a não-eventualidade não depende da natureza do serviço. Para ele, eventual, na legislação brasileira, seria o que pode ou não ocorrer, o ocasional, fortuito¹⁰¹.

Em uma terceira posição, Amauri Mascaro Nascimento afirma que eventual é o trabalho que é prestado para destinatários que variam no tempo, embora com continuidade e caráter profissional. Assim, a fixação jurídica do trabalhador a qualquer um deles é

⁹³ DEVEALI, Mario *apud* GRONDA, Juan Ramírez. El contrato de trabajo. In: DEVEALI, Mario (Org.). Tratado de Derecho Del Trabajo. Tomo I. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 1964, p. 432

⁹⁴ CATHARINO, 1972, p. 185.

⁹⁵ Dentre os autores que a defendem: CATHARINO, 1972, p. 185-186; BARROS, 2009, p. 266; GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 82-83; CAMINO, 2004, p. 188-189.

⁹⁶ CATHARINO, 1972, p. 185.

⁹⁷ CATHARINO, 1972, p. 185-186.

⁹⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 1º Vol. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16.

⁹⁹ RUSSOMANO, 1997, p. 16.

¹⁰⁰ RUSSOMANO, 1997, p. 16-17.

¹⁰¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008, p. 50-51.

impossível. Para o pressuposto da não-eventualidade seria necessária, portanto, “*uma certa fixação vinculando o trabalhador à fonte de trabalho*”¹⁰².

Maurício Godinho Delgado propõe uma solução eclética. Frente ao fato de que a utilização de qualquer uma dessas teorias, com exclusão das outras, acabará produzindo resultados concretos distintos em face das situações empíricas enfrentadas pelo aplicador do direito, a conduta mais adequada seria fazer uma

[...] aferição convergente e combinada das distintas teorias em cotejo com o caso concreto estudado, definindo-se a ocorrência ou não da eventualidade pela conjugação predominante de enfoques propiciados pelas distintas teorias¹⁰³.

Sendo assim, embora o autor apresente alguns critérios caracterizadores da não-eventualidade¹⁰⁴, sua aferição só poderá ser feita frente ao caso concreto.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, depois de reconhecer a grande dificuldade do conceito¹⁰⁵, faz menção ao fato de que a tarefa do direito, por excelência, é dessubjetivar as conceituações jurídicas, buscando sempre a maior segurança no desempenho da técnica de aplicação das regras jurídicas¹⁰⁶. Assim, parece-nos que a posição defendida acima pode acabar por deixar a questão ao arbítrio do julgador. Daí que se deve alertar para a maior importância a ser dada aos elementos objetivos da configuração da eventualidade¹⁰⁷.

Podemos listar alguns desses elementos que, nas palavras de Ribeiro de Vilhena, devem ser harmonicamente considerados:

a) Função desempenhada pelo prestador na empresa, se necessária e permanente ou não; b) forma subordinativa ou não da prestação; c) condição social de biscateiro do prestador, que denuncia autonomia negocial; d) ajuste prévio ou não da natureza da prestação; e) serviços estranhos, não só ao curso da atividade empresária como à própria expectativa do credor do trabalho; f) preponderância ou não do resultado a ser alcançado pelo trabalho e não deste como pura atividade¹⁰⁸.

¹⁰² NASCIMENTO, 2005, p. 598

¹⁰³ DELGADO, 2009, p. 273.

¹⁰⁴ DELGADO, 2009, p. 276.

¹⁰⁵ VILHENA, 2005, p. 407.

¹⁰⁶ VILHENA, 2005, p. 409.

¹⁰⁷ VILHENA, 2005, p. 418.

¹⁰⁸ VILHENA, 2005, p. 418.

Mesmo essa breve exposição já foi suficiente para demonstrar a dificuldade desse conceito e as diversas interpretações dadas a ele pela doutrina. Infelizmente, não será possível que nos detenhamos em uma análise mais aprofundada sobre esse assunto.

1.4.3 A Onerosidade

Inicialmente, cabe a crítica a utilização da terminologia salário, tanto no conceito de empregado quanto no de empregador, quando o que se deveria mencionar é a onerosidade da relação de trabalho¹⁰⁹.

Então surge a questão: será a onerosidade um pressuposto da relação de emprego, necessário para a sua configuração, ou será ela apenas elemento integrante dessa relação, como decorrência da prestação de serviços nas condições em que a lei a prefigura como empregatícia? Consideramos que a segunda hipótese é a correta¹¹⁰.

O salário, a onerosidade da relação depende da prestação de trabalho. Ou seja, a necessidade de pagamento decorre dessa prestação, é uma consequência dela. Não se deve considerá-la como pressuposto, considerando-a fator determinante da relação de emprego, visto que é justamente dessa relação que ela será consequência¹¹¹.

Assim, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena refere que o artigo 2º da CLT não mencionou o salário como pressuposto da relação de emprego, mas como um dever legal imposto a uma das partes, caso venha a se configurar a relação de emprego¹¹². Assim, baseado na interdependência entre as figuras do empregado e do empregador, já mencionada acima, se deduz que a menção a salário feita no artigo 3º da CLT é apenas o reconhecimento a um direito do empregado, no caso de estar configurada a relação de emprego.

Maurício Godinho Delgado afirma que a onerosidade só poderá ser considerada como pressuposto da relação de emprego quando enfocada pela ótica do prestador de serviços. Ou seja, inexistindo a intenção do prestador de se vincular na relação a título oneroso (no caso de trabalho voluntário, por exemplo), não haveria relação de emprego. Sob qualquer outra ótica,

¹⁰⁹ VILHENA, 2005, p. 247.

¹¹⁰ VILHENA, 2005, p. 251-252.

¹¹¹ VILHENA, 2005, p. 248.

¹¹² VILHENA, 2005, p. 251.

tanto a do trabalho prestado, como a do tomador de serviços, o requisito da onerosidade sempre estaria presente¹¹³.

1.4.4 A Subordinação

Apesar de que a relação de emprego apenas se quedará configurada com o preenchimento de todos os seus pressupostos, é a subordinação o elemento que ganha maior proeminência nessa caracterização¹¹⁴. Já vimos, no início desse capítulo, a importância desse conceito, que vai diferenciar a relação de emprego do segundo grupo mais relevante de contratação de trabalho no mundo contemporâneo, o trabalho autônomo¹¹⁵. Porém, se a aceitação da subordinação como linha divisória da relação de emprego é pacífica, a sua conceituação é muito controvertida¹¹⁶.

Interessante destacar que a subordinação, nos casos concretos, ou aparece ostensivamente, não sendo colocada em discussão, ou então passa a ser um dado de difícil apreensão. Como afirma Marthins Catharino, o grau de subordinação é sumamente variável, indo de um máximo (*hiperempregado*) a um mínimo (*hipoempregado*)¹¹⁷. Daí a função da doutrina de fornecer ao aplicador do direito os dados fundamentais a serem pinçados dos fatos para que se caracterize a subordinação ou a autonomia¹¹⁸. Assim, existem padrões básicos de condutas que a doutrina e a jurisprudência utilizam para indicar o estado de subordinação¹¹⁹.

Deverá o pesquisador do direito atentar para as mudanças na sociedade, como o desenvolvimento da atividade industrial e a evolução das práticas de negócios, para perceber as alterações nesses padrões conformadores do estado de subordinação, que também se alteram e evoluem, revisando o conceito jurídico em suas bases¹²⁰. Assim, o conceito de subordinação de vinte anos atrás não é o mesmo que o atual.

¹¹³ DELGADO, 2009, p. 277-279.

¹¹⁴ DELGADO, 2009, p. 280.

¹¹⁵ DELGADO, 2009, p. Pg. 280.

¹¹⁶ VILHENA, 2005, p. 510.

¹¹⁷ CATHARINO, 1972, p. 257.

¹¹⁸ VILHENA, 2005, p. 509.

¹¹⁹ VILHENA, 2005, p. 510.

¹²⁰ VILHENA, 2005, p. 510.

A subordinação é retirada da expressão dependência do artigo 3º da CLT. Aponta-se, na doutrina, que, mesmo não coincidindo por inteiro, esses substantivos têm sido usados como sinônimos, indiferentemente¹²¹.

Nossa análise da subordinação será feita em dois enfoques. Primeiro, abordaremos o conceito clássico de subordinação para a doutrina. Em seguida, abordaremos as soluções propostas pela doutrina para adaptar a subordinação para as modificações sociais e econômicas dos últimos anos.

1.4.4.1 Subordinação – Conceituação Clássica

A doutrina clássica chegou a algumas propostas de conceituação da subordinação. Uma dessas propostas, a de tratá-la como subordinação jurídica, possui a grande maioria dos adeptos, apenas com a proposta da dependência econômica encontrando alguma aceitação. Assim, essas serão as duas que serão analisadas, começando pela dependência econômica, apontando as críticas a ela e então passando para a subordinação jurídica. Apenas de passagem será mencionada a existência de outras propostas, como a dependência técnica, dependência social e dependência moral, que, por encontrarem tão pouco apoio na doutrina, não serão analisadas, apenas faremos remissão a autores que as abordam¹²².

Apesar disso, ressalta-se o valor sintomático que esses outros conceitos de subordinação possuem para a caracterização da subordinação jurídica, apesar de serem estranhas a essência mesma da relação de emprego¹²³.

Entendiam os autores que sustentavam a dependência econômica que a subordinação nascida da relação de emprego era aceita pelo empregado por força dos fatos, de sua condição econômica, não do poder das normas ou do contrato¹²⁴. Bastaria, assim, que aquele que fornece o trabalho tire dele o seu principal meio de subsistência e que aquele que paga o trabalho absorva integral e regularmente, a atividade daquele que o presta para que se

¹²¹ CATHARINO, 1972, p. 243.

¹²² Para isso, CATHARINO, 1972, p. 243-254; GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 131-141. Destaca-se essa última referência pelas críticas a essas teorias.

¹²³ FERRARI, Francisco de. Derecho Del Trabajo. Vol. I. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968, p. 317.

¹²⁴ FERRARI, 1968, p. 313.

configurasse o estado de subordinação¹²⁵, não sendo necessário que esse trabalho fosse cumprido sob ordens ou direção do empregador¹²⁶.

Essa teoria padece de um vício de origem, o pretender caracterizar esse conceito com elementos metajurídicos, preferindo examinar a condição econômica do trabalhador, em vez de analisar a relação jurídica da qual ele participa¹²⁷.

É por essa razão que a conceituação mais aceita de subordinação é a chamada subordinação jurídica, ela equivale a uma fase de superação de correntes doutrinárias que a explicavam como um dado econômico, técnico ou social¹²⁸.

A subordinação jurídica¹²⁹ é considerada o aspecto passivo em contraposição ao poder empregatício¹³⁰, previsto no artigo 2º da CLT. A atividade do empregado seria se deixar guiar e dirigir pelo empregador, para que as suas energias fossem conduzidas para os fins desejados desse último. O estado de subordinação do empregado seria essa necessidade de aceitar os critérios diretivos do empregador, suas disposições quanto ao tempo, modo e lugar da prestação, quanto aos métodos de execução, entre outras¹³¹. Não é simplesmente obrigação de trabalhar, mas de fazê-lo sobre as ordens de outrem¹³².

Ressalta-se, contudo, que existem casos onde o poder empregatício não é exercido, mas que isso não descaracteriza a relação de emprego. Isso porque esses poderes do empregador são de exercício não necessário, nem contínuo. Mas, deverá haver a possibilidade de seu exercício, sem o qual não haveria a configuração da subordinação¹³³.

Como será apresentada a seguir outra dimensão do conceito de subordinação, passaremos a nos referir a essa dimensão clássica do conceito de subordinação com a terminologia “subordinação hierárquica”. Isso se deve ao fato de a utilização da expressão “subordinação jurídica” poder causar ambigüidades.

¹²⁵ GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 135.

¹²⁶ FERRARI, 1968, p. 313.

¹²⁷ GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 141.

¹²⁸ VILHENA, 2005, p. 515.

¹²⁹ Também chamada de dependência pessoal ou dependência hierárquica (CATHARINO, 1972, p. 250), a subordinação jurídica é o conceito de subordinação para uma série de autores, dentre eles, RUSSOMANO, 1997, p. 21-22; SÜSSEKIND, 2002, p. 211-213; CATHARINO, 1972, p. 250-253; GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 133-134.

¹³⁰ GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 133.

¹³¹ GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 134.

¹³² CATHARINO, 1972, p. 252.

¹³³ GOMES; GOTTSCHALK, 2008, p. 133.

1.4.4.2 Novas tendências do conceito de Subordinação

Como visto acima, a subordinação deve ser considerada como um conceito que evolui com o decurso do tempo e com as mudanças sociais. Assim, os autores do Direito do Trabalho têm, nos últimos tempos, percebido a insuficiência do conceito clássico de subordinação para a regulamentação das relações de trabalho na estrutura social atual.

Afirma-se que, na época do surgimento do Direito do Trabalho, o modelo econômico vigente, centrado na grande indústria, propiciava relações de trabalho padronizadas. O empregado trabalhava dentro da fábrica, sob a direção do empregador que o ordenava e vigiava, eventualmente podendo puni-lo. A presença hegemônica da relação desse tipo na época da construção de nossa disciplina fez com que se construísse o conceito de subordinação a partir dela¹³⁴.

Mas, essa sujeição à heterodireção patronal, constante e efetiva, era apenas o modo, condicionado por um determinado grau de desenvolvimento das técnicas produtivas, de utilizar a prestação de trabalho de sujeitos em condição de dependência socioeconômica. Esta é apenas uma das formas possíveis da subordinação se concretizar na realidade, mas não é a única e é cada vez menos prevalente nos dias atuais¹³⁵. As novas realidades trazidas pelas inovações tecnológicas e pela globalização da economia vêm impondo a necessidade de adaptação da legislação do trabalho¹³⁶. Assim, fica cada vez mais evidente a inadequação dos atuais cânones classificatórios da subordinação, utilizados pela jurisprudência, para descrever o núcleo essencial do trabalho subordinado¹³⁷.

Frente a esse novo quadro, a doutrina se divide em três posicionamentos. Um deles defende a manutenção de um critério restrito de subordinação como o atual, reduzindo-se o campo de aplicação do Direito do Trabalho, que não englobaria muitas das novas formas de trabalho, e abrindo um espaço mais amplo para o trabalho autônomo. Outro defende a ampliação do conceito de subordinação para englobar essas novas formas de trabalho. Dentro dessa última corrente, há aqueles que afirmam que deveria ser substituído o critério da

¹³⁴ PORTO, Lorena Vasconcelos. A subordinação no contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2008b, p. 43.

¹³⁵ PORTO, 2008b, p. 45.

¹³⁶ ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica – Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. Revista LTr, vol. 68, nº. 11, Novembro de 2004, p. 1291.

¹³⁷ PORTO, 2008b, p. 93.

subordinação jurídica por um de dependência socioeconômica e outra defende a utilização do critério da integração na empresa de outrem¹³⁸.

A terceira corrente propõe a criação de uma espécie de relação de trabalho intermediária entre a autônoma e a subordinada, caracterizada pela parassubordinação ou colaboração. Não abordaremos a parassubordinação nesse trabalho, pois ela não pode ser defendida com sustento na atual legislação trabalhista brasileira. Seriam necessárias modificações legislativas para que pudesse se defender sua utilização. Assim, apenas daremos referências para autores que a estudam¹³⁹.

No Brasil, encontramos uma série de propostas de ampliação do conceito de subordinação. Talvez a mais famosa delas seja a defendida e explanada por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena¹⁴⁰ e Arion Sayão Romita¹⁴¹, a subordinação objetiva. Pode se falar ainda na subordinação estrutural, defendida por Maurício Godinho Delgado¹⁴² e na subordinação integrativa, defendida por Lorena Vasconcelos Porto¹⁴³. Encontra-se, em alguns autores, a utilização desses termos como sinônimos, sem muita precisão técnica. Vamos explicitar agora as características de cada uma delas.

A subordinação objetiva muda o enfoque com que se vê a relação de trabalho subordinado. Como o que busca o empregador com o contrato de trabalho, o objeto dessa prestação, é a atividade do empregado, a tarefa que ele deverá executar é que se integrará no giro da empresa em movimento, será essa atividade e não a pessoa do empregado que se relacionará com o empregador¹⁴⁴. A relação imediata se dá com o trabalho, apenas a mediata se dará com o trabalhador¹⁴⁵, visto que esse não pode se separar daquele, como vimos ao abordar o pressuposto da pessoalidade. Assim, afirma Vilhena:

O encontro de energias, a do trabalhador e a dos demais elementos componentes da empresa em sua dinâmica, assim como a garantia desse encontro é que formam o ponto de interseção entre o mundo livre, da atividade incondicionada, autônoma, e o mundo da subordinação, da

¹³⁸ ROMITA, 2004, p. 1294.

¹³⁹ Para a defesa dessa corrente: SILVA, 2004. Para crítica: ROMITA, 2004, p. 1287-1298; PORTO, Lorena Vasconcelos. A parassubordinação: Aparência X Essência. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Nº 27, Novembro-Dezembro de 2008a, p. 21-51.

¹⁴⁰ VILHENA, 2005, p. 509-531.

¹⁴¹ ROMITA, Arion Sayão. A subordinação no contrato de trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 79-90.

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr, São Paulo, LTr, ano 70, nº 6, junho de 2006, p. 657-667.

¹⁴³ PORTO, 2008b, p. Pg. 251-255.

¹⁴⁴ VILHENA, 2005, p. 520-521.

¹⁴⁵ ROMITA, 1979, p. 81.

atividade vinculada e/ou expectada, que garante o regular e contínuo funcionamento de uma empresa¹⁴⁶.

Existe necessidade, por parte da empresa, da atividade do trabalhador. Ela é indispensável para a sua própria atividade e é, portanto, sempre expectada. Assim, a atividade do trabalhador se insere na empresa e será, portanto, determinada por ela, fazendo que uma das partes da relação intervenha constantemente na prestação da outra¹⁴⁷.

Daí se retira o conceito objetivo de subordinação, seria ela a “*participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho*”¹⁴⁸.

Embora acolhida por parte da doutrina e inclusive pela jurisprudência, o conceito de subordinação objetiva sofreu críticas. Maurício Godinho Delgado afirma que o conceito não se consolidou na área jurídica por ser muito amplo. O critério acabaria abrangendo trabalhadores verdadeiramente autônomos, sendo incapaz de diferenciá-los, em alguns casos concretos, dos trabalhadores subordinados¹⁴⁹.

O autor, então, propõe a tese da subordinação estrutural, que se manifestaria pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. Isso independeria do recebimento ou não de ordens diretas por parte do trabalhador¹⁵⁰.

Lorena Vasconcelos Porto propõe que, sendo a falha da subordinação objetiva o fato de ela abranger trabalhadores autônomos, ela deveria ser reformulada através da incorporação de critérios que excluam a autonomia¹⁵¹. Inclusive a idéia de subordinação estrutural proposta acima seria a conjugação da subordinação objetiva com um dos critérios de falta de autonomia, o não possuir uma organização empresarial própria, daí advindo a sua necessidade de acolher uma dinâmica de organização alheia. Mas isso, afirma a autora, é uma consequência da subordinação integrativa, não uma de suas características¹⁵².

Assim, nas palavras da própria autora¹⁵³:

A subordinação, em sua dimensão integrativa, faz-se presente quando a prestação de trabalho integra as atividades exercidas pelo empregador e o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não assume

¹⁴⁶ VILHENA, 2005, p. 521.

¹⁴⁷ VILHENA, 2005, p. 523.

¹⁴⁸ VILHENA, 2005, p. 526.

