

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET

FÁBIO ULHOA GOELHO
PROFESSOR TITULAR DE DIREITO COMERCIAL DA PUC-SP

SUMÁRIO

1- CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL COMO COLABORAÇÃO EMPRESARIAL. 2- FORMAÇÃO DE MERCADO. 3- DEVERES E DIREITOS DOS REPRESENTANTES. 4- EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL. 5- IMPLANTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNET) E DIREITO DOS REPRESENTANTES.

1- CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL COMO COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

A representação comercial é definida, na lei brasileira, como uma atividade autônoma, a de “mediação na realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados” (Lei nº 4.886/65, art. 1º).

Entre representante e representado, forma-se vínculo de natureza empresarial, regido pelo direito comercial. Somente se utilizada a representação comercial como *forma jurídica* destinada a ocultar a subordinação pessoal de empregados (e furtar-se o contratante ao cumprimento das obrigações sociais e fiscais pertinentes), afasta-se a incidência do

* ESTE TEXTO SE ENCONTRA DISPONÍVEL NO ENDEREÇO ELETRÔNICO DO AUTOR: WWW.ULHOA-COELHO.ADV.BR.

direito comercial e submete-se o vínculo entre as partes ao regime do direito do trabalho ⁽¹⁾.

Como contrato regido pelo direito comercial, a representação comercial insere-se na categoria dos de “colaboração empresarial”.

Em alguns direitos, como o argentino, por exemplo, a “colaboração empresarial” é expressão utilizada para designar contratos em que dois ou mais empresários conjugam esforços na exploração de uma atividade, sem constituírem necessariamente nova sociedade. O consórcio e a “*joint venture*” são espécies típicas dessas modalidades contratuais ⁽²⁾.

Em outros, como o espanhol, a expressão designa contratos em que dois empresários conjugam esforços centrados na comercialização de determinado produto, mantendo cada um sua própria identidade jurídica. A distribuição e a franquia são exemplos de “colaboração empresarial” nesse contexto conceitual ⁽³⁾.

.....

1 PARA APROFUNDAMENTO DA MATÉRIA, INDICO AO LEITOR O MEU CURSO DE DIREITO COMERCIAL, 2 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2001. ALGUMAS OBRAS ESPECÍFICAS SOBRE A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL TAMBÉM DEVEM SER CONSULTADAS: REQUIÃO, RUBENS. DO REPRESENTANTE COMERCIAL. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1983. E MAIS CALABRIA, ARIOTORRIO ROCHA. A REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA E O EMPRESÁRIO. CAMPINAS: ALINEA, 2000

2 VER LORENZETTI, RICARDO LUIS. TRATADO DE LOS CONTRATOS. BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZORI, 2000. V. III, P. 237-240.

3 SÁNCHEZ, GUILHERMO. LECCIONES DE DERECHO MERCANTIL. 3. ED. MADRI: TECNOS, 1995. P. 357 A 363.

No Brasil, tende-se a prestigiar esse último sentido. Contratos de colaboração empresarial são aqueles em que um dos contratantes (o colaborador