¹⁴⁹ DELGADO, 2006, p. 667.

¹⁵⁰ DELGADO, 2006, p. 667.

¹⁵¹ PORTO, 2008b, p. 253.

¹⁵² PORTO, 2008b, p. 254.

¹⁵³ Cabe notar que os indícios para a caracterização da autonomia previstas no conceito foram retirados da teoria do autor alemão *Rolf Wank* e da doutrina espanhola. Para isso, PORTO, 2008b, p. 234-249.

verdadeiramente riscos de perdas ou de ganhos e não é proprietário dos frutos do seu trabalho, que pertencem, originalmente, à organização produtiva alheia para qual presta a sua atividade¹⁵⁴.

Consideramos que esse último conceito de subordinação apontado está de acordo com a legislação brasileira e possui firmes bases teóricas. Assim justificamos nossa escolha de utilizá-lo no decorrer desse trabalho.

Dessa forma, encerra-se a análise dos pressupostos da relação de emprego. Passar-se-á agora a fazer a mesma análise de busca de pressupostos frente a outro objeto, a representação comercial.

¹⁵⁴ PORTO, 2008b, p. 254.

2 CONFIGURAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

2.1 As Relações de Trabalho Autônomo

Antes de entrar na abordagem da relação contratual específica de representação comercial, será relevante apresentar algumas considerações sobre o gênero da qual ela faz parte, as relações de trabalho autônomo.

Inicialmente, cabe afirmar que a autonomia é a contraface da subordinação. O seu conceito parte da mesma linha divisória de que se parte para alcançar o conceito de subordinação, mas em sentido oposto¹⁵⁵. É um conceito antitético em relação ao de subordinação¹⁵⁶.

A importância de uma análise a respeito da autonomia decorre da ajuda que ela trará para a solução de uma controvertida situação fática entre as partes. Assim, prudente será o aplicador do direito que, frente a um desses casos, não apenas buscará se existe a subordinação, mas também se os supostos da autonomia estão presentes e são suficientes para absorverem a relação¹⁵⁷. Isso será importante, inclusive, como já dito antes, na análise da subordinação integrativa, que se utiliza dos supostos que excluem a autonomia para descaracterizar situações em que, apesar de a prestação de trabalho se integrar na atividade do credor, não se pode dizer que há relação de emprego¹⁵⁸. Como esse trabalho utilizar-se-á da subordinação integrativa para traçar limites entre a relação de emprego e a representação comercial mais a frente¹⁵⁹, essa análise torna-se fundamental.

Mas, então, o que caracteriza o trabalho autônomo, diferenciando-o do subordinado? Diversas teorias podem ser apontadas para explicar o conceito de trabalho autônomo, dependendo do aspecto que se queira ressaltar¹⁶⁰. O que se busca, porém, não são as meras características normalmente presentes no trabalho autônomo, e sim o que o diferencia substancialmente do trabalho subordinado no direito brasileiro.

¹⁵⁵ VILHENA, 2005, p. 531.

¹⁵⁶ DELGADO, 2009, p. 319.

¹⁵⁷ VILHENA, 2005, p. 534.

¹⁵⁸ PORTO, 2008b, p. 253-254.

¹⁵⁹ Ver ponto 3.2.1.2

¹⁶⁰ SILVA, 2004, p. 87.

Otávio Pinto e Silva lista seis possíveis diferenciações entre trabalho autônomo e subordinado¹⁶¹. Faremos uma análise crítica de cada uma delas.

Uma primeira diferenciação possível seria a da finalidade da prestação de serviços, a análise do objeto que se pretende alcançar com essa prestação. Esse critério busca fazer uma diferenciação entre atividade e resultado, sendo que o trabalho autônomo seria aquele em que o credor dos serviços se interessa não pelo modo de execução, mas pelos fins atingidos. Assim, é feita uma analogia com a idéia de obrigação de meio e obrigação de resultado¹⁶². Essa proposta tem uma crítica dúplice, pois se mostra ineficiente tanto nos casos em que as relações de trabalho subordinadas se aproximam das obrigações de resultado, como é cada vez mais comum frente às modificações dos sistemas produtivos atualmente¹⁶³, como nos casos onde as relações de trabalho autônomo assumem as características das obrigações de meio, como no caso dos médicos ou dos advogados¹⁶⁴.

Uma segunda teoria leva em conta o resultado do trabalho, da prestação de serviços. Quando o resultado desse trabalho fosse imediato, sendo depois vendido aos interessados, o trabalho seria autônomo. Quando o trabalhador alienasse diretamente o que produz, não ficando com o fruto de seus trabalhos, ele seria subordinado¹⁶⁵. Porém, essa teoria estaria submetida a uma série de críticas frente a situações práticas encontradas no dia a dia¹⁶⁶. Também pode ser feita a advertência de que há casos na legislação brasileira em que o empregado participa nos resultados do seu trabalho¹⁶⁷, como no caso da invenção (artigo 454 da CLT). Além disso, esse critério também confunde subordinação, que diz respeito ao modo como uma atividade é prestada e se ela se submeterá a ingerência, com alteridade, que diz respeito a alienação dos resultados obtidos.

A terceira proposta se utiliza das idéias de trabalho por conta própria e trabalho por conta alheia. Autônomos seriam aqueles que exercem habitualmente e por conta própria atividade profissional remunerada, já o trabalhador subordinado trabalharia por conta alheia¹⁶⁸. Essa diferenciação é costumeiramente aceita, inclusive parece ter sido adotada pela legislação previdenciária brasileira¹⁶⁹. Porém, ela é insuficiente para o objetivo que buscamos,

¹⁶¹ SILVA, 2004, p. 87-91.

¹⁶² SILVA, 2004, p. 87-88.

¹⁶³ PORTO, 2008b, p. 78-79 e 88.

¹⁶⁴ SILVA, 2004, p. 88.

¹⁶⁵ SILVA, 2004, p. 88-89.

¹⁶⁶ SILVA, 2004, p. 89.

¹⁶⁷ VILHENA, 2005, p. 533.

¹⁶⁸ SILVA, 2004, p. 89.

¹⁶⁹ Artigo 12, V, h, da Lei 8.212/92:

“Artigo 12: São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

V - como contribuinte individual:

pois não fornece critérios para a caracterização da autonomia ou subordinação em uma relação, apenas transformando a pergunta em se está diante de uma relação de trabalho por conta própria ou por conta alheia.

A quarta teoria se baseia na assunção de riscos econômicos. Enquanto o trabalhador autônomo estaria sujeito aos riscos econômicos de sua atividade, não estaria o subordinado, correndo esses riscos por conta de quem é credor de seu trabalho¹⁷⁰. Essa é uma diferença importante entre o trabalhador autônomo e o empregado, que, por força do expresso no artigo 2º da CLT, não pode correr os riscos da atividade econômica, ficando esses por conta do empregador¹⁷¹. Lorena Vasconcelos Porto atenta para o fato de que, atualmente, os empregadores estão encontrando formas de transferir os riscos de sua empresa para os empregados, porém ela considera isso ilegítimo, o que não invalida a diferenciação aqui feita¹⁷². Mesmo aceitando essa idéia, de que os trabalhadores autônomos correm os riscos de sua atividade e, por isso, a eles cabem os resultados dela¹⁷³, estamos tratando das conseqüências do trabalho autônomo e não dos aspectos que podem caracterizar uma determinada atividade analisada como sendo ou não autônoma. Assim, procedemos em nossa análise em busca desse critério.

A quinta teoria considera a propriedade dos instrumentos do trabalho como critério definidor da autonomia. Aquele trabalhador que exerce atividade profissional controlando os meios de produção que utiliza, sendo eles de sua propriedade, seria autônomo. O trabalhador subordinado utilizaria os meios de produção do empregador¹⁷⁴. De fato, na grande maioria das situações esse critério pode ser utilizado para diferenciar o trabalho autônomo do subordinado. Porém, ele não pode ser encarado como decisivo, visto que há casos em que o empregado será dono de seus próprios instrumentos de trabalho, como um jardineiro que utiliza suas ferramentas¹⁷⁵ ou como é muito comum em situações de teletrabalho ou de trabalho em domicílio¹⁷⁶.

Assim, a última teoria, considerada como critério efetivamente útil para a caracterização do trabalho autônomo pelo autor, é o do modo de execução do trabalho. O

h) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não”.

¹⁷⁰ SILVA, 2004, p. 89-90.

¹⁷¹ Ressalve-se, porém, alguns casos especiais em que o empregado incorre nos riscos da empresa, como nos casos de força maior, artigos 501 a 504 da CLT. Para isso: VILHENA, 2005, p. 533.

¹⁷² PORTO, 2008b, p. 73-74.

¹⁷³ VILHENA, 2005, p. 532.

¹⁷⁴ SILVA, 2004, p. 90.

¹⁷⁵ SILVA, 2004, p. 90.

¹⁷⁶ PORTO, 2008b, p. 74.

trabalhador subordinado aliena o poder de direção sobre a própria atividade, enquanto o autônomo a autodisciplina, segundo seus critérios e conveniências particulares¹⁷⁷.

Esse poder de autodisciplina da atividade do trabalhador autônomo decorre do fato que o vínculo jurídico que ele estabelece com o tomador de seus serviços é fundado na predeterminação da prestação. Assim, essa prestação não sofrerá intervenção do credor do trabalho, a expectativa não virá à tona a todo o momento ou não oscilará¹⁷⁸. O tomador de serviços poderá dar instruções de caráter geral referentes às características da obra ou dos serviços executados, mas não poderá dar ordens ao prestador de serviços¹⁷⁹.

Dessa predeterminação vai decorrer o poder jurídico do prestador de serviços autônomo de organizar o seu próprio trabalho, com ou sem o concurso de outrem. É possível falar em discricionariedade técnica e auto-organização do trabalho¹⁸⁰.

É necessário que se faça referência ao conceito de trabalhador autônomo de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, devido à precisão com que ele aborda o tema: “*Autônomo é o trabalhador que desenvolve sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de sua execução*”¹⁸¹.

Cabe ainda ressaltar que a exclusividade, para o direito brasileiro, não é critério apto a caracterizar a subordinação, pois esse consagra a pluralidade de empregos. Existem apenas limitações ao exercício de outra atividade no trabalho subordinado, sancionadas como falta grave, em casos específicos¹⁸². Assim, a exclusividade não é critério apto para a diferenciação entre trabalho autônomo, onde a pluralidade de credores é ínsita¹⁸³, e o trabalho subordinado. Ela poderá servir apenas como indício, não sendo ele definitivo.

Tendo analisado as relações de trabalho autônomo de uma forma geral, passamos agora a análise da relação específica objeto de estudo desse trabalho, a representação comercial.

¹⁷⁷ SILVA, 2004, p. 90-91.

¹⁷⁸ VILHENA, 2005, p. 531-532.

¹⁷⁹ ROMITA, 2004, p. 1296-1297.

¹⁸⁰ VILHENA, 2005, p. 532.

¹⁸¹ VILHENA, 2005, p. 532.

¹⁸² VILHENA, 2005, p. 532.

¹⁸³ VILHENA, 2005, p. 533.

2.2 O Contrato de Representação Comercial

2.2.1 Relação entre o Contrato de Representação Comercial e o Contrato de Agência

Como afirmado no primeiro capítulo, o primeiro passo para a análise de um contrato ou relação jurídica deve ser a identificação da regulamentação legal que a ela se aplica. Se esse exame, no mais das vezes, é simples, em algumas situações pode, por uma série de razões, tornar-se complicado e, por isso, de maior relevância. Esse último é o caso da presente análise comparativa entre o contrato de agência, regulado expressamente pelo Código Civil de 2002¹⁸⁴, e o contrato de representação comercial, cuja entrada como contrato nominado no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a lei 4.886/65, modificada posteriormente pela lei 8.420/92.

Entendemos que uma análise que busque a diferenciação entre dois contratos deve ser feita posteriormente ao estudo de quais são os pressupostos definidores desses ditos contratos. Porém, encontramos frente a uma situação diferente, visto que buscamos onde podemos encontrar os pressupostos desse contrato. De fato, existem grandes divergências doutrinárias sobre como se dá a relação entre os dois contratos mencionados acima, justamente na questão de serem eles o mesmo contrato, cuja lei posterior, o Código Civil de 2002, veio mudar o suporte fático, ou serem contratos diferentes, com suportes fáticos diversos, portanto. Frente a essa questão, demonstra-se a necessidade da análise ser feita previamente a dos pressupostos do contrato.

A dificuldade encontrada pela doutrina para se posicionar quanto à questão da relação entre esses contratos deve-se a quatro pontos principais. Inicialmente, destacam-se as dificuldades trazidas pela própria análise dos textos legais. Mais além, existe a questão da tradição doutrinária brasileira a respeito desses dois contratos, que não foi adotada pela legislação. Também a questão do tratamento do problema em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Por último, a diferença entre a natureza das normas dos dois diplomas legais confrontados.

¹⁸⁴ A doutrina, porém, contesta a afirmação de que o contrato de agência surgiu no ordenamento brasileiro apenas com o Código Civil de 2002. Afirma-se que apenas a sua existência como contrato nominado, expressamente tratado pela lei, ali surgiu. Para isso, REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova Regulamentação da Representação Comercial Autônoma. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38-40.

Quanto ao primeiro ponto, a análise do artigo 710 do Código Civil¹⁸⁵ comparado com o artigo 1º da lei 4.886/65¹⁸⁶ mostra uma coincidência muito grande, embora não total, entre os pressupostos dessas duas disposições normativas. Assim, à primeira vista, parecem se referir ao mesmo contrato. Também se destaca o artigo 721 do Código Civil¹⁸⁷, que manda que se aplique ao contrato de agência, no que couberem, as disposições contidas em lei especial.

Em relação ao segundo ponto, devem ser recordados os ensinamentos de dois grandes juristas brasileiros que trataram desses dois contratos, Pontes de Miranda e Rubens Requião, que passaremos a analisar agora.

Pontes de Miranda, que fez sua análise antes do advento da Lei 4.886/65, situou a distinção no fato de o representante comercial ser algo mais que o agente comercial, tendo poderes diferentes e mais amplos. O agente não poderia representar o agenciado, visto não terem sido outorgados a ele poderes de representação. Assim, apenas poderia transmitir ao agenciado as propostas que obteve, mas não concluí-las¹⁸⁸. De outra forma, o representante comercial poderia não só promover, mas também concluir os negócios jurídicos em nome e por conta de outrem, a empresa representada¹⁸⁹. Além disso, criticou as legislações que não precisam os conceitos desses dois contratos, incluindo ambos no conceito de contrato de agência, o que provocaria confusões no tocante à expressão agentes comerciais¹⁹⁰, antecipando o problema que agora encontramos.

Por sua vez, Rubens Requião, em seu valioso estudo intitulado *Do Representante Comercial*, já posterior a Lei 4.886/65, mas anterior ao Código Civil de 2002, retoma a diferenciação de Pontes de Miranda na análise da questão¹⁹¹, mas afirma que, salvo por construção doutrinária, o ordenamento jurídico brasileiro não instituía a distinção por ele

¹⁸⁵ “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

¹⁸⁶ “Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

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

¹⁸⁷ “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

¹⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Tomo XLIV. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. §4766, p. 32.

¹⁸⁹ MIRANDA, 1984, §4775, p. 71-72.

¹⁹⁰ MIRANDA, 1984, §4774, p. 66.

¹⁹¹ REQUIÃO, Rubens. Do Representante Comercial. 9. ed. Revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 48-49.

defendida¹⁹². Deve se prosseguir, portanto, a análise de se, com o advento do Código Civil de 2002 e, com ele, a inclusão do contrato de agência como contrato nominado, essa distinção pode ser adotada.

Quanto à abordagem da questão em ordenamentos jurídicos estrangeiros, destaca-se, principalmente, o tratamento da questão na legislação italiana, de grande influência no Código Civil de 2002, e que unifica os dois contratos sob o nome de contrato de agência¹⁹³. Isso levou alguns autores a, ao tratarem da questão, previamente ao Código Civil de 2002, unificarem o tratamento desses dois contratos. Daí se destaca Fran Martins¹⁹⁴, Orlando Gomes¹⁹⁵ e Waldirio Bulgarelli¹⁹⁶. Porém, é necessário apontar que, como esses autores escreveram suas obras antes do Código Civil de 2002, não analisaram a questão como ela agora se apresenta. A afirmação de que essa legislação unificou os dois contratos, defendida por alguns autores atualmente, como veremos a seguir, não pode se basear levemente em legislações estrangeiras ou em autores que trataram a questão em um horizonte diferente. Qualquer conclusão deve decorrer da interpretação do texto legal, antes de tudo.

O último ponto de dificuldade na análise da questão proposta é a diferença de natureza das normas que regulam o contrato de agência e o contrato de representação comercial. Esse ponto foi destacado por Carlos Alberto Hauer de Oliveira em dissertação sobre o assunto¹⁹⁷. Segundo esse autor, a regulação do contrato de representação comercial pela Lei 4.886/65 é bastante diferente dos demais contratos conhecidos, no período de vigência do Código Comercial, como mercantis. Isso porque essa lei encerra preceitos de ordem pública, contendo normas cogentes, não passíveis de disposição pela vontade das partes¹⁹⁸¹⁹⁹. De outra parte, esses contratos costumam, em geral, dar amplo espaço para a autonomia da vontade, encontrando na lei apenas uma moldura básica da figura contratual. Esse é o caso do contrato de agência, onde várias das disposições legais podem ser afastadas pelas partes – os artigos 711, 713 e 714 do Código Civil expressamente o afirmam, por exemplo – mostrando clara

¹⁹² REQUIÃO, 2005, p. 49.

¹⁹³ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 269. Ele também afirma que o mesmo se dá da legislação colombiana.

¹⁹⁴ “*O contrato de representação comercial é também chamado contrato de agência, donde representante comercial e agente comercial terem o mesmo significado*”. MARTINS, 2001, p. 269.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 365.

¹⁹⁶ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 503.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. *Agência e Representação Comercial: A Necessidade de Harmonização da Disciplina Jurídica*. In: BUENO, José Hamilton; MARTINS, Sandro Gandra (Org.). *Representação Comercial e Distribuição*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 220-224.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, 2006, p. 220.

¹⁹⁹ Essa questão será desenvolvida com mais cuidado no ponto 2.2.2.2.

natureza dispositiva²⁰⁰. Assim, revela-se uma diferença em relação ao princípio que fundamenta as regras dos diferentes contratos, que deve ser levada em conta na análise em questão.

Demonstradas as causas da dificuldade, nos resta fundamentar a importância de deslindá-la. Evidente que não procederíamos a essa investigação se apenas houvesse ocorrido uma mudança do *nomen iuris* do contrato. O aspecto relevante de analisar se existe uma diferença entre o contrato de agência e o de representação comercial reside na definição do suporte fático, seja ele uno, em caso de ter se dado uma unificação, ou diverso para cada contrato, e na definição das conseqüências jurídicas respectivas. Nesses pontos, a definição de se está diante de apenas um contrato ou de tipos diferentes é importante, pois se chegará a conclusões diferentes na análise da lei. Sendo o contrato de representação comercial especial em relação ao de agência, as disposições em contrário presentes na Lei 4.886/65 não serão consideradas de pronto revogadas pelo Código Civil, tampouco suas disposições se aplicarão diretamente, sem a devida análise, por força do artigo 721²⁰¹. Porém, se tratando do mesmo contrato, a solução para essas questões será diferente.

As dúvidas a serem respondidas foram muito bem resumidas por Carlos Alberto Hauer de Oliveira: “*trata-se da mesma figura contratual? Se positiva a resposta, como harmonizar os diferentes regimes jurídicos? Na hipótese negativa, qual critério deverá ser utilizado para dividir um contrato do outro?*”²⁰²”.

Assim, fica demonstrado que essa análise tem importância prática, não importa em mero embate doutrinário. Da mesma forma, qualquer posicionamento frente à questão que não se ocupar em resolver as dificuldades em relação ao suporte fático e as conseqüências jurídicas desses contratos, ou seja, resolver as dúvidas surgidas na análise dos textos legais aplicáveis, será considerado insuficiente.

Agora, passaremos a análise de algumas soluções propostas pela doutrina brasileira para resolver questão.

Um primeiro posicionamento acolhido pela doutrina é o de que não há diferenças entre o contrato de agência e o de representação comercial. Para esses autores, esses contratos são expressões sinônimas. Dentre os autores que assim se posicionam, podemos destacar Maria

²⁰⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 226.

²⁰¹ “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial”.

²⁰² OLIVEIRA, 2006, p. 218.

Helena Diniz²⁰³ que, porém, não explica a razão de considerá-los como um só contrato e tampouco analisa como os dispositivos do Código Civil se relacionam com a Lei 4.886/65, e Humberto Theodoro Junior²⁰⁴, que afirma que todas as regras especiais da Lei 4.886/65 continuam em vigor, sendo aplicadas ao contrato de agência, pois o Código Civil apenas tratou de normas gerais. Também afirma que apenas quando houver conflito entre normas desses dois textos legais que terá havido derrogação de preceito da Lei 4.886/65²⁰⁵.

Esse posicionamento, porém, não nos parece ser a melhor forma de resolver a questão. Isso não decorre do fato dos autores que defendem esse posicionamento não o fundamentarem devidamente, apenas tratando a questão superficialmente e não adentrando nas dificuldades surgidas da tentativa de harmonização das normas desses dois textos legais. Embora isso não contribua para uma tentativa de resolução científica do problema, não é motivo para que se descarte esse posicionamento. A principal crítica que ele enfrenta está na natureza jurídica diferente das normas do Código Civil e da Lei 4.886/65, referida anteriormente.

Frente à natureza de regras cogentes e impositivas²⁰⁶, cuja aplicação não pode ser afastada pela vontade das partes, da Lei 4.886/65 e a natureza predominantemente dispositiva das regras que regulam o contrato de agência no Código Civil de 2002, surge uma indagação, não respondida pelos defensores da teoria acima, e que foi muito bem sintetizada por Carlos Alberto Hauer de Oliveira:

A figura contratual deixará de ser aquele tipo de pouca flexibilidade a que se refere a Lei 4.886 para passar a ser o modelo contratual previsto a partir do artigo 710 do Código Civil, que oferece maior espaço a autonomia da vontade?

Mantendo-se a aplicação das regras da Lei 4.886, que é norma especial, a consequência seria o esvaziamento quase que completo dos preceitos do Código Civil. Ou seja: seria preciso admitir que o Capítulo XII, compreendido entre os artigos 710 e 721 do Código Civil, não serviria para praticamente nada [...] ²⁰⁷.

²⁰³ “A agência ou representação comercial vem a ser o contrato pelo qual uma pessoa se abriga, mediante retribuição, a realizar certos negócios, em zona determinada, com caráter de habitualidade, em favor e por conta de outrem, sem subordinação hierárquica”. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424.

²⁰⁴ “O novo Código Civil, a exemplo do direito europeu, abandonou o nomen iuris de “representante comercial”, substituindo-o por “agente”. Sua função, porém, continua sendo exatamente a mesma do representante comercial autônomo”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil. Revista da Faculdade de Direito da universidade de Minas Gerais. Nº 42. Belo Horizonte: 2003, p.130.

²⁰⁵ THEODORO JUNIOR, 2003, p. 134.

²⁰⁶ Ressalta-se, contudo, que não são todas as regras da Lei 4.886 que possuem essa natureza. Algumas delas possuem natureza dispositiva.

²⁰⁷ OLIVEIRA, 2006, p. 226

Além disso, a unificação desses contratos resultaria na inclusão de relações jurídicas diversas no âmbito do pouco flexível contrato de representação comercial, fazendo com que esse regime especial, que teve o propósito básico de proteger o vendedor não-empregado, seja estendido a outras situações concretas, que entram no suporte fático do contrato de agência, mas onde sequer há uma parte hipossuficiente²⁰⁸ para proteger²⁰⁹. Isso já pressupõe a nossa tomada de posição de que há hipóteses que se inserem no contrato de agência, mas que não se enquadram na noção clássica de representação comercial, afirmação que será enfrentada mais a frente.

Tendo analisado o posicionamento daqueles que entendem que o contrato de agência e o de representação comercial não possuem diferenças, passamos a análise das diferentes propostas de autores que entendem tratar-se de contratos distintos.

A primeira dessas posições que analisaremos é a dos autores que, baseado na doutrina já mencionada de Pontes de Miranda e Rubens Requião, entendem que a distinção entre os contratos está no fato de o agente não ter poder para representar o agenciado na conclusão dos contratos, podendo meramente apresentar-lhe as propostas obtidas, enquanto o representante comercial teria esse poder a mais de representação. Defendem essa posição autores como Sílvio de Salvo Venosa²¹⁰, Araken de Assis²¹¹ e Gustavo Luís da Cruz Haical²¹².

Aqui não se questionara os méritos dessa posição em uma análise ideal. De fato, como referido acima, ela encontra defesa em doutrinadores ilustres, de magistério respeitável. Porém, a análise que aqui se faz é se esse posicionamento encontra recepção no artigo 710 do Código Civil e no artigo 1º da Lei 4.886/65. E dessa análise se conclui que, como dito acima, quando Rubens Requião demonstrou que a Lei 4.886/65 não adotou esse critério, o artigo 710

²⁰⁸ O motivo dessa hipossuficiência será analisada nos pontos 2.2.2.1 e 2.2.2.2.

²⁰⁹ OLIVEIRA, 2006, p. 226.

²¹⁰ “O representante comercial é mais do que um agente, porque seus poderes são mais extensos. O agente prepara o negócio em favor do agenciado; não o conclui necessariamente. O representante deve concluí-lo. Essa é a sua atribuição precípua”. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 507.

²¹¹ “Do representante comercial o agente se distingue, a despeito dessas semelhanças, porque aquele não conclui o negócio”. ASSIS, Araken de. Contratos Nominados. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 201-202.

²¹² “Também não se confunde o contrato de agência com o de representação, em que pese os traços de similitude entre ambos. Mesmo havendo parença, são distintos, sendo errôneo afirmar não haver diferença entre eles. (...) O primeiro passo é ter em mente que não se pode confundir o instituto da representação, negócio jurídico unilateral receptício e abstrato, com o contrato de representação, espécie de negócio jurídico bilateral. Ademais, o dever jurídico principal do representante é o de concluir negócios em nome e por conta do representado. Em outros termos: além de promover a conclusão de negócios, tem por dever jurídico principal concluir negócios. Já o agente, ao contrário, tem por dever jurídico principal tão-somente promover a conclusão de negócios para o agenciado. Não vai além disso. Mesmo que lhe tenha sido outorgado poder para concluir contrato em nome e por conta do agenciado, a conclusão do contrato não é dever principal”. HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O contrato de Agência e seus Elementos Caracterizadores. Revista dos Tribunais. Ano 97. Vol. 877. Novembro de 2008, p. 44.

do Código Civil não trouxe nenhum elemento novo que nos permita mudar esse posicionamento. Na legislação brasileira, o representante comercial não tem poderes, em geral, para a conclusão dos negócios, sendo que, quando os possui, pela permissão do parágrafo único do artigo 1º da Lei 4.886/65, sua relação será algo mais, devendo ser aplicados os preceitos do mandato.

Assim, vale a lição de Rubens Requião:

O instituto da representação está bem posto na Lei nº 4.886, que não a confundiu com o mandato. O representante comercial apenas representa quem o tenha contratado para agenciar negócios. Com isso, se resume ele a entabular as negociações, encaminhando, através de “pedidos”, os contratos cujas conversões inicia. Não tem ele poderes de mandato, para agir em nome do mandante na conclusão dos negócios que promove. Quando está ele armado de poderes para concluir as operações mercantis, torna-se mais do que um representante, para se fazer um colaborador jurídico, atuando com a sua vontade posta a serviço do comitente. Nesse caso, a relação é de mandato e, prevendo-a o parágrafo único do artigo, em comentário, dispõe que então se apliquem, no seu exercício, os preceitos do mandato mercantil (“da legislação comercial”)²¹³.

Isso demonstra que, pela lei brasileira que regula a representação comercial, ela não pressupõe o poder de representação na conclusão dos negócios, sendo que, quando esse existe, as disposições acerca do mandato, um contrato diferente, portanto, devem ser aplicadas. O artigo 710 do Código Civil nada dispôs que mude esse entendimento, sendo que seu parágrafo único traz disposição parecida com a do parágrafo único do artigo 1º da lei 4.886/65²¹⁴. Assim, queda demonstrado que, embora possa ter valor doutrinário, a distinção proposta por Pontes de Miranda, inicialmente, não encontra sustento no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Outra posição é a adotada por Rubens Edmundo Requião. Para ele, os contratos de agência e representação comercial são muito assemelhados, mas ressalta que há particularidades que apontam para a autonomia recíproca entre os dois tipos²¹⁵. A principal semelhança entre esses contratos seria a de que ambos se dedicam aos atos de intermediação

²¹³ REQUIÃO, 2005, p. 17.

²¹⁴ “Quando o agenciador quer que o agente conclua negócios jurídicos em seu nome, aquele deve outorgar poderes ao agente com vistas a representá-lo. Nesse caso, estará concretizado o suporte fático do parágrafo único do artigo 710 do CC/2002. Com o intuito de o agente realizar atos jurídicos lato sensu em nome do agenciado, necessário se faz a existência do negócio jurídico unilateral receptício e abstrato, chamado procura, sendo a procuração o instrumento desta. Por ser negócio jurídico unilateral abstrato, não está vinculado ao contrato de agência, podendo ser concedido antes, ao mesmo tempo, ou depois da existência do contrato”.

HAICAL, 2008, p. 57-59.

²¹⁵ REQUIÃO, 2007, p. 18.

de negócios alheios²¹⁶. A especialidade da Lei 4.886/65 foi, segundo o autor, preservada pelo artigo 721 do Código Civil. Essa especialidade em relação aos dispositivos do Código Civil se daria por duas razões²¹⁷: a representação comercial se reserva para a intermediação de *negócios mercantis*²¹⁸, além disso, ela poderá ser exercida por pessoa natural e jurídica, enquanto o contrato de agência só pode ser exercido por pessoa natural²¹⁹.

Ambos os argumentos comportam críticas, que agora abordaremos.

Quanto à especialidade da representação comercial em relação à natureza dos negócios intermediados, Rubens Edmundo Requião retira sua conclusão da análise dos já mencionados textos legais que regulam cada um dos contratos: Art. 710 do Código Civil: “[...] a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios [...]”; e artigo 1º da Lei 4.886/65: “[...] que desempenha mediação para a realização de negócios mercantis [...]”. Esse posicionamento, porém, não pode ser sustentado. Isso advém do fato que, com a vigência do Código Civil de 2002, foi abolida do direito brasileiro a teoria dos atos de comércio, acabando a dualidade que até então existia entre negócios civis e mercantis. Assim, não cabe mais falar dessa diferenciação no direito brasileiro²²⁰.

Já em relação à suposta limitação do contrato de agência para exercício apenas de pessoas naturais, Rubens Edmundo Requião, baseado em considerações de Fran Martins²²¹, sustenta que a utilização apenas da expressão *pessoa* no texto do artigo 710 do Código Civil, em conjunto com o artigo 719²²², que faz menção ao direito dos herdeiros, em caso de morte do agente, teria como consequência a afirmação acima mencionada²²³. Esse posicionamento é criticável pelo fato de não se poder interpretar restritivamente o texto legal apenas por tê-lo aludido ao gênero (uma pessoa), mas não discriminado as espécies (pessoa física ou jurídica)²²⁴. Além disso, a menção do artigo 719 a herdeiros demonstra ser esse um

²¹⁶ REQUIÃO, 2007, p. 19.

²¹⁷ Na verdade, o autor enumera mais do que duas distinções. Porém, as distinções não abordadas aqui se encontram no âmbito das consequências jurídicas dos contratos comparados, não de seu suporte fático. Assim, não são passíveis de contribuir para uma diferenciação entre eles. Para todas as diferenças elencadas pelo autor, ver: REQUIÃO, 2007, p. 43-44.

²¹⁸ REQUIÃO, 2007, p. 19.

²¹⁹ REQUIÃO, 2007, p. 20.

²²⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 231; e “*Em se tratando do critério da distinção, não se pode afirmar, como o fez Rubens Edmundo Requião, que o contrato de representação discrepa do contrato de agência porque o representante comercial intermedeia negócios jurídicos mercantis e o agente não o faz. Tal distinção não é cabível por ter sido unificado o direito obrigacional com a entrada em vigor do Código Civil de 2002*”. HAICAL, 2008, p. 43-44.

²²¹ MARTINS, 2001, p. 272-273.

²²² “Art. 719. Se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte”.

²²³ REQUIÃO, 2007, p. 20.

²²⁴ Isso “*implica negar que a qualidade de ser pessoa é efeito de um fato jurídico lato sensu. Tal efeito decorre ou pelo nascimento com vida, ou registro do ato constitutivo no órgão competente*”. HAICAL, 2008, p. 47.

dispositivo com relevância apenas quando o agente for pessoa natural. Porém, daí a se concluir que apenas pessoas naturais podem ser parte do contrato de agência há um exagero²²⁵.

A posição que consideramos estar mais de acordo com os textos legais que aqui se comparam e com a diferente natureza das normas que deles se extraem é a proposta apresentada por Carlos Alberto Hauer de Oliveira em artigo intitulado *Agência e Representação Comercial: A Necessidade de Harmonização da Disciplina Jurídica*. Para esse autor, a idéia básica desses institutos, a realização de ações que viabilizem negócios entre duas partes, bem como a maioria de suas características, o agir por conta de outrem, de modo não eventual e sem vínculo de dependência, tornam os contratos quase idênticos²²⁶. O que os diferencia é o modo operacional pelo qual se realiza o objeto do contrato²²⁷.

Ele retira essa conclusão, inicialmente, do texto do artigo 1º da Lei 4.886/65, que dispõe “*agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los ao representado*”, bem como do artigo 710 do Código Civil, que menciona apenas “*promover a realização de certos negócios*”. Assim, afirma que, no primeiro caso, a lei prevê como o representante comercial promoverá a aproximação, enquanto no segundo, a lei não dispõe qual o método que se utilizará o agente. Assim, o contrato de agência seria mais amplo, gênero, portanto, do qual faria parte a espécie, a representação comercial da Lei 4.886/65²²⁸.

Para se encontrar qual dos regimes que será aplicado a uma situação concreta, será necessário investigar qual o método pelo qual age o contratado. Se ele conduzir sua atividade mediante a obtenção de pedidos, para depois submetê-los ao contratante, se estará diante do contrato especial de representação comercial, o que, como veremos a seguir, vai impor a aplicação das regras cogentes presentes na Lei 4.886/65. Se, porém, a atividade do contratado não se circunscrever à idéia de *tirador de pedidos*, não se preencherá o suporte fático da espécie, sendo aplicável o Código Civil e o contrato de agência por ele regulado, portanto, permitindo uma maior autonomia das partes na organização de seus interesses²²⁹.

Essa interpretação também estaria em conformidade com os princípios e o sistema que informou a disciplina jurídica da representação comercial, quando de sua regulamentação, há mais de quarenta anos, que pretendia conferir ao representante comercial autônomo, cuja atividade era muito próxima a do vendedor empregado externo da empresa, uma proteção

²²⁵ OLIVEIRA, 2006, p. 233.

²²⁶ OLIVEIRA, 2006, p. 234.

²²⁷ OLIVEIRA, 2006, p. 234.

²²⁸ OLIVEIRA, 2006, p. 235.

²²⁹ OLIVEIRA, 2006, p. 235.

assemelhada a do Direito do Trabalho²³⁰. O destinatário da Lei 4.886/65 é, portanto, aquele representante cuja atividade se assemelha a dos vendedores empregados, qual seja, o tirador de pedidos, que se encontra em posição de hipossuficiência frente ao representado²³¹. Para uma melhor descrição dessa atividade, recorreremos às palavras do autor em comentário:

A atividade do tirador de pedidos, então, costumava partir de bases já pré-estabelecidas, naturais da massificação das operações, até porque, no mais das vezes, bastava consultar a tabela de preços, da qual muitas vezes já constavam as variações resultantes da quantidade e prazo para pagamento. Mas a base da oferta do potencial comprador já estava definida: só faltava a adesão do provável comprador e a confirmação de parte do representado²³².

Assim, também não se permite que se estenda o regime protetivo da Lei 4.886/65 para aqueles cuja atividade é diferente daquela do típico tirador de pedidos, pois não são todos os empresários que precisam que o Estado interfira em sua relação, justamente por possuírem condições efetivas de negociar seus interesses como contratante²³³. Isso, porém, não seria realizável se considerados esses contratos como sinônimos.

Dessa exposição concluímos, por fim, como essa questão será tratada no decorrer desse trabalho: o contrato de representação comercial, regulado pela Lei 4.886/65 é espécie do contrato de agência, regulado do artigo 710 a 721 do Código Civil. Consideramos que, por ser norma especial, a Lei 4.886/65 continua vigorando em sua plenitude, não tendo sido revogados, a princípio, quaisquer de seus dispositivos pelo Código Civil²³⁴.

Nossa exposição continuará tendo como objeto a comparação entre a relação de emprego e o contrato de representação comercial, visto serem elas figuras mais assemelhadas, permitindo, portanto, uma solução mais proveitosa, quando alcançarmos nossa conclusão.

²³⁰ OLIVEIRA, 2006, p. 235-236.

²³¹ OLIVEIRA, 2006, p. 237.

²³² OLIVEIRA, 2006, p. 237.

²³³ OLIVEIRA, 2006, p. 237-238.

²³⁴ Quanto a questão da revogação em relação a normas gerais e especiais, vale o magistério de Vicente Ráo: “A disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente. Em conseqüência, a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. RÁO, Vicente. O Direito e a Vida dos Direitos. 1º Vol. São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 392.

2.2.2 Considerações Essenciais acerca do Contrato de Representação Comercial

Antes de adentrarmos a questão fundamental desse capítulo, os pressupostos da representação comercial, faremos uma qualificação desse contrato, abordando questões fundamentais para a sua correta interpretação. Essas questões serão a caracterização do contrato de representação comercial como contrato relacional e a Lei 4.886/65 como lei de valor social.

2.2.2.1 O Contrato de Representação Comercial como Contrato Relacional

Paula Forgioni, em seu livro *Contrato de Distribuição*, classifica o contrato homônimo – que, porém, não é a distribuição mencionada no artigo 710 do Código Civil, a qual a autora denomina agência-distribuição – como um contrato relacional, conceito bastante estudado pela doutrina norte-americana. Segundo a autora, essa classificação é útil porque destaca alguns de seus elementos principais, que devem orientar sua interpretação²³⁵.

O que pretendemos aqui é demonstrar que o contrato de representação comercial também se enquadra nos elementos que caracterizam os contratos relacionais e, por isso, pode se aproveitar da doutrina que vem sendo desenvolvida a esse respeito.

Baseada nas considerações da doutrina norte-americana, a já mencionada autora elenca os elementos que caracterizam os contratos relacionais:

- (i) os contratos relacionais tendem a se estender no tempo;
- (ii) em virtude de sua longa duração, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento de celebração do ato. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas;
- (iii) há uma certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso do uma (e do negócio globalmente considerado) reverterá em benefício da outra (i.e. de todas elas)²³⁶.

²³⁵ FORGIONI, Paula. *Contratos de Distribuição*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 70-71.

²³⁶ FORGIONI, 2008, p. 71.

O ponto (i) pode ser extraído do artigo 27, c, da Lei 4.886/65, bem como do §2º e §3º do mesmo artigo. Essa parte do artigo trata do prazo como elemento que deve constar obrigatoriamente no contrato de representação comercial, podendo ele ser determinado ou indeterminado, sendo que este último é a regra, como verificado pelo disposto nos parágrafos mencionados, além do fato de que, sem disposição a respeito pelas partes, o prazo do contrato se presumirá indeterminado²³⁷. Além disso, uma parte da doutrina chega a considerar o prazo indeterminado como elemento característico do contrato de representação comercial²³⁸. Além disso, a própria natureza da relação demonstra sua característica de se estender no tempo.

O ponto (ii) pode ser extraído do artigo 27, que trata dos diversos elementos de constância obrigatória no contrato de representação comercial, bem como do artigo 38, que fala dos encargos ou atribuições diferentes dos previstos no contrato, exercidos a título de cooperação.

O ponto (iii) é uma decorrência básica da remuneração por comissão, visto que, quantos mais contratos fechados pela representada, intermediados pelo representante, maior ganho para ambos. Além disso, o aumento das vendas em uma determinada zona é de interesse de ambas as partes, e consequência natural da representação comercial bem exercida. Também deve se ressaltar as diversas proteções que a lei confere ao representante comercial para que o seu trabalho no desenvolvimento de um mercado em determinada zona não seja indevidamente aproveitado pela representada, através do emprego de sua posição econômica mais forte.

Assim, concluímos pelo devido enquadramento do contrato de representação comercial no quadro dos contratos relacionais. Isso nos ajudará na análise desse contrato, pois coloca em relevo dois de seus elementos fundamentais, que são elencados pelas considerações doutrinárias acerca dos contratos relacionais. O primeiro desses elementos diz respeito à relação entre as partes, principalmente quanto à questão da dependência econômica de uma parte perante a outra²³⁹, que deve ser considerada quando da análise do contrato²⁴⁰. O segundo desses elementos é a força da boa-fé e da confiança nesse tipo contratual, que serão de determinante importância, bem como a não frustração da legítima expectativa para garantir

²³⁷ REQUIÃO, 2005, p. 173.

²³⁸ REQUIÃO, 2005, p. 174.

²³⁹ Nos contratos de distribuição, essa dependência econômica poderá ou não existir dependendo da relação fática em questão. Nos contratos de representação comercial, essa dependência econômica será presumida. Para isso, ver ponto 2.2.2.2.

²⁴⁰ FORGIONI, 2008, p. 75.

a estabilidade jurídica e o melhor desenvolvimento da relação obrigacional enquanto um processo²⁴¹.

Isso importaria em uma interpretação diferenciada desses contratos, buscando um tratamento jurídico adequado aos contratos relacionais. Assim, Paula Forgioni, baseada em obra do jurista americano Melvin A. Eisenberg, determina alguns parâmetros pelos quais os contratos relacionais devem se orientar, dos quais disporemos os relevantes para o contrato que estudamos:

- (i) tornar mais flexível ou mesmo superar o clássico esquema “oferta/aceitação” como base para a formação do contrato;
- (ii) diminuir a intolerância as regras contratuais indefinidas, tais como “agreements to agree”, obrigações para negociação conforme os princípios da boa-fé, etc. (ou seja, reavaliação do tratamento de cláusulas gerais);
- (iii) aumentar as possibilidades de alteração contratual em caso de modificação das circunstâncias, tais como “impossibility, impracticability, and frustration”, causas legítimas para descumprimento do pacto;
- (iv) atribuir maior eficácia a cláusulas do tipo “melhores esforços”;
- [...]
- (vii) impor aos contratantes o dever de negociar conforme a boa-fé, praticar preços “equitativos”, quando houver modificação do contexto contratual, e mesmo instituir a uma das partes o dever de aceitar essa mudança.
- (viii) permitir aos tribunais adaptarem ou revisarem as cláusulas contratuais, incluindo preços, dentro de um contexto em que as perdas de uma parte fossem compensadas pelo lucro obtido pela outra²⁴².

Porém, a mesma autora alerta para o fato de que é preciso tomar cuidado ao transpor doutrinas e teorias para nossa realidade, principalmente quando possuímos um vasto caminho jurisprudencial já trilhado no campo do direito comercial, baseado nas premissas implícitas de nosso sistema. Embora a classificação do contrato de representação comercial como relacional é adequada para que se revelem os pontos fundamentais de sua estrutura e do relacionamento entre as partes, não se pode dar a esses contratos um tratamento dissociado do ordenamento jurídico brasileiro²⁴³.

Outra teoria encontrada na doutrina brasileira, relacionada à dos contratos relacionais, é a dos contratos de colaboração²⁴⁴. Esses contratos se inserem em um contexto de instrumentalização do escoamento de mercadorias, no qual os empresários articulam seus

²⁴¹ FORGIONI, 2008, p. 75.

²⁴² FORGIONI, 2008, p. 76.

²⁴³ FORGIONI, 2008, p. 77. Assim, afirma a autora que, no Brasil, por exemplo, “o juiz não pode negociar pela parte e a parte não pode ser obrigada a contratar, salvo em raras hipóteses em que há precisão em lei”.

²⁴⁴ A teoria dos contratos de colaboração não deve ser confundida com a teoria da parassubordinação, que também é conhecida como colaboração.

esforços e iniciativas com o objetivo de criar ou consolidar mercados consumidores para determinados produtos²⁴⁵.

O traço essencial dessa categoria de contratos será essa articulação. Só existirá contrato de colaboração se um dos empresários assumir a obrigação contratual de ajudar a formação ou ampliação de mercado consumidor do produto fabricado ou comercializado pelo outro²⁴⁶. Assim, o contrato de representação comercial deve ser considerado contrato de colaboração, pois preenche os mencionados requisitos. Ele estará inserido no tipo de contrato de colaboração onde não há transferência de propriedade do bem objeto do contrato para o colaborador (no contrato de representação comercial, o representante): esse se limitará a buscar interessados em adquirir as mercadorias fabricadas ou comercializadas pelo seu fornecedor, sendo a compra e venda contratada entre o interessado localizado pelo colaborador e o fornecedor. Esses são os contratos de colaboração por aproximação²⁴⁷.

Caracterizado, então, o contrato de representação comercial como contrato de colaboração, buscamos as conseqüências que isso traz para a sua interpretação. A principal delas diz respeito aos direitos do colaborador, ao término do contrato: como ajudou a formar ou estabelecer um determinado mercado, terá de ter seus direitos à exploração desse mercado considerados²⁴⁸.

Fábio Ulhoa Coelho destaca que um elemento comum a qualquer espécie de contrato de colaboração é a subordinação da empresa do colaborador à empresa do fornecedor²⁴⁹. Afirma o autor que a combinação de esforços seria impossível se cada empresário fosse livre nas determinações de sua empresa em relação à comercialização do produto objeto do contrato, sendo, portanto, medida de racionalidade que a orientação da atuação articulada entre os empresários seja orientada por um deles. Em suas palavras: “*para que exista a colaboração, é necessária a orientação geral por conta de um dos contratantes (fornecedor), à qual forçosamente se submete o outro*”²⁵⁰.

O autor também ressalta que as partes mantêm plena autonomia como sujeitos de direito, inclusive sendo muitos aspectos da organização empresarial do colaborador definidos

²⁴⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

²⁴⁶ COELHO, 2009, p. 94.

²⁴⁷ COELHO, 2009, p. 95. A outra forma dos contratos de colaboração são os contratos por intermediação.

²⁴⁸ COELHO, 2009, p. 94.

²⁴⁹ COELHO, 2009, p. 95. É preciso notar que essa dependência mencionada não é fática, ele não atenta para a relação encontrada sob o contrato, mesmo que, como vimos ao tratar dos contratos relacionais, ela esteja presente na maioria dos casos. A dependência que o autor proclama é a que surgiria do próprio contrato, devido a sua caracterização de contrato de colaboração, onde, para que os interesses presentes no contrato, que são convergentes, encontrem um alto grau de satisfação será necessária a sua articulação por parte de um dos contratantes.

²⁵⁰ Sem grifo no original. COELHO, 2009, p. 96.

pelo próprio, sem ingerência por parte do fornecedor. Mas, em graus variados, dependendo do tipo de contrato, verifica-se certa subordinação de uma das empresas envolvidas na colaboração em face da outra²⁵¹.

Essas considerações do autor são compreensíveis, visto que estão de acordo com a natureza da relação fática que os contratos de colaboração representam. De fato, é difícil imaginar um contrato desse tipo funcionando de maneira satisfatória sem que haja uma coordenação entre os interesses das partes. A grande questão, contudo, diz respeito à obrigatoriedade do cumprimento das disposições dadas pelo fornecedor, bem como dos limites até onde essas podem se estender. Assim, não há que se falar de cumprimento obrigatório de disposições por uma das partes do contrato, salvo quando essa imposição nasce de lei ou da manifestação da autonomia da vontade determinada no contrato. Além disso, mesmo que o contrato contenha uma cláusula válida que assim determine, ainda haverá a questão acerca dos limites dessa ingerência. Tratando-se do contrato de representação comercial, é compreensível que o representado passe orientações de cunho geral ao representante, mas essas não poderão entrar no âmbito da autonomia da prestação de serviço do representante, cujas características foram apontadas no início desse capítulo, sob pena de configurar uma relação de emprego.

A proposição de Fábio Ulhoa Coelho, ao falar especificamente sobre o contrato de representação comercial, de que a dependência do representante resultará no dever deste organizar sua empresa atendendo as instruções do representado, apenas não podendo haver subordinação da pessoa do representante às ordens do representado²⁵², mostra-se equivocada. O autor demonstra não conhecer os limites entre subordinação e autonomia, expostos acima.

Apesar disso, as proposições feitas a respeito dos contratos de colaboração não devem ser invalidadas. Apenas deve se atentar a origem dessa ingerência de um contratante na atividade do outro, que não deve ser presumida, bem como dos seus limites, que não podem extravasar sua utilização legítima, dependendo do contrato em questão. A questão da subordinação existente no contrato de representação comercial, bem como da ingerência exercida legitimamente pelo representado sobre a atividade do representante, será abordada com mais atenção no terceiro capítulo desse trabalho.

²⁵¹ COELHO, 2009, p. 96.

²⁵² COELHO, 2009, p. 115.

2.2.2.2 A Lei 4.886/65 como Lei de Valor Social

Em alguns pontos deste capítulo já se afirmou o papel de proteção ao hipossuficiente que configura a Lei 4.886/65. Agora, se analisará a fundo o porquê se deu esse papel a essa lei e quais são as conseqüências disso.

Sabemos que a lei, quando cria uma posição de superioridade de uma parte sobre outra, deve fazê-lo por algum motivo. Um desses motivos é fazer com a lei o reequilíbrio de uma relação que, no mundo dos fatos, devido a determinadas circunstâncias fáticas, pende para um dos lados. Esse é o caso, por exemplo, das leis que protegem o trabalhador subordinado, como a CLT, que reconhecem e atuam para restabelecer o equilíbrio entre capital (empregador) e trabalho (empregado) que, naturalmente, pende para aquele, bem como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, que busca restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, que costuma pender para o fornecedor, devido a sua posição privilegiada em questões técnicas, econômicas e de informação. Essas leis atuam conferindo direitos às partes em situação desvantajosa através de normas imperativas, de ordem pública, que não podem ser renunciadas pelas partes que protegem, mesmo no exercício de sua autonomia da vontade, justamente para impedir que a situação em que se encontram as faça abrir mão desses direitos. Esse também é o caso da Lei 4.886/65.

A relação fática existente entre representante comercial e representado é marcada, na maioria das vezes, pela dependência econômica daquele em relação a este, sendo essa característica típica dos contratos relacionais, como exposto. Essa posição de superioridade da representada pode ser usada de diversas formas que prejudiquem o representante: poderia a representada, após anos se beneficiando do trabalho do representante comercial, se desvencilhar desse, já tendo mercado garantido para a colocação de seus produtos, não precisando mais de intermediário. Assim, ficaria o representante comercial sem nenhum ressarcimento pelo seu trabalho na criação desse mercado.

Frente a essa e outras situações que aconteciam na época onde não havia lei regulando a representação comercial, Rubens Requião afirma:

A Constituição proclama que o trabalho é uma obrigação social. E sendo obrigação social merece, conseqüentemente, seja qual for a sua natureza, proteção do Estado, através da lei. O trabalhador assalariado tem a tutela de seus direitos, definidos na legislação social, para cuja aplicação se criaram tribunais especiais de Justiça. O cientista, o literato, o trabalhador intelectual têm a proteção de seus direitos autorais tutelados pela lei civil, ou

de suas invenções protegidas pelos preceitos da Lei da Propriedade Industrial. As empresas capitalistas têm a proteção de seus direitos contra a concorrência desleal. Em todos os setores o poder público tutela o trabalho assalariado ou empresarial. Faltava, apenas, igual proteção ao representante comercial, que era um verdadeiro pária, marginal do Direito²⁵³.

Atentando a esses fatos, se criou a Lei 4.886/65, que veio garantir proteção aos representantes comerciais contra abusos sustentados na posição mais favorável do representado. Essa proteção legal se assemelha à dos empregados, inclusive tendo buscado o legislador subsídios na CLT para regular a situação do representante comercial autônomo, estipulando figuras afins como o aviso prévio²⁵⁴. Aqui, porém, deve ser feita uma ressalva. Mesmo possuindo a CLT e a Lei 4.886/65 objetivos coincidentes (proteção de uma parte hipossuficiente da relação) e mesmo se utilizando de instrumentos parecidos (como o referido aviso prévio), não pode se utilizar os princípios do direito do trabalho na interpretação das questões relacionadas ao representante comercial²⁵⁵. Essas duas relações são diferentes e a lei cuidou de regulá-las com a proteção que entendeu devida, não sendo papel do intérprete criar uma proteção maior, se utilizando de meios equivocados de interpretação. Aqui é útil lembrar que o primeiro projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados que regulava a representação comercial foi vetada pelo Presidente Castelo Branco por equiparar demasiadamente a representação comercial à relação de emprego²⁵⁶.

Esse caráter de lei social da lei 4.886/65 é reconhecido pelos tribunais superiores brasileiros. Assim, afirmou o STF, no Recurso Extraordinário 81.128 de 12/08/1975, através do Ministro Cordeiro Guerra: “*É inegável que a lei 4.886/65, **de caráter social**, inspirou-se no contrato de trabalho, e no Direito Trabalhista [...]*”²⁵⁷. O STJ reconheceu essa decisão no Recurso Especial 9144-MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves: “*O que está em jogo é a lei e lei de caráter social, como se encontra ressaltado no RE 81.128, sobrepondo-se, em consequência, aos pactos*”²⁵⁸.

Quanto às consequências desse caráter de lei social dado a Lei 4.886/65, elas podem ser divididas em duas, dizendo respeito ou a hipótese legal das normas que dela decorrem ou a suas consequências jurídicas.

²⁵³ REQUIÃO, 2005, p. 189.

²⁵⁴ BULGARELLI, 1997, p. 505.

²⁵⁵ COELHO, 2009, p. 114.

²⁵⁶ REQUIÃO, 2005, p. 9-10.

²⁵⁷ Sem grifo no original. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 81128-SP. Relator Ministro Cordeiro Guerra, 1975, p. 699.

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 9144-MG, Relator Ministro Nilson Naves, p 33.

No âmbito da hipótese legal, se dará com a representação comercial o mesmo que acontece com a relação de trabalho, baseado na teoria do contrato-realidade. Ou seja, aquelas situações fáticas que se enquadrarem nos pressupostos da hipótese legal da norma que trata da relação de representação comercial terão a elas imputada a condição efetiva de representante comercial, independente do que dispõe a vontade das partes ou o contrato²⁵⁹, aplicando-se, então, as conseqüências jurídicas dessa norma. Assim, mesmo que no caso concreto não esteja configurada a dependência econômica do representante comercial frente ao representado, que foi o que justificou a criação da proteção legal, se a relação entre esses contratantes possuir os pressupostos da representação comercial, o representante terá os direitos concedidos pela Lei 4.886/65.

Quanto às conseqüências jurídicas, elas não poderão ser objeto de renúncia pelas partes, pois se trata de normas de ordem pública²⁶⁰. Essa renúncia será nula e inábil a produzir efeitos²⁶¹. Contudo, deve se destacar que nem todas as normas presentes na Lei 4.886/65 são de ordem pública, sendo, então, dispositivas²⁶², devendo o intérprete, através do conhecimento da razão pela qual se atribui essa natureza a determinadas normas, diferenciá-las, podendo, então, proceder a sua correta aplicação.

2.3 Os Pressupostos da Representação Comercial

Feitas as análises prévias necessárias, se passará agora ao tratamento da questão central desse capítulo, qual seja, a definição dos pressupostos da representação comercial. Contudo, devem-se observar, inicialmente, as conseqüências que as exposições feitas previamente nesse trabalho trazem para esse capítulo.

Será utilizada aqui a distinção feita entre pressupostos e requisitos encontrada no primeiro capítulo. Buscam-se, portanto, os elementos necessários para que se possa dizer que, frente a uma situação fática, ela pode ser considerada como representação comercial. Esses elementos, seus pressupostos, não se confundem com os requisitos de validade do contrato de representação comercial, como os presentes nos artigos 2º e 27 da Lei 4.886/65. Não se

²⁵⁹ WALD, Arnoldo. Do Regime Jurídico do Contrato de Representação Comercial. Revista Jurídica. Ano XLIII, nº 213, julho de 1995, p.11.

²⁶⁰ REQUIÃO, 2005, p. 172.

²⁶¹ WALD, 1995, p. 18.

²⁶² REQUIÃO, 2005, p. 172.

discute, por óbvio, que o descumprimento desses requisitos trará conseqüências para a relação jurídica, mas não depende deles a caracterização de uma relação fática como sendo de relação comercial ou não²⁶³. É uma imposição do caráter de lei social da Lei 4.886/65 que se descubram os elementos mínimos necessários para que suas conseqüências jurídicas fundamentais sejam aplicadas no caso concreto.

Os pressupostos da representação comercial podem ser encontrados no texto da Lei 4.886/65, considerando a diferenciação feita entre representação comercial e agência. É comum na doutrina brasileira que, ao tratar do tema em questão, o faça confundindo pressupostos, requisitos, deveres contratuais. Rubens Requião fez a análise mais acurada da matéria quando listou quatro elementos que seriam os pressupostos²⁶⁴ da representação comercial, retirados do artigo 1º da Lei 4.886/65: a) atividade empresarial; b) não-eventualidade das prestações; c) a mediação para a realização de negócios mercantis; e d) autonomia da atividade do agente²⁶⁵. Necessário que se faça, agora, a análise de cada um desses elementos.

2.3.1 Atividade Empresarial

Para Rubens Requião, o fato do artigo 1º da Lei 4.886/65 permitir que a representação comercial seja exercida tanto isoladamente pelo agente, pessoa física, como podendo ser praticada por pessoa jurídica, nos indica que essa atividade é naturalmente empresarial²⁶⁶. Fábio Ulhoa Coelho concorda com essa opinião, afirmando que mesmo o representante comercial pessoa física, por menor que seja sua empresa, será empresário²⁶⁷.

De fato, a atividade do representante comercial entra nos pressupostos necessários para a caracterização de empresário previstos no artigo 966 do Código Civil²⁶⁸. Isso, contudo,

²⁶³ A importância dos requisitos, os aspectos formais da relação de emprego e da representação comercial, será abordada no capítulo seguinte, ponto 3.2.1.

²⁶⁴ A terminologia utilizada pelo autor foi “características jurídicas”. A utilização do termo pressuposto é melhor pelo contexto em que se apresenta o trabalho, não variando, contudo, o sentido.

²⁶⁵ REQUIÃO, 2005, p. 58.

²⁶⁶ REQUIÃO, 2005, p. 59.

²⁶⁷ COELHO, 2009, p. 115.

²⁶⁸ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

é mera consequência da relação fática típica da representação comercial, não um de seus pressupostos. É melhor que se defina como pressuposto inicial da representação comercial, portanto, que ela seja exercida por pessoa física²⁶⁹ ou jurídica.

2.3.2 Não-Eventualidade das Prestações

A mesma dificuldade que encontramos na análise desse pressuposto quando esta foi feita frente à relação de emprego é aqui encontrada. A doutrina se divide, não conseguindo preencher com exatidão o significado da não-eventualidade.

Rubens Requião liga esse conceito ao de profissionalidade, de exercício profissional da atividade, que se liga ao fazê-lo com habitualidade²⁷⁰. Segundo o autor, para que alguém, no âmbito da representação comercial, fique sujeito à tutela legal, deverá fazer dela profissão. Aquele que apenas pratica atos isolados, esporádicos, de representação comercial, não a exercendo de forma profissional, não faz jus à proteção que a lei dispensa²⁷¹.

Gustavo Luís da Cruz Haical critica a posição acima, afirmando que a não-eventualidade se refere aos atos praticados pelo agente, tratando-se de uma qualidade objetiva. Já a profissionalidade diz respeito a uma condição do sujeito, sendo uma qualidade subjetiva. Assim, prefere o critério da continuidade e da estabilidade, ou seja, respectivamente, não deve o contrato se extinguir pelo seu adimplemento e o representante deve, além da promoção dos negócios, realizar tantos atos quanto forem a fim de adimplir satisfatoriamente o dever jurídico principal²⁷².

Rubens Edmundo Requião entende que a não-eventualidade impõe que o contrato seja de longa duração. Não pode ser ato instantâneo, de curta vida²⁷³.

Enfim, o preenchimento do sentido do conceito da não-eventualidade é uma tarefa difícil. A utilização do mencionado a respeito dessa questão no primeiro capítulo é útil, principalmente no que diz respeito a não considerar a não-eventualidade como um critério

²⁶⁹ Aqui cabe fazer referência a crítica de Rubens Requião ao termo *pessoa física*, preferindo a utilização de *pessoa natural*. REQUIÃO, 2005, p. 51-52.

²⁷⁰ REQUIÃO, 2005, p. 59 e 75-76.

²⁷¹ REQUIÃO, 2005, p. 76.

²⁷² HAICAL, 2008, p. 61-62. Embora esteja falando do contrato de agência, as disposições do autor são válidas para essa questão, visto que a não-eventualidade é requisito de ambos os contratos.

²⁷³ REQUIÃO, 2005, p. 12.

temporal. Além disso, as dificuldades são imensas, como já apontado, impossibilitando uma precisão do conceito fora da análise do caso concreto.

2.3.3 A Mediação para Realização de Negócios Mercantis

Esse é objeto típico da representação comercial. O representante comercial é tipicamente um mediador, podendo essa mediação se orientar apenas para o recolhimento de propostas ou pedidos, aproximando o vendedor do comprador, ou complementando essa tarefa com “*atos relacionados à execução do negócio*”²⁷⁴.

A ação do mediador é exercitada durante o processo preliminar do negócio, sendo esse realizado diretamente pelas partes. Por isso ele só intervém para facilitar e auxiliar a conclusão do negócio entre pessoas que não ele. Assim que se conseguiu o acordo de vontades, o ofício do representante cessa²⁷⁵.

Deve se ressaltar que, pelo já exposto acima, a utilização da palavra mercantil não encontra mais sentido no direito brasileiro, depois da unificação das obrigações processada pelo Código Civil de 2002. Além disso, pela diferença proposta entre o contrato de agência e o de representação comercial, a atividade do representante comercial deve ser a do “tirador de pedidos”, já definida acima.

2.3.4 Autonomia da Atividade do Agente

É o pressuposto mais imperativo da representação comercial. Não haverá contrato típico de representação comercial se houver ocorrência de elo de subordinação²⁷⁶.

Já discorremos acima sobre as características do trabalho autônomo, quais sejam, principalmente, o desenvolvimento de sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além da escolha do lugar, do modo, do tempo e da forma de sua execução.

²⁷⁴ REQUIÃO, 2005, p. 60.

²⁷⁵ REQUIÃO, 2005, p. 78-79.

²⁷⁶ REQUIÃO, 2005, p. 60.

Essas características devem estar presentes em uma relação fática para que ela possa ser chamada de representação comercial.

No capítulo seguinte, onde vamos comparar os pressupostos da relação de emprego e da representação comercial, também nos deteremos na análise de como a autonomia normalmente se caracteriza especificamente na representação comercial.

3 COMPARAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO

3.1 Considerações Iniciais

3.1.1 As Zonas Grises do Contrato de Trabalho

Iniciamos o terceiro e último capítulo desse trabalho explicando o que são as zonas grises do contrato de trabalho, onde está inserido o problema central que tentamos resolver.

Essa expressão tem como autor o jurista argentino Mario Deveali, que assim dispôs ao tratar da questão:

En el terreno de las ciencias jurídicas, como en el de todas las demás ciencias en las cuales es menester proceder a clasificaciones, existen, al lado de los casos típicos, zonas grises en las cuales la clasificación se presenta particularmente difícil²⁷⁷.

E, especificamente, quanto ao contrato de trabalho:

Esto ocurrió y acontece actualmente en cuanto al concepto de trabajador subordinado: concepto que, independientemente de cualquier definición legislativa, resulta claro a todos en su configuración más general y características; pero se oscurece, dando lugar a dudas y perplejidades, cuando trátase de clasificar las innumerables figuras intermedias entre las del típico empleado y del trabajador autónomo.

Se trata de cuestiones complejas y difíciles, a tal punto que alguien las juzgó insolubles. Y, en efecto, a la natural multiformidad de las relaciones humanas se agrega el inconveniente de la igualmente natural tendencia de los interesados a atribuir a sus relaciones jurídicas la forma o la apariencia que permita incluirlas en aquella categoría que ellos consideran como más ventajosa para sí, tendencia recíproca y natural que, por ello, ni siquiera desde un punto de vista ético, sería justo calificar de mala fe²⁷⁸.

²⁷⁷ DEVEALI, Mario. Lineamientos de Derecho Del Trabajo. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora, 1953, p. 369.

²⁷⁸ DEVEALI, 1953, p. 369.

É justamente essa a situação em que se encontra a relação entre o contrato de trabalho e o contrato de representação comercial. Ela talvez seja, inclusive, a mais famosa das zonas grises do contrato de trabalho, devido a uma particularidade que apresenta. Essa particularidade é demonstrada por Marly Cardone, baseado em magistério de Riva Sanseverino: “*o caso do agente ou representante do comércio é realmente típico, pois que, quando é ele um trabalhador autônomo está sempre sujeito a certas diretrizes e quando trabalha como empregado goza sempre de uma certa autonomia*”²⁷⁹”.

É nesse horizonte que se situa o problema que tentaremos resolver nesse capítulo. Dessa forma, continuar-se-á, agora, com a análise de qual o papel da doutrina na sua solução.

3.1.2 O Papel da Doutrina na Solução do Problema

Nosso objetivo principal, nesse capítulo, será fazer uma análise comparativa dos pressupostos de configuração da relação de emprego e da representação comercial, com o intuito essencial de encontrar suas diferenças.

A dificuldade a que se submete a tentativa de encontrar os elementos que diferem as duas relações já foi exposta na introdução desse trabalho, bem como a razão para a sua existência. Essa dificuldade foi notada pelos doutrinadores brasileiros que se ocuparam da questão, onde se destacam Rubens Requião e Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Ambos doutrinadores buscaram soluções para o problema, embora partindo de pontos de vista diferentes quanto à forma que deve ser enfrentada a questão. Esses pontos de vista diferentes decorrem de posicionamentos diversos quanto ao papel da doutrina na solução da questão.

Assim, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena afirma que, apesar das tentativas da doutrina de discernir os dados mais contraditórios em cada uma das relações, esse empreendimento não tem como lograr êxito, após a entrada em vigor da Lei 4.886/65²⁸⁰. A justificativa dessa afirmação vem do fato de que algumas disposições normativas que traz a referida Lei fazem com que a representação comercial possa ser exercida em um estado muito próximo ao de subordinação²⁸¹. Embora a representação comercial seja qualificada como relação de natureza

²⁷⁹ CARDONE, Marly. *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho*. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: LTr, 1998, p. 25.

²⁸⁰ VILHENA, 2005, p. 562.

²⁸¹ Essa questão é enfrentada nos pontos 3.3.1.1 e 3.3.1.2.

autônoma pela mesma Lei, a concretização dessa relação, através das suas disposições legais, não respeita essa natureza, criando uma contradição.

Dessa forma, conclui o jurista que não há como se fazer uma diferenciação eficaz entre a relação de emprego e a representação comercial fora dos casos concretos²⁸². Apenas o juiz, frente a uma situação fática específica, buscando o “*tônus de ingerência*” do contratante frente ao contratado, poderá determinar ser a presente relação de emprego ou de representação comercial²⁸³. Ou seja, a diferença entre as duas relações residiria apenas na valoração de indícios feitas no caso concreto, mas não teria como ser justificada em critérios técnico-jurídicos. A solução seria apenas possível na atuação do juiz, não na da doutrina.

Por outro lado, Rubens Requião, após reconhecer todas as dificuldades trazidas pela matéria, inclusive ressaltando que autores estrangeiros também as encontram, afirma a importância da atividade doutrinária na solução da questão. Afirma ser papel do jurista vencer as dificuldades práticas ou científicas que lhe são apresentadas, “*fugindo das soluções empíricas e arbitrárias que geralmente resultam da análise superficial dos fatos*”²⁸⁴. Assim, “*a distinção teórica, assentada nos princípios científicos que dão estrutura à relação jurídica é tarefa que pertence aos juristas, que não devem fugir dos caminhos intrincados que os fatos muitas vezes registram*”²⁸⁵. Ou seja, a solução do problema da distinção entre a relação de emprego e a representação comercial deve se assentar em uma base teórica anterior, que orientará a interpretação da situação fática feita pelo juiz no caso concreto.

A exposição dessas duas propostas do papel da doutrina no enfrentamento do problema se justifica, pois é da solução dessa questão inicial que decorrerá a forma como continuaremos nossa análise a partir daqui. De acordo com a primeira proposta, dever-se-ia tomar o caminho de uma análise jurisprudencial, buscando quais os elementos fáticos, presentes nos casos concretos, que mais comumente se prestam a fazer a distinção. De acordo com a segunda proposta, a abordagem da questão deveria se dar através da análise da norma jurídica, dos princípios que a revestem e da concretização de seus elementos presente no próprio texto legal.

A abordagem que aqui será feita é a que decorre da segunda proposta, por estarmos de acordo com a relevância central da doutrina para a solução da questão proposta. Ainda que a conclusão a que vamos chegar possa ser pela impossibilidade de se estabelecer uma distinção

²⁸² Isso só seria possível, segundo o autor, se fosse dada importância definitiva aos requisitos formais necessários para a configuração de cada relação. Isso, porém, não é permitido no âmbito do direito brasileiro. VILHENA, 2005, p. 556-563.

²⁸³ VILHENA, 2005, p. 566-567.

²⁸⁴ REQUIÃO, 2005, p. 55.

²⁸⁵ REQUIÃO, 2005, p. 55.

entre a relação de emprego e a representação comercial fora do caso concreto, como afirma Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, essa perspectiva não pode nos furtar à análise. Se esse for o resultado obtido, teremos uma comprovação da debilidade da lei no tratamento da questão, constituindo, portanto, um argumento pela sua mudança.

Além disso, a busca por elementos de distinção que prescindam do caso concreto é a mais adequada a ser feita em um trabalho doutrinário. Assim, esses elementos serão passíveis de orientar a resolução dos casos mais diversos, envolvendo situações ainda não submetidas à análise jurisprudencial, o que é muito possível frente à constante modificação nas relações de trabalho trazidas pelo desenvolvimento da sociedade.

Queda justificada, portanto, a escolha da forma com que abordaremos a questão. Buscaremos elementos que possam ser extraídos da norma jurídica que permitam que se faça uma distinção teórica entre as duas relações. Dessa forma, começaremos nossa análise pela comparação entre os pressupostos da relação de emprego e da representação comercial encontrados nos capítulos anteriores, a procura de suas diferenças. Em seguida, buscaremos a importância que os requisitos das duas relações podem ter nessa distinção.

3.2 A Distinção entre a Relação de Emprego e a Representação Comercial

3.2.1 Diferenças baseadas nos Pressupostos

Na análise feita nos dois primeiros capítulos dessa monografia, determinamos quais são os pressupostos da relação de emprego e da representação comercial. Agora, deve-se proceder a comparação desses pressupostos, buscando encontrar aqueles que diferenciam as duas relações jurídicas.

Quanto à relação de emprego, ela existe quando configurados dois sujeitos diferentes em uma determinada relação, o empregador e o empregado. Como vimos, cada um desses sujeitos possui determinados pressupostos necessários para que existam, sendo que, apenas quando ambos estiverem presentes, poderá se falar que determinada relação é uma relação de emprego.

Contudo, para essa comparação, utilizaremos apenas os pressupostos da figura do empregado, visto que é nesse pólo da relação que nascerá a dúvida em relação a se está diante

de relação de emprego ou de contrato de representação comercial. Quanto à figura do empregador/representado não haverá diferenças substanciais, não sendo necessário fazer qualquer distinção. Assim, os pressupostos para a configuração do sujeito empregado são a pessoalidade, a não-eventualidade, a onerosidade e a subordinação.

Já os pressupostos da representação comercial são a atividade empresarial, a não-eventualidade, a mediação para realização de negócios e a autonomia da atividade do representante.

Dividiremos nossa análise comparativa entre os pressupostos que revelam e que não revelam diferenças entre as relações.

3.2.1.1 Pressupostos que Não Revelam Diferenças

Os pressupostos aqui analisados são compatíveis com ambas as relações, não fornecendo critérios para sua distinção. Alguns desses elementos podem ser pressupostos de uma relação, mas não da outra, sendo, sendo, para essa, apenas facultativos. Ainda assim, como buscamos critérios que consigam revelar, frente a um caso concreto, qual a relação que se configura, esses não possuem utilidade, visto que não conseguem excluir a possibilidade de existência da outra relação.

Os pressupostos que não revelam diferenças entre a relação de emprego e a representação comercial são a não-eventualidade, a onerosidade e a mediação para realização de negócios.

A não-eventualidade é um pressuposto de ambas as relações, com previsão expressa nas respectivas leis. Dessa forma, não se presta a fazer a distinção entre essas relações²⁸⁶. Embora os posicionamentos doutrinários quanto à determinação do sentido do que seja não-eventualidade variem entre a doutrina trabalhista e a doutrina comercialista, isso decorre da dificuldade já apresentada de delimitar o seu sentido, não da existência de diferenças em relação ao seu significado entre as diferentes leis²⁸⁷.

²⁸⁶ REQUIÃO, 2005, p. 60-61.

²⁸⁷ Isso é comprovado pelo fato de que mesmo entre os doutrinadores trabalhistas e comercialistas existe diversos posicionamentos diferentes.

Quanto à onerosidade, esse é um pressuposto que está na essência de todo os contratos de locação de serviços, ou contratos de atividade, que são bilaterais e onerosos²⁸⁸. Dessa forma, não permite distinção entre as relações, sendo tanto o contrato de trabalho como o contrato de representação comercial onerosos. Além disso, como vimos, a onerosidade pode ser entendida como uma consequência da prestação efetuada em uma determinada relação, mais do que um elemento necessário para que essa exista.

A mediação para realização de negócios, pressuposto da representação comercial por ser a atividade típica prevista em lei a ser exercida no contrato, também pode ser prestada por empregado, não sendo, portanto, exclusiva. Prova disso é a existência de uma lei especial para tratar dos empregados que realizam essa atividade, a Lei 3.207/57²⁸⁹, que regulamenta a atividade dos empregados viajantes, vendedores ou praticistas²⁹⁰. Quanto a isso, afirma Mario Deveali:

[...] las funciones del viajante-empleado son exteriormente idénticas a las del agente comercial o viajante autónomo. La diferencia entre las dos figuras no debe pues buscarse en la naturaleza das funciones que realizan frente a los terceros, sino en la naturaleza de las relaciones internas que existen entre el viajante o agente y la respectiva casa mandante²⁹¹.

Assim, não é a atividade prestada que permitirá que se faça a distinção entre as relações, mas a forma como se dá o relacionamento entre o contratante e o contratado.

3.2.1.2 Pressupostos que Revelam Diferenças

Os pressupostos que revelam diferenças entre as duas relações podem ser separados em pares, onde se encontram elementos contrapostos. Assim, podemos falar na dicotomia pessoalidade/atividade empresarial e subordinação/autonomia.

²⁸⁸ REQUIÃO, 2005, p. 57.

²⁸⁹ Não deve causar estranhamento a menção tão tardia da existência dessa lei que, a primeira vista, parece tão relevante para o tema. Isso se justifica pelo fato de que essa lei não traz disposições especiais acerca da configuração da relação de emprego desses empregados, apenas trata de algumas consequências jurídicas diferentes aplicadas ao seu contrato. Dessa forma, a limitação proposta quanto ao tema desse trabalho torna desnecessária a análise desse diploma legal.

²⁹⁰ Para a distinção entre esses conceitos, recomendamos a leitura do texto de Marly Cardone: CARDONE, 1998, p. 13-19.

²⁹¹ DEVEALI, 1953, p. 371-372.

3.2.1.2.1 A Pessoaalidade da Relação de Emprego e a Atividade Empresarial da Representação Comercial

Os primeiros pressupostos capazes de revelar diferenças entre a relação de emprego e a representação comercial são os da pessoaalidade da relação de emprego quando confrontado com o caráter de atividade empresarial da representação comercial. Esse, porém, é de um critério relativo²⁹², pois depende da relação fática subjacente, podendo ser superado pelo princípio da primazia da realidade.

Como vimos acima²⁹³, a pessoaalidade da relação de emprego se desdobra em algumas conseqüências. A primeira delas é que esta só poderá ser exercida por pessoa física. O mesmo, porém, não se dá em relação à representação comercial, que, devido a ser uma atividade de caráter empresarial, também pode ser exercida por pessoa jurídica.

Apesar disso, ainda que um representante comercial tenha constituído pessoa jurídica e exerça, aparentemente, sua atividade através dela, isso não excluirá a necessidade de exame da situação fática subjacente, caso este venha a reclamar direitos trabalhistas na justiça do trabalho. A razão disso é que a constituição de pessoa jurídica é uma das formas mais simples de tentar fugir a aplicação do Direito do Trabalho, escondendo atrás da roupagem de sociedade empresária uma relação de emprego. Como o princípio da primazia da realidade permite que se supere a roupagem formal de uma situação, buscando a sua efetiva materialidade, não serão todos os casos em que se encontra uma pessoa jurídica prestando serviços de representação comercial passíveis de afastar a relação de emprego.

Em alguns casos a organização empresarial sob forma de pessoa jurídica do representante é de fácil comprovação. São os casos de sociedades empresárias com sede própria, bastante sócios. Nesses casos, não haverá como se falar em relação de emprego, apenas em representação comercial. Em outros, porém, os fatores de organização empresária se acham tão esmaecidos que a sua comprovação se torna difícil²⁹⁴. É o caso, por exemplo, de uma sociedade empresária cujos sócios são cônjuges, sendo que um deles possui apenas quotas mínimas. Nesse caso, não poderá se prescindir da análise da situação fática por trás dessa aparência formal, em busca de outros elementos que apontem para a relação existente.

²⁹² REQUIÃO, 2005, p. 61.

²⁹³ Ponto 1.4.1.

²⁹⁴ REQUIÃO, 2005, p. 61.

Assim, a possibilidade de exercício da representação comercial por pessoa jurídica é critério que se presta a diferenciação, mas só em situações extremas, não sendo útil na maioria dos casos, onde não impedirá que exames posteriores sejam feitos. Além disso, cabe referir que a maioria dos casos onde surgirão dúvidas entre a configuração da relação de emprego ou da representação comercial será de atividade prestada por pessoa física, fazendo com que esse critério sequer exista.

A outra consequência do pressuposto da pessoalidade é o de conferir ao contrato de trabalho caráter *intuitu personae*. O contrato de representação comercial, por outro lado, pode ou não ser personalíssimo, dependendo do disposto no contrato. Isso se extrai do artigo 42 da Lei 4.886/65²⁹⁵, que regulamenta a contratação de subagentes pelo representante comercial²⁹⁶. O representante possuirá essa faculdade, a menos que o contrato contenha disposição expressa em contrário.

Dessa forma, o caráter personalíssimo da relação de emprego também pode estar presente na representação comercial, tornando um critério relativo de distinção, que dependerá do caso concreto. Por um lado, o representante poderá contratar subagentes para ajudá-lo na representação, revelando, assim, sua organização empresária própria²⁹⁷ e impedindo que se configure a relação de emprego. Por outro, a atividade poderá ser prestada exclusivamente por uma pessoa, em caráter personalíssimo, o que não permitirá que se aponte para qualquer das duas relações. Assim, como o disposto acerca do exercício da representação comercial por pessoa jurídica, esse critério só será útil para a distinção em situações extremas, não servindo para a maioria dos casos.

²⁹⁵ “Art. 42. Observadas as disposições constantes do artigo anterior, é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação”.

²⁹⁶ Interessante notar que esse artigo foi incluído na Lei 4.886/65 pelo conjunto de reformas trazido pela Lei 8.420/92. Antes disso, pela não existência de uma previsão legal permitindo a contratação de subagentes, a jurisprudência entendia que existia relação de emprego entre o representante e seus subagentes. Para isso, REQUIÃO, 2005, p. 288-289.

²⁹⁷ Na verdade, tanto a existência de uma pessoa jurídica efetiva, como a contratação de subagentes, fatores que demonstram a existência de uma organização empresária própria, são passíveis de descaracterizar a representação comercial por demonstrarem a existência de autonomia, que, como veremos, é o critério fundamental de distinção entre essas duas relações.

3.2.1.2.2 A Subordinação da Relação de Emprego e a Autonomia da Representação Comercial

Encontramos a diferença fundamental entre a relação de emprego e a representação comercial, respectivamente, nos pressupostos da subordinação e da autonomia, que se contrapõem. Esses dois conceitos antitéticos serão os adequados para fazer uma distinção dogmática entre as relações²⁹⁸. De fato, é na subordinação que encontramos a diferença do contrato de trabalho para todos os outros contratos de atividade, como visto acima.

Assim, frente a um caso concreto, deverão ser buscados na forma como é prestada a atividade de mediação de negócios indícios que apontem para um desses dois conceitos. Se esses indícios revelarem a subordinação do prestador, haverá relação de emprego. Se revelarem autonomia, haverá representação comercial. Esse critério é definitivo, passível de resolver qualquer situação sem que seja necessário qualquer exame posterior.

Isso, porém, não conclui nossa pesquisa. Apesar de já termos demonstrado nos capítulos anteriores os traços fundamentais que caracterizam a subordinação e a autonomia, devemos fazer uma análise mais aprofundada desses conceitos. Nessa análise, buscaremos como se concretizam esses dois conceitos jurídicos indeterminados na atividade de mediação de negócios²⁹⁹ - atividade típica do representante comercial, mas que também pode ser prestada por empregado – procurando preenchê-los de sentido. Assim, entendendo como a subordinação e a autonomia se revelam frente a essa atividade específica, conseguiremos delimitar com mais precisão quando se configura a relação de emprego ou a representação comercial frente a um caso concreto.

Antes disso, porém, analisaremos o papel dos requisitos na distinção entre as duas relações.

²⁹⁸ REQUIÃO, 2005, p. 61.

²⁹⁹ Para fins analíticos, utilizaremos, a partir de agora, a terminologia “mediação de negócios” para nos referir à atividade típica do contrato de representação comercial. Isso, porém, não exclui o que foi dito acerca dessa atividade no segundo capítulo dessa monografia.

3.2.2 Importância dos Requisitos

Na busca feita nos capítulos anteriores pelos pressupostos da relação de emprego e da representação comercial, os requisitos exigidos pela lei foram considerados como de importância secundária para a configuração das mesmas. A justificativa para isso decorre de duas razões.

A primeira razão é o conceito de pressuposto utilizado no decorrer desse trabalho, que exclui do suporte fático da norma que prevê a configuração de determinada relação jurídica quaisquer elementos não substanciais, como os requisitos, eminentemente formais. Esses aparecerão em um momento posterior da relação, quando ela já está configurada, sendo importantes para a análise da validade desta, mas não de sua existência.

A segunda razão atua como uma fundamentação da primeira, dizendo respeito ao caráter de ordem pública tanto das normas que regulam a relação de emprego, como das que regulam a representação comercial. O princípio da primazia da realidade, fundamental para o Direito do Trabalho, é uma decorrência dessa natureza cogente, em sua maioria, das normas que envolvem a relação de emprego. Sendo que a representação comercial também está envolta em normas de mesma natureza, deve se entender que similar princípio deve ser utilizado quando da análise de sua configuração também. Assim, esse princípio faz com que, quando da análise da configuração dessas relações, não haverá que se ter em conta os requisitos, mas apenas os pressupostos das mesmas.

Isso, contudo, não quer dizer que os requisitos não possuam qualquer importância para a solução de nossa questão.

Frente a situações de difícil resolução, quando não é possível determinar, de forma apriorística, onde termina um determinado tipo de contrato e onde outro começa, os requisitos formais surgem como relevantes critérios probatórios, visto que constituem presunções que apontam em determinada direção. Assim, por exemplo, a inscrição nos registros necessários ao exercício da representação comercial, bem como o pagamento dos impostos que incidem sobre essa atividade, são elementos que indiciam a existência da representação comercial³⁰⁰. Esses elementos, porém, não afetam a substância da relação³⁰¹, não sendo suficientes para, sozinhos, determinarem a existência ou não desta³⁰², não pré-excluindo “o exame da situação

³⁰⁰ CARDONE, 1998, p. 32-33; REQUIÃO, 2005, p. 70.

³⁰¹ REQUIÃO, 2005, p. 70.

³⁰² CARDONE, 1998, p. 33-34.

*de fundo, ou seja, da forma pela qual se desenvolve a representação e as relações substanciais que se sucedem entre representante e representado*³⁰³”.

Ou seja, esses requisitos formais são presunções relativas, que admitem prova em contrário, e que não são suficientes para excluir o exame da situação subjacente de fato, onde se buscará a existência ou não dos pressupostos da relação. Nesse sentido, aponta Rubens Requião ao tratar da questão da obrigatoriedade do registro previsto no artigo 2º da Lei 4.886/65³⁰⁴:

O registro não é constitutivo da situação jurídica do representante comercial, mas apenas declaratório. Isso quer dizer que o fato de o indivíduo estar registrado não prova ser ele efetivamente representante comercial. É necessário que desempenhe a profissão, nos moldes regulados pela lei. O fato de um contrato designar alguém como representante comercial, e que esse alguém esteja registrado, não constitui prova plena da existência da relação de representação comercial entre os contratantes³⁰⁵.

Pode também se referir que a falta desses requisitos formais, como no caso do exercício de representação comercial sem a feitura do registro acima referido, pode gerar determinadas conseqüências jurídicas, como a prevista no artigo 5º da Lei 4.886/65³⁰⁶ ou no artigo 47 do Decreto-Lei 3.688/41³⁰⁷ (lei das contravenções penais). Isso, porém, também não influirá na configuração ou não da relação subjacente.

Uma última questão a ser abordada em relação ao assunto é o posicionamento de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quanto à situação de falta de requisitos formais da representação comercial. Assim dispõe o autor:

Todavia, pode-se armar um axioma pela recíproca, e que é inafastável: a absoluta inexistência de qualquer pré-requisito formal que sinalize o representante comercial autônomo como tal contém a irremissível presunção de que, em realidade, é ele um vendedor-empregado, praticista ou viajante³⁰⁸.

Essa idéia vai contra o proposto de que os requisitos (ou a sua falta) geram presunções relativas, visto que afirma a constituição de presunção absoluta de existência de relação de

³⁰³ VILHENA, 2005, p. 557-558.

³⁰⁴ “Art. 2º É obrigatório o registro dos que exerçam a representação comercial autônoma nos Conselhos Regionais criados pelo art. 6º desta Lei”.

³⁰⁵ REQUIÃO, 2005, p. 89-90.

³⁰⁶ “Art. 5º Somente será devida remuneração, como mediador de negócios comerciais, a representante comercial devidamente registrado”. A grande maioria da doutrina se posiciona pela inconstitucionalidade desse artigo.

³⁰⁷ “Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis”.

³⁰⁸ VILHENA, 2005, p. 558.

emprego quando, em um caso concreto, não estão presentes os requisitos da representação comercial. O autor referido, apesar de compartilhar da nossa conclusão, fora desse caso específico, não traz uma justificativa para esse posicionamento diferente. Ele não decorre de lei, visto que não há disposição expressa que aponte nessa direção.

A única justificativa que imaginamos ser possível e que estaria de acordo com as proposições já expostas nesse trabalho é a de que isso seria a imposição de uma sanção ao representado que contratou representante que não estava com sua situação regularizada. Essa sanção seria fazer com que se configure relação de emprego entre eles, sendo essa mais benéfica para o representante, agora empregado.

Isso, porém, não seria justo. A lei reserva a proteção especial do Direito do Trabalho para aqueles que se encontram em determinadas situações que a justificam. Impor o mesmo tratamento com fundamento em uma sanção não parece adequado. Além disso, não há como negar que o representante também contribuiu para que a situação não estivesse regularizada³⁰⁹, o que não permitiria que ele fosse beneficiado por isso, correndo todas as conseqüências por conta do representado.

Não há como negar que a falta dos requisitos formais da representação comercial constitui uma presunção muito forte de que se está frente a uma relação de emprego. Essa presunção, contudo, não deve ser absoluta, podendo o caso concreto determinar o contrário.

3.3 A Autonomia e a Subordinação na Atividade de Mediação de Negócios

Como explicado acima, passa-se agora à análise de como são concretizados os conceitos de autonomia e de subordinação na atividade típica da representação comercial, buscando aclarar o seu sentido. Dividiremos nossa análise em duas partes. Na primeira delas, serão analisadas questões prévias, necessárias a compreensão geral do problema e à sua solução. Depois disso, será tratado o problema em si, buscando determinar quais os elementos que permitem concluir pela existência de autonomia ou subordinação na atividade de mediação de negócios, permitindo que se faça a distinção entre a relação de emprego e a representação comercial.

³⁰⁹ Tanto é dever do representante comercial manter a sua situação regularizada, se inscrevendo nos registros necessários, que existem sanções legais que o atingem quando isso não for feito.

3.3.1 Questões Prévias

Analisar-se-á, agora, dois problemas que dificultam a solução da questão apresentada, pois contribuem para tornar menos claro o limite existente entre autonomia e subordinação nesse caso específico. Esses problemas são a subordinação existente no contrato de representação comercial e as disposições legais sobre o tema. Além disso, também será feita a análise de uma técnica de aplicação de normas útil para a solução de casos que se encontram em zonas grises, a técnica do “conjunto de indícios”.

3.3.1.1 A Subordinação existente no Contrato de Representação Comercial

Como apontado anteriormente³¹⁰, quando do tratamento da questão do contrato de representação comercial como contrato relacional e contrato de colaboração, existe certo grau de subordinação na relação entre o representante comercial e o representado. Isso decorre das características desse contrato, tanto da já mencionada colaboração, como de sua não-eventualidade, além da própria natureza da atividade exercida, que pressupõe a existência de certas ingerências do representado na atividade do representante para que ela possa ser bem cumprida. Pode-se dizer que o contrato de representação comercial se trata de um *contrato subordinante*, onde uma parte deve obedecer às instruções da outra, em oposição aos *contratos igualitários*³¹¹.

A questão que se coloca, contudo, é a de qual é a diferença entre a subordinação do contrato de trabalho e a subordinação legitimamente exercida no contrato de representação comercial. Essa diferença é apenas de grau ou é também de qualidade diferente?

Délio Maranhão e Arnaldo Süssekind afirmam a respeito do tema:

É certo que em alguns casos o contrato de representação constitui apenas o rótulo destinado a encobrir uma relação de emprego. Mas é preciso sublinhar que o contrato de representação é também subordinado, posto que o representante deve obedecer às instruções do representado e sujeitar-se ao controle por ele exercido. Essa sujeição às ordens e ao controle do

³¹⁰ Para isso, ver ponto 2.2.2.1.

³¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. Representante Comercial. Revista LTr, vol. 53, nº 3, Março de 1989, p. 273.

representado não se confunde, porém, com a subordinação ampla do empregado ao poder de comando do empregador, que se traduz no poder diretivo e no poder disciplinar³¹².

Também Orlando Gomes se manifestou a respeito do assunto:

Não há subordinação hierárquica na relação do representante comercial com o preponente; quando existe, o contrato passa a informar uma relação de emprego. Subordinação inexistente, em princípio, se entendida na acepção estrita de vínculo de natureza pessoal que implica direção dos serviços a serem prestados. Subordinação, entretanto, existe, porque o trabalho do agente há de ser executado conforme as instruções do preponente, a quem deve, a mais, prestar contas da atividade exercida, embora, no seu exercício, goze o agente de autonomia³¹³.

Tendo isso em vista, pode-se afirmar que a diferença entre a subordinação existente no contrato de representação comercial e a dimensão hierárquica da subordinação da relação de emprego³¹⁴ é tanto de qualidade, pois nem todas as manifestações do poder empregatício poderão ser exercidas legitimamente, quanto de grau, pois, ainda as manifestações que permitem exercício legítimo não poderão ultrapassar determinados limites. Assim, nas palavras de Evaristo de Moraes Filho, o representante comercial

prende-se às instruções concretas, limitadas, próprias para a realização de atos determinados, no contrato de trabalho, pelo contrário, a subordinação hierárquica e administrativa é geral, ampla, indeterminada, fazendo-se sentir durante toda a execução do contrato. A subordinação, aqui, é não só de grau (quantidade), como também de qualidade diferente³¹⁵.

Feita essa distinção, algumas situações projetam-se como óbvias. É certo que o representado poderá determinar diretivas ao seu representante, sem que esse perca sua autonomia, visto ser a obrigação de atender a certas e determinadas orientações e conveniências um aspecto inerente a bilateralidade dos contratos desse tipo³¹⁶. Da mesma forma, é fácil perceber que o representante comercial não pode sofrer sanções disciplinares da

³¹² SÜSSEKIND; MARANHÃO, 1989, p. 273.

³¹³ GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Atualização coordenada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 452.

³¹⁴ A relação entre a subordinação existente no contrato de representação comercial e a dimensão objetiva da subordinação da relação de emprego será analisada mais além.

³¹⁵ MORAES FILHO, Evaristo *apud* SÜSSEKIND; MARANHÃO, 1989, p. 274.

³¹⁶ REQUIÃO, 2005, p. 62.

empresa³¹⁷, pois isso extravasa os direitos concedidos ao representado frente ao representante pelo contrato.

Porém, ainda que algumas situações apresentem-se agora como óbvias, pode restar dúvidas quanto àquelas mais limítrofes. É necessário, portanto, que se faça uma análise mais aprofundada quanto às quais manifestações do poder empregatício podem ser exercidas no contrato de representação comercial de forma que ele ainda mantenha sua autonomia. Essa análise mais detalhada será feita mais adiante³¹⁸.

Além disso, outro problema se apresenta e diz respeito à análise que será feita a seguir. É o problema das disposições legais existentes na Lei 4.886/65 que, por sua natureza, parecem incompatíveis com a autonomia necessária para a configuração desse contrato. Essa talvez seja uma das maiores causas de dificuldade quando da busca dos limites entre a autonomia e a subordinação frente à atividade de mediação de negócios.

3.3.1.2 As Disposições Legais acerca do Tema

A busca nas leis aplicáveis tanto à relação de emprego como à representação comercial por algum dispositivo que indique como deverá ser prestado o serviço para que seja considerado subordinado ou autônomo será frustrada³¹⁹. As leis limitam-se a falar em atividade exercida “*sob dependência*” ou atividade “*sem relação de emprego*”, mas não trazem disposições que concretizem o sentido desses conceitos.

Por outro lado, a Lei 4.886/65 traz disposições que, antes de sua promulgação, os tribunais do trabalho consideravam como acessoriamente conducentes à definição de prestação subordinada³²⁰ e que são encontrados em publicações da OIT e na legislação de diversos países acerca do contrato de trabalho daqueles que exercem a atividade de mediação de negócios³²¹. Assim, nos dizeres de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, o legislador, em seu atecnicismo no tratamento da questão dos limites entre essas duas relações, adensou a zona gris já existente entre as relações³²², tornando sua distinção mais difícil.

³¹⁷ REQUIÃO, 2005, p. 62.

³¹⁸ Ponto 3.3.2.1.1.

³¹⁹ CARDONE, 1998, p. 26-27.

³²⁰ VILHENA, 2005, p. 558.

³²¹ CARDONE, 1998, p. 27.

³²² VILHENA, 2005, p. 558.

Exemplificando algumas dessas disposições, afirma o mesmo autor:

à não eventualidade, como requisito essencial, e à exclusividade, como acidental, mas aqui signo altamente ponderável (arts. 1º e 27, i), sucedem-se a fixação e restrições de zonas de operação, a admissibilidade de pagamentos periódicos (art. 27, d, e, f e g), o dever de fidelidade, o dever de produtividade e o de estreita colaboração com o representado (art. 28).

Tais deveres e a recíproca aproximação a que leva as partes supõem a integração da atividade do representante na atividade do representado, integração essa que se acentua com certas obrigações funcionais da mais íntima personalidade, como fornecimento de informações constantes “sobre o andamento dos negócios” ou “tomada de conhecimento de reclamações” deles decorrentes (art. 28, citado, e 30).

Evidentemente, a tais obrigações corresponderá um poder jurídico de constante vigilância, para não nos aventurarmos à expressão disciplina do representado sobre o representante³²³.

Esse é um dos fatores que leva o referido autor a concluir que a diferenciação entre as duas relações é apenas possível na análise do caso concreto³²⁴.

Rubens Requião, tratando da questão, se posiciona de forma contrária a Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena. Para ele, a Lei 4.886/65, ao fazer essas disposições compatíveis com o contrato de representação comercial, torna os limites entre as relações mais claros, visto que essas disposições não serão úteis para fazer a distinção. Essa se resumiria, então, a apenas alguns dados fundamentais³²⁵. No mesmo sentido, Arnaldo Süssekind e Délio Maranhão afirmam que é agir contra o Direito declarar a existência de relação de emprego com base nos elementos cuja presença no contrato de representação comercial é permitida pela Lei 4.886/65³²⁶.

De fato, não há como negar que, após a entrada em vigor da Lei 4.886/65 houve uma maior concretização do conceito de subordinação e autonomia quanto à atividade de mediação de negócios. As disposições que a lei prevê como passíveis de existir no contrato de representação comercial não podem mais ser utilizados para configurar a existência de subordinação. Mas as constatações de Vilhena devem ser bem compreendidas, levando em conta a subordinação objetiva. Essas disposições trazidas pela Lei 4.886/65 acabam por fazer com que a subordinação, em sua dimensão objetiva, quase sempre exista no contrato de representação comercial. Não haverá como negar, na maioria dos casos, a integração do representante na atividade do representado se lhe são impostos os deveres mencionados

³²³ VILHENA, 2005, p. 559.

³²⁴ VILHENA, 2005, p. 566-567.

³²⁵ REQUIÃO, 2005, p. 71.

³²⁶ SÜSSEKIND; MARANHÃO, 1989, p. 278.

acima. Assim, as dificuldades para se operar a distinção entre as relações se intensificam. Essa questão será abordada mais adiante³²⁷.

Importante, por fim, destacar a importância de que se tenha em mente a natureza de cada relação, seja subordinada ou autônoma, para a interpretação dos dispositivos legais que a ela se referem. Assim, por exemplo, o dever do representante comercial de fornecimento de informações detalhadas sobre o andamento dos negócios, previsto no artigo 28 da Lei 4.886/65 deverá ser interpretado no âmbito de uma prestação autônoma: servirá para o representado ter idéia do esforço que o representante vem desenvolvendo para promover os seus produtos e expandir os seus negócios. Por outro lado, o relatório de empregado viajante ou praticista para seu empregador visa demonstrar se ele está empregando o seu tempo conforme o combinado e se está atendendo às ordens recebidas³²⁸. Como a atividade do representante é autônoma, ele não precisa prestar contas em relação à utilização de seu tempo e o modo como está realizando sua prestação, não permitindo que seja obrigado e fornecer relatórios ao representado quanto a isso. Dessa forma, ainda que a primeira vista essas obrigações possam ser parecidas, uma interpretação baseada na natureza da relação de fundo mostrará que existem diferenças.

3.3.1.3 A Técnica do “Conjunto de Índícios”

A técnica do “conjunto de indícios qualificadores” foi desenvolvida, em diversos países³²⁹, como uma forma de enfrentar as limitações e carência do conceito clássico de subordinação. Através dessa técnica, o juiz, frente ao caso concreto, deveria proceder a uma valoração global da relação de trabalho a ser qualificada. A partir daí, o magistrado deveria determinar se existe ou não uma quantidade suficiente de indícios para que se possa considerar configurada a subordinação ou autonomia na relação analisada, concluindo pela existência ou não de relação de emprego. A característica fundamental dessa técnica é que não será determinante a presença de apenas um desses indícios para que possa se afirmar a existência de subordinação ou autonomia em determinada relação³³⁰.

³²⁷ Ponto 3.3.2.1.2.

³²⁸ CARDONE, 1998, p. 27-28.

³²⁹ Lorena Vasconcelos Porto menciona Inglaterra, França, Espanha, Bélgica, Holanda e Portugal. Para isso, PORTO, 2008b, p. 48-52.

³³⁰ PORTO, 2008b, p. 48.

Essa técnica é de aplicação muito útil para a solução dos casos que se situam em zonas grises, como aquele sobre o qual versa esse trabalho. A grande maioria dos casos que tratem a respeito da distinção entre a relação de emprego e a representação comercial será casos difíceis. Ou seja, se estará diante de indícios que apontam para a subordinação e indícios que apontam para a autonomia. Embora seja certo que alguns desses indícios terão força probatória maior, não seria adequado basear a decisão em apenas um deles, considerado fundamental. Apenas uma valoração global, que considere todos esses indícios, poderá chegar a uma conclusão legítima pela existência de subordinação ou autonomia.

Porém, essa técnica não está livre de críticas. A principal delas é a de que gera incertezas e, conseqüentemente, insegurança, pois atribui grande importância ao poder de valoração do juiz para a qualificação da relação, o que dificulta o estabelecimento de soluções precisas para os casos concretos³³¹.

Essa insegurança jurídica, contudo, pode ser consideravelmente reduzida por meio do auxílio da doutrina, que pode conferir mais precisão aos conceitos aplicados³³². Esse trabalho se presta a essa tarefa, tentando demonstrar como subordinação e autonomia costumam se apresentar na atividade de mediação de negócios, buscando uma concretização maior do sentido desses conceitos. Mas, realisticamente, não será possível para uma análise doutrinária compreender a amplitude dos fatos possíveis de aparecerem nos casos concretos, o que torna a atividade do juiz indispensável. Assim, parece adequado que os juízes se utilizem dessa técnica quando da análise das situações a eles submetidas, visto ser sua aplicação apropriada para a resolução de casos difíceis.

3.3.2 Concretização do Conceito de Subordinação e Autonomia na Atividade de Mediação de Negócios

Enfrentadas as considerações iniciais que nos ajudaram para a devida compreensão do problema, passamos agora a tentativa de sua resolução. Analisaremos a autonomia e a subordinação na forma como elas aparecem na atividade de mediação de negócios, buscando uma maior concretização de seus conceitos.

³³¹ PORTO, 2008b, p. 50.

³³² PORTO, 2008b, p. 50.

Feita essa tarefa, teremos elementos suficientes para fazer uma distinção substancial entre a relação de emprego e a representação comercial.

3.3.2.1 A Subordinação

Sendo fiel ao exposto no primeiro capítulo desse trabalho, o exame para que se revele a existência de subordinação em uma relação será feita em três momentos. Primeiro, buscaremos como se configura a subordinação hierárquica. Depois disso, se passará ao exame de como se configura a dimensão objetiva da subordinação. Finalmente, será feita uma terceira análise, buscando elementos para a configuração de autonomia, que não deve estar presente para que exista a subordinação integrativa³³³.

3.3.2.1.1 A Subordinação Hierárquica

A maneira que nos parece mais adequada de buscar a subordinação hierárquica em uma relação é observando-a pelo enfoque do tomador do serviço, ou seja, do empregador e do poder empregatício. Como vimos acima³³⁴, determinadas manifestações tidas como típicas do poder empregatício podem ser exercidas legitimamente pelo representado, dentro da relação de representação comercial, sem que essa perca seu caráter autônomo. Assim, devemos determinar quais são essas manifestações.

A doutrina diverge a respeito das divisões possíveis do poder empregatício, bem como da terminologia aplicável. Maria do Rosário Palma Ramalho faz uma boa síntese a respeito da questão:

O conteúdo amplo da subordinação decorre de lhe corresponderem, na titularidade do empregador, o poder de direcção e o poder disciplinar: o poder de direcção permite ao empregador orientar o trabalhador quanto ao modo de execução da actividade laboral, tanto através de ordens directivas, como através de instruções genéricas³³⁵; o poder disciplinar permite ao

³³³ Para isso, ver parte 1.4.4.2.

³³⁴ Principalmente pontos 3.3.1.1 e 3.3.1.2.

³³⁵ Maurício Godinho Delgado fala em poder regulamentar. DELGADO, 2009, p. 592-593.

empregador estabelecer regras de disciplina na empresa, que, sem terem uma relação directa com a actividade laboral, se justificam pela dinâmica da sua organização (é a faceta prescritiva do poder disciplinar), bem como aplicar sanções disciplinares ao trabalhador em caso de incumprimento (é a faceta sancionatória ou punitiva do poder disciplinar)³³⁶.

Além disso, a doutrina brasileira também fala na existência de um poder fiscalizatório, que seria o conjunto de prerrogativas dirigidas “*a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno*”³³⁷. Ele serve, em geral, como pressuposto para a utilização do poder disciplinar³³⁸.

Determinadas quais são as dimensões do poder empregatício, se pode colocar a questão de quais delas podem ser exercidas sem que se configure a subordinação. Aqui, nos valem novamente do magistério de Maria do Rosário Palma Ramalho. Assim, dispõe a autora sobre o poder de direcção:

Quanto ao papel que desempenha no contrato de trabalho, pode dizer-se que o poder de direcção é essencial para conformar a posição jurídica do empregador mas não é suficiente para delimitar o contrato de trabalho em relação a figuras próximas, na medida em que assiste, embora com uma extensão menor, a outros credores de actividades de trabalho ou de serviço³³⁹.

E sobre o poder disciplinar:

No que se refere à função que desempenha no contrato de trabalho, o poder disciplinar laboral é um poder absolutamente essencial, por dois motivos: de uma parte, ele constitui a garantia genérica da posição de domínio do empregador no contrato, uma vez que é um meio expedito e de grande eficácia para reagir ao incumprimento do trabalhador; de outra parte, ele constitui um elemento decisivo na qualificação do contrato de trabalho, em situações de dúvida de qualificação, uma vez que, ao contrário do poder diretivo, é um poder sem paralelo noutros contratos de direito privado³⁴⁰.

Quanto ao poder fiscalizatório, há doutrina que o classifica como uma espécie do género poder diretivo ou como um terceiro tipo de poder empregatício autónomo, visto que também se relaciona com o poder disciplinar³⁴¹. Quanto à questão de se ele é exclusivo da

³³⁶ RAMALHO, 2009, p. 435.

³³⁷ DELGADO, 2009, p. 594.

³³⁸ DELGADO, 2009, p. 594.

³³⁹ RAMALHO, 2009, p. 440-441.

³⁴⁰ RAMALHO, 2009, p. 442-443.

³⁴¹ Maurício Godinho Delgado afirma que o propósito da distinção entre poder diretivo e poder fiscalizatório é eminentemente didático, mas que, na realidade, esse é apenas uma expressão daquele, também sendo um pressuposto para o exercício do poder disciplinar. Para isso, DELGADO, 2009, p. 594.

relação de emprego ou não, isso dependerá do que se considera incluído no âmbito desse poder. Se apenas se entende como manifestação do poder fiscalizatório os atos praticados pelo empregador destinados a fiscalizar o cumprimento dos deveres e normas a que se submete o empregado, parece-nos que ele deve ser considerado como exclusivo da relação de emprego, visto que seria uma ingerência demasiado severa em um trabalho considerado autônomo. Porém, em um conceito mais amplo de poder fiscalizatório, no qual se insira o direito do empregador de exigir relatórios sobre o cumprimento dos deveres contratuais do empregado, não há como falar que essas prerrogativas sejam exclusivas a relação de emprego. É certo que os deveres decorrentes de uma relação de trabalho autônoma serão diferentes, mas isso não impede que o tomador desses serviços possua meios para garantir seu cumprimento.

Dessa exposição, então, se extraem algumas conclusões. Quando se busca a subordinação em uma determinada relação, deve-se iniciar buscando a existência da sua dimensão de subordinação hierárquica. Uma forma apropriada de fazê-lo é procurar a existência do poder empregatício, a expressão ativa, exercida pelo empregador, dessa subordinação. Porém, esse poder empregatício se apresenta em várias dimensões, inclusive algumas delas sendo de exercício legítimo em outros contratos que não o de trabalho. Assim, separa-se o poder empregatício em três dimensões principais, a do poder diretivo, a do poder fiscalizatório e a do poder disciplinar.

A primeira dessas dimensões, o poder diretivo, precisa existir para que haja um contrato de trabalho, mas sua existência não faz com que se esteja indubitavelmente frente a um contrato de trabalho, pois pode ser exercido legitimamente, com extensão menor, em outros contratos.

Quanto à medida do poder diretivo que pode ser exercida legitimamente em um contrato que não o de trabalho, há que se fazer algumas considerações. A separação que aqui propomos das dimensões do poder empregatício faz com que o poder diretivo se torne um gênero, onde estão previstas espécies. Assim, poderíamos destacar um poder diretivo *stricto sensu*, o

conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange a prestação de serviços³⁴².

³⁴² DELGADO, 2009, p. 592.

O poder regulamentar, que seria o “conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento e da empresa³⁴³”. O *jus variandi*, que se traduz “no direito de alterar as condições estabelecidas, expressa ou tacitamente, na relação de emprego, desde que, pela natureza de tais condições, assim se faça possível³⁴⁴”.

Como fica claro, cada uma dessas espécies terá uma resposta diferente para a questão. Assim, o poder diretivo *stricto sensu* pode ser exercido em relações de trabalho autônomas, desde que se respeite a necessidade de predeterminação da prestação que será exigida do contratado, pois é daí que decorre o poder jurídico de organizar o seu próprio trabalho, indispensável para a autonomia. O poder regulamentar também poderá ser exercido em outros contratos que não o de trabalho, desde que relativizado. Essa possibilidade é bastante clara em contratos relacionais, como o de representação comercial, que, devido a suas características, favorecem uma presença de cláusulas gerais de conteúdo indefinido, que necessitam de interpretação, nas disposições do contrato. Quanto ao *jus variandi*, o seu exercício é exclusivo do contrato de trabalho. Não há como se falar de atividade autônoma frente a um poder exercido por uma das partes de alteração de condições estabelecidas no contrato. Ele vai de encontro frontal com a natureza da autonomia.

Queda demonstrado, portanto, que o problema não é tão simples como inicialmente poderia parecer. Contudo, não é possível que se faça aqui uma análise profunda quanto à questão, pois excederia o objetivo desse trabalho. Por outro lado, podemos explicitar certas características existentes no contrato de representação comercial que trazem conseqüências para a solução da questão. Assim, deve-se evidenciar a natureza subordinativa de contratos como o de representação comercial. Além disso, lembrar a questão acerca dos dispositivos da Lei 4.886/65 que possuem caráter subordinativo e a sua interpretação, que deverá levar em conta a natureza do contrato.

Quanto à segunda das dimensões do poder empregatício, o poder fiscalizatório, sua exclusividade ou não dependerá da extensão a ele conferida, como já demonstrado.

Já o poder disciplinar, a terceira dimensão do poder empregatício, será decisivo para a qualificação do contrato de trabalho, sendo um poder exclusivo deste.

³⁴³ DELGADO, 2009, p. 592.

³⁴⁴ CAMINO, 2004, p. 230.

Não pode deixar de se referir, contudo, que a existência de subordinação, como afirmado acima, não depende do exercício efetivo dos poderes empregatícios, mas apenas da possibilidade de exercê-los³⁴⁵.

Por fim, destaca-se também uma das particularidades do contrato de trabalho daqueles que prestam serviço de mediação de negócios, os já mencionados empregados vendedores, viajantes e praticistas. Como o contrato desses empregados pressupõe um exercício mais “independente”, devido à própria natureza dessa atividade - que é demonstrado no trabalho prestado fora do estabelecimento, por exemplo – deve-se ter em conta que o poder empregatício será exercido de formas diferentes daquelas com que ele tradicionalmente se manifesta³⁴⁶. Assim, dispõe Marly Cardone:

Desta forma, o empregador substitui os principais elementos indicadores do contrato de trabalho, ou seja, a obediência a horário e assinatura do ponto, pela exigência de relatórios, por meio dos quais verificará se as ordens dadas estão sendo cumpridas, especialmente com referência à disposição do tempo de trabalho.

A isenção de obediência a horário se transforma, pois, numa obrigação de média de produção, que se entenderá sempre implícita no contrato de trabalho do viajante e praticista, se não constar expressamente³⁴⁷.

Isso, contudo, não vai desconfigurar a existência do poder empregatício ou da relação de emprego. Aquele estará sendo exercido, simplesmente, de maneira diferente da tradicional, atentando para as particularidades que envolvem o serviço prestado.

Assim, concluídas as disposições acerca da busca da subordinação hierárquica, existem duas conseqüências possíveis quanto a uma hipotética análise de caso concreto. Uma delas é que, na análise do caso, se encontrou indícios suficientes para concluir pela existência de subordinação hierárquica. Nessa hipótese, a análise se encerra, pois haverá relação de emprego e, conseqüentemente, contrato de trabalho. Porém, também poderia se concluir pela não existência de subordinação hierárquica. Nesse caso, ainda não se pode afirmar que esteja configurada a representação comercial autônoma. Isso porque ainda deve-se fazer uma análise posterior, buscando a subordinação em sua dimensão objetiva, que também pode fazer com que se configure a relação de emprego. Assim, far-se-á, agora, algumas considerações acerca dessa questão.

³⁴⁵ Para isso, ver ponto 1.4.4.1.

³⁴⁶ Marly Cardone faz uma análise de como se encontram as manifestações de cada dimensão do poder empregatício nos contratos dos vendedores, viajantes e praticistas. Para isso, CARDONE, 1998, p. 30-31.

³⁴⁷ CARDONE, 1998, p. 31.

3.3.2.1.2 A Subordinação Objetiva

A questão da possibilidade de existência da subordinação objetiva na atividade de mediação de negócios talvez seja a mais difícil das enfrentadas nesse trabalho. Isso porque a conclusão a que se chegará, feita a análise, faz com que se coloque em dúvida a possibilidade de delimitação das fronteiras entre a relação de emprego e a representação comercial. Ainda assim, vamos a análise desse problema.

Como vimos, a atividade de mediação de negócios pode ser exercida de duas formas. Existindo subordinação na relação, se estará diante de contrato de trabalho. Existindo autonomia na relação, se estará diante de contrato de representação comercial. Também vimos que a subordinação pode se manifestar em duas dimensões, uma hierárquica e uma objetiva. Para que a relação seja considerada autônoma, nenhuma dessas dimensões da subordinação pode estar presente. Mas então surge o problema: é praticamente impossível que não se configure a dimensão objetiva da subordinação em qualquer forma de exercício da atividade de mediação de negócios, ainda que não se contrariem as disposições da Lei 4.886/65.

Essa constatação foi feita por Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena³⁴⁸ e foi capital na sua conclusão de que a única forma de solução do problema dos limites entre a relação de emprego e a representação comercial é a análise do caso concreto, buscando indícios que apontem mais para a autonomia ou mais para a subordinação. Isso porque, como bem entendeu esse autor, a forma como o legislador caracterizou a representação comercial – os pressupostos que ele escolheu para a sua configuração - e os direitos que ele concedeu ao representado no âmbito desse contrato são suficientes para que se possa falar em participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho, que, por sua vez, é o que caracteriza a subordinação objetiva.

Daí nasce, portanto, uma situação insustentável. A lei que trata de um contrato que contém o exercício da sua atividade típica de forma autônoma como um de seus pressupostos, por outro lado, torna o seu exercício subordinado através das disposições que traz a respeito da forma como deverá ser feita a sua prestação. Frente a essa situação, chamado o intérprete a se posicionar sobre o assunto, não haverá outra saída que não conformar o seu entendimento dos conceitos jurídicos com o que dispõe a lei, ou seja, o contrato de representação comercial deve ser considerado contrato autônomo. Mas daí decorre o problema de como fazer a

³⁴⁸ VILHENA, 2005, p. 559.

separação entre esse contrato e a relação de emprego, visto que a distinção entre a autonomia e a subordinação não é mais possível. É nesse raciocínio que se fundamenta a conclusão de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.

O que se tentará fazer agora é resolver esse problema através de uma compreensão diferente da dimensão objetiva da subordinação, já apresentada acima com o nome de subordinação integrativa. Essa compreensão permite que se resolva o principal problema apontado em relação à subordinação objetiva, qual seja, a de seu alcance demasiado, incorporando em seu âmbito trabalhadores verdadeiramente autônomos, exatamente a situação que agora enfrentamos. A nosso ver, essa é uma solução apropriada para a situação, que mantém a integridade dos conceitos jurídicos e não remete o problema apenas para a análise do caso concreto.

Assim, inicialmente, concordamos com o posicionamento de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quanto à configuração da subordinação objetiva na representação comercial. Retirados os casos mais extremos de estruturas empresariais complexas próprias do representante, é certo que, na maioria das vezes, é inegável a presença de subordinação objetiva no exercício da atividade de mediação de negócios, ainda que apenas com os instrumentos legítimos dados pela Lei 4.886/65.

Essa conclusão se retira das características já analisadas acima do contrato de representação comercial, como a sua natureza subordinativa e as disposições da lei que se assemelham aquelas de atividades tipicamente subordinadas. Ainda que isso não seja suficiente para caracterizar a dimensão hierárquica da subordinação, mesmo o exercício legítimo de parte do poder diretivo já demonstrará a integração da atividade do representante na organização empresarial do representado. O fundamental, contudo, é que a análise não deve terminar aqui.

Como vimos, a subordinação integrativa é uma forma de entender a dimensão objetiva da subordinação. Para que ela se configure é necessário não só que a atividade do prestador se integre nas atividades exercidas pelo credor, mas também que aquele não possua uma organização empresarial própria, não assuma verdadeiramente risco de perdas ou de ganhos e não seja proprietário dos frutos do seu trabalho. Ou seja, que não possa ser afirmada a existência de autonomia do prestador na relação.

Dessa forma, para a solução do problema, torna-se fundamental um terceiro exame, quando constatada a presença da subordinação objetiva na relação analisada. Esse terceiro exame inverterá o ponto de vista com que se observou o problema até agora e buscará, portanto, a existência de autonomia na atividade do prestador. Sendo essa autonomia

encontrada, se estará diante de contrato de representação comercial, não estando configurada a subordinação integrativa. Não estando presente essa autonomia, porém, existirá contrato de trabalho.

Necessário investigar agora, portanto, quais os elementos que fazem com que se configure a autonomia na prestação da atividade de mediação de negócios.

3.3.2.2 A Autonomia

Para a presente análise, devemos nos utilizar do que já foi disposto a respeito da autonomia nesse trabalho, ou seja, que o trabalhador autônomo é aquele que exerce sua atividade com organização própria, iniciativa e discricionariedade, além de escolher o tempo, o lugar, o modo e a forma de sua execução. Também são válidas outras disposições, como a utilização da técnica do conjunto de indícios.

A doutrina que tratou a respeito do tema elaborou alguns grupos de indícios que apontam para a existência de autonomia na atividade de mediação de negócios. Esses indícios decorrem da análise jurisprudencial e da prática de casos envolvendo o assunto. Assim, se destacam as listas elaboradas por Giuseppe Giordano³⁴⁹, Marly Cardone³⁵⁰ e Rubens Requião³⁵¹. Essas listas, apesar de úteis, não são definitivas, pois os indícios listados podem ou não estar presentes no caso concreto analisado. Além disso, são poucos os indícios que possuem caráter definitivo para afirmar a existência ou não de autonomia. Assim, analisaremos a questão com outra perspectiva.

Giuseppe Giordano, ao tratar da questão das diferenças entre o contrato de representação comercial e a relação de emprego, chegou a conclusões parecidas com as que chegamos nesse trabalho, o que torna seu magistério propício para ser aqui mencionado. Assim, quando esse autor comenta acerca dos elementos elencados em sua lista de indícios retiradas da pesquisa jurisprudencial, afirma que eles são apenas indicativos, visto que a grande diversidade de situações fáticas pode trazer elementos não elencados ou demonstrar a não existência dos listados³⁵²; que o conteúdo da subordinação é elástico e sua intensidade vai

³⁴⁹ GIORDANO, Giuseppe. *Il Contratto di Agenzia*. Bari: Leonardo da Vinci, 1959, p. 89-95.

³⁵⁰ CARDONE, 1998, p. 32-34.

³⁵¹ REQUIÃO, 2005, p. 70-71.

³⁵² GIORDANO, 1959, p. 95-96.

variar conforme a natureza da prestação e a finalidade da empresa³⁵³; e que a solução dos casos concretos vai depender da presença maior ou menos de indícios que apontem para algum dos conceitos, quer subordinação ou autonomia³⁵⁴.

Continuando na lição de Giuseppe Giordano, o autor afirma que a distinção entre a subordinação da relação de emprego e a autonomia da representação comercial será de ordem tríplice, baseado em elementos organizativo, funcional e econômico. A autonomia na atividade de mediação de negócios dependerá da conformidade da relação com esses três elementos.

O elemento organizativo se revela porque a ligação entre o representante e o representado nascida do contrato de representação comercial é de uma relação externa de produção. Assim, esse contrato, antes de privar o representante da sua autonomia, na verdade o obriga a prestar à empresa representada a sua iniciativa e a sua própria organização, aquela colaboração econômica que se tornará necessária para a consecução de êxito contratual³⁵⁵. Isso se revela na necessidade de predeterminação da prestação do representante comercial, o que não permite, por exemplo, a existência de *jus variandi*, uma das dimensões do poder empregatício.

O elemento funcional existe quando a colaboração prestada pelo representante comercial é somente econômica e, por isso, tem em vista o resultado final efetivo. Assim, o interesse do representante não é divergente e contrastante, mas é convergente e confluyente com aquele da empresa com a qual tem em comum a destinação do serviço³⁵⁶. Esse raciocínio completa àquele da caracterização da representação comercial como contrato relacional e de colaboração.

Quanto ao elemento econômico, ele mostra que o representante comercial é interessado continuamente, seja na promoção como na conclusão do negócio, dependendo do bom fim do mesmo para que possa receber a comissão – o empregado, ainda que também possa receber por comissão, tem a si assegurado pelo menos o recebimento de salário mínimo. Além disso, o representante comercial suporta as despesas de gestão e todos os riscos da sua própria atividade³⁵⁷. Na relação de emprego, por outro lado, todo o risco deverá correr por conta do empregador.

³⁵³ GIORDANO, 1959, p. 96-99.

³⁵⁴ GIORDANO, 1959, p. 100-102.

³⁵⁵ GIORDANO, 1959, p. 103.

³⁵⁶ GIORDANO, 1959, p. 103.

³⁵⁷ GIORDANO, 1959, p. 104.

Assim, na análise da configuração da autonomia em uma determinada relação, deverão ser buscados indícios que apontem para a existência desses três elementos. Esses indícios irão variar conforme o caso e terão valores diferentes, alguns trazendo maior força probatória, outros menor. Essa função deverá ser exercida pela jurisprudência, frente ao caso concreto.

Cabe ainda, finalmente, destacar dois elementos fáticos que estão presentes em todas as listas citadas de indícios de distinção entre a relação de emprego e a representação comercial. Isso decorre do caráter fundamental que esses elementos possuem na distinção entre as duas relações, o que faz com que, ainda que nossa análise se manteve até agora em um patamar mais abstrato, devam ser destacados. Esses são a *liberdade de itinerário* e a *liberdade no emprego do tempo*³⁵⁸. Com a devida compreensão do conceito de autonomia, não há que se falar em representação comercial sem que esses dois elementos estejam presentes no caso concreto.

Então, estando configurada a autonomia, com base nesses três elementos de diferentes ordens, essa superará a subordinação integrativa, fazendo com que exista contrato de representação comercial. Se, por outro lado, esses elementos não existirem, estará configurada a subordinação integrativa e, com ela, a relação de emprego e o contrato de trabalho

Com isso, concluímos nossa análise comparativa entre os pressupostos da relação de emprego e da representação comercial, especialmente em relação a como é possível se fazer a distinção entre a autonomia e a subordinação na atividade típica do contrato de representação comercial, a mediação de negócios. Passaremos agora, portanto, a exposição de nossas conclusões.

³⁵⁸ REQUIÃO, 2005, p. 65 e 70.

CONCLUSÕES

A diferenciação entre a caracterização da relação de emprego e da representação comercial, mesmo baseada no resultado da análise feita nesse trabalho, continua sendo uma tarefa difícil. Isso, porém, não tira os méritos desse estudo, na verdade, lhe oferece mais uma prova de sua importância. Afinal, o objetivo de um trabalho não pode ser descomplicar as dificuldades oferecidas por um problema, visto que isso, na maioria das vezes, resultaria apenas em uma abordagem leviana deste. A ciência do direito não tem como simplificar as dificuldades oferecidas pelos fatos e pelas situações fáticas, ela deve, na verdade, compreendê-los, para que possa demonstrar – e, ao final, na atividade judiciária, efetivamente aplicar – a devida aplicação das normas jurídicas a essas situações.

Quanto ao problema central desse trabalho, o de mostrar como se podem delimitar as fronteiras existentes entre a relação de emprego e a representação comercial, que pretendemos solucionar através da análise dos pressupostos de cada uma dessas, podemos dizer que ele acaba se resumindo a uma das questões centrais do Direito do Trabalho, qual seja, a diferenciação entre atividades prestadas de forma autônoma e subordinada. Ainda que existam algumas outras pequenas diferenças entre as duas relações, essas não se prestam a uma distinção definitiva, substancial, entre as duas relações, na grande maioria dos casos.

Assim, ainda que a representação comercial, diferentemente da relação de emprego, possa ser prestada por pessoa jurídica e não necessita de personalidade para a sua configuração, esses elementos dificilmente servirão para a solução de casos concretos. Primeiro, porque esses elementos podem ser usados como fraude para desqualificar a relação de emprego de uma determinada situação, o que faz com que a análise da situação de fundo seja imprescindível, ainda que, ao final, se venha a constatar a legitimidade das situações. Segundo, porque na grande maioria dos casos o prestador de serviços que se encontra na situação de dúvida quanto à qualificação da relação de que faz parte não possui uma estrutura empresarial própria que permita a desqualificação da relação de emprego por falta do pressuposto da personalidade.

Então, a questão acabará se decidindo na forma como a atividade é prestada no caso concreto. Se de forma subordinada, haverá relação de emprego e, conseqüentemente, contrato

de trabalho. Se de forma autônoma, haverá contrato de representação comercial. A princípio, aqui se encontra a solução da questão central desse trabalho.

Mas, a qualificação de uma prestação como autônoma ou subordinada pode ser muito difícil, dependendo de certos fatores. Esse é o caso da prestação de mediação de negócios, a prestação típica do contrato de representação comercial. De fato, essa dificuldade é reconhecida pela doutrina, que afirma uma das grandes contradições que daí decorre: quando a mediação de negócios é prestada de forma subordinada, mediante contrato de trabalho, o empregado possuirá mais autonomia que a maioria das outras prestações, devido ao fato de seu serviço ser prestado fora do estabelecimento do empregador e em horários variados. Por outro lado, quando a mediação de negócios é prestada de forma autônoma, mediante contrato de representação comercial, essa prestação possuirá mais elementos de subordinação que a grande maioria dos contratos de direito privado, devido à idéia de colaboração presente no contrato e a necessidade de que se coadunem os interesses do representante com os do representado. Torna-se, portanto, necessário se aprofundar mais na questão de como é possível distinguir quando existe autonomia e quando existe subordinação na mediação de negócios.

Decidimos que a melhor forma de fazer essa distinção é através de três exames distintos, cada um capaz de resolver alguns dos casos. Esses exames buscam primeiro a subordinação em sua dimensão hierárquica, depois a subordinação em sua dimensão objetiva e, por fim, elementos que apontem para a autonomia da prestação de serviços.

O primeiro exame, que busca a subordinação em sua dimensão hierárquica, deve se dedicar à procura da existência do poder empregatício na relação analisada. O poder empregatício, expressão ativa da subordinação, exercido pelo empregador, deve existir para que se possa concluir pela existência de subordinação, ainda que não precise ser exercido efetivamente. Esse poder se separa em três dimensões, a do poder diretivo, a do poder fiscalizatório e a do poder disciplinar, englobando diferentes direitos que possui o empregador. Importante determinar a aptidão de cada uma dessas dimensões para demonstrar a configuração da subordinação hierárquica.

A primeira dimensão do poder empregatício, o poder diretivo, não consegue diferenciar definitivamente o contrato de trabalho de outros contratos, pois pode ser exercitada nesses últimos, ainda que de forma reduzida, dentro de certos limites. Quanto a como definir esses limites, deve se estar atento ao fato de que o poder diretivo é gênero, onde estão compreendidas espécies distintas. Algumas dessas espécies são o poder diretivo *stricto sensu*, o poder regulamentar e o *jus variandi*. Cada uma dessas espécies terá soluções

diferentes frente à questão de poder ou não ser exercidos fora do contrato de trabalho. Porém, alguns fatores devem sempre ser levados em conta para se encontrar a solução. Entre esses fatores estão a natureza da relação fática e as disposições normativas que regulam os diferentes contratos, que devem ser interpretadas levando em conta a qualidade de prestação autônoma ou subordinada às quais se aplicam. Assim, o exercício do poder diretivo *lato sensu* como forma de comprovar a existência de subordinação hierárquica dependerá dos limites em que ele se dá, sendo ou não legítimos fora do âmbito do contrato de trabalho.

A segunda dimensão do poder empregatício, o poder fiscalizatório, dependerá da amplitude de deveres do empregado e direitos do empregador que se consideram presentes em seu âmbito. Uma visão mais restrita desse poder levará a que se considere o seu exercício como legítimo apenas no contrato de trabalho. Uma visão mais ampla desse poder permitirá que ele seja exercido, ainda que de forma relativa, em outros contratos.

A terceira dimensão do poder empregatício, o poder disciplinar, é de exercício exclusivo do empregador na sua relação com o empregado. Ou seja, é exclusiva da relação de emprego e não pode existir em outros contratos. Havendo elementos em uma relação fática que apontem para o exercício de poder disciplinar, essa relação será de emprego.

Depois de analisada existência ou não de poder empregatício no caso concreto, baseado nos critérios acima dispostos, poderá se concluir se está presente ou não a subordinação hierárquica. Se a resposta for afirmativa, haverá subordinação e, com isso, contrato de trabalho. Se a resposta for negativa, porém, ainda não se poderá concluir pela existência de autonomia e de contrato de representação comercial. Deverá se partir para o próximo exame necessário.

O segundo exame se destina a encontrar a subordinação em sua dimensão objetiva. Essa subordinação existe quando há participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor de trabalho. Frente às disposições normativas da Lei 4.886/65 e à natureza do contrato de representação comercial, é muito difícil que essa dimensão da subordinação não se encontre configurada.

Isso, contudo, faria com que se incluísse no âmbito do contrato de trabalho trabalhadores verdadeiramente autônomos. Por isso, pela restrição proposta à teoria da subordinação objetiva pela teoria da subordinação integrativa, um terceiro exame posterior deverá ser feito para que se possa afirmar a existência da subordinação em sua dimensão objetiva. Esse exame buscará, no caso concreto, critérios que afirmem ou excluam a configuração de autonomia.

Assim, o terceiro exame buscará indícios que apontem para a existência ou não de autonomia no caso concreto. A existência de autonomia dependerá da presença de elementos de três diferentes ordens, quais sejam, organizativa, funcional e econômica.

Feito esse terceiro exame, se poderá, finalmente, solucionar os casos mais difíceis. Assim, havendo os elementos necessários a configuração de autonomia, haverá contrato de representação comercial. Se esses elementos não estiverem presentes, ficará configurada a dimensão objetiva da subordinação, concluindo pela existência de contrato de trabalho.

Dessa forma, fazendo esses três exames, acreditamos ser possível que se solucionem todos os casos que enfrentem o problema de distinção entre o contrato de trabalho e o contrato de representação comercial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Contratos Nominados**. Vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho: Peculiaridades, Aspectos Controvertidos e Tendências**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5452, de 1 de Maio de 1943. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 de Agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

_____. Lei 4.886, de 9 de Dezembro de 1965. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de Dezembro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4886.htm>. Acesso em: 14 nov. 2010.

_____. Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 9144-MG, Rel. Min. Nilson Naves. Brasília, DF, 1 de Julho de 1991. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199100047414&dt_publicacao=01-07-1991&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 81128-SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra. Brasília, DF, 19 de Setembro de 1975. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=176407>>. Acesso em: 14 nov. 2010.

BUENO, José Hamilton; MARTINS, Sandro Gandra (Org.). **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

CARDONE, Marly. **Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho**. 4. ed., revista e atualizada. São Paulo: LTr, 1998.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio Universitário de Direito do Trabalho**. Vol. I. São Paulo; Editora Jurídica e Universitária, 1972.

_____. **Contrato de Emprego**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1965.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, LTr, ano 70, nº 6, jun. de 2006.

DEVEALI, Mario. **Lineamientos de Derecho Del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipografica Editora, 1953.

_____. (Org.). **Tratado de Derecho Del Trabajo**. Tomo I e III. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 1964

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 3. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARI, Francisco de. **Derecho Del Trabajo**. Vol. I. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968.

FORGIONI, Paula. **Contratos de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GARCIA, Manuel Alonso. **Curso de Derecho Del Trabajo**. 3. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1971.

GIORDANO, Giuseppe. **Il Contratto di Agenzia**. Bari: Leonardo da Vinci, 1959.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Contratos**. 26. ed. Atualização coordenada por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; GOTTSCHALK, Edson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRONDA, Juan Ramírez. El contrato de trabajo. *In*: DEVEALI, Mario (Org.). **Tratado de Derecho Del Trabajo**. Tomo I. 1ª Ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O contrato de Agência e seus Elementos Caracterizadores. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 97, vol. 877. Nov. de 2008.

LIMA FILHO, Francisco das C. A subordinação estrutural como elemento definidor da relação de emprego. **Repertório de Jurisprudência IOB: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: nº 09, vol. II, mai. 2008.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XLIV. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Do contrato de trabalho como elemento da empresa**. São Paulo: LTr, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Hauer de. Agência e Representação Comercial: A Necessidade de Harmonização da Disciplina Jurídica. *In*: BUENO, José Hamilton; MARTINS, Sandro Gandra (Org.). **Representação Comercial e Distribuição**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTO, Lorena Vasconcelos. A Necessidade de uma Releitura Universalizante do Conceito de Subordinação. **Revista IOB: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: nº 229, jul. 2008.

_____. A parassubordinação: Aparência X Essência. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre, vol. 5, nº 27, nov-dez. de 2008a.

_____. **A subordinação no contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008b.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 1º Vol. São Paulo: Max Limonad, 1960.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova **Regulamentação da Representação Comercial Autônoma**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Do Representante Comercial**. 9. ed. Revista e atualizada por Rubens Edmundo Requião. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. A crise do critério da subordinação jurídica: necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 68, nº. 11, nov. de 2004.

_____. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 1º Vol. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SAAD, Ricardo Nacim. **Representação Comercial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Otávio Pinto e. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho: A Relação de Emprego**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; MARANHÃO, Délio. Representante Comercial. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 53, nº 3, Março de 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Do Contrato de Agência e Distribuição no Novo Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito da universidade de Minas Gerais**. Belo Horizonte, nº 42, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Relação de Emprego: A Ótica da Representação e do Franchising. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 62, nº 5, mai de 1998.

_____. **Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

WALD, Arnaldo. Do Regime Jurídico do Contrato de Representação Comercial. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Ano XLIII, nº 213, jul de 1995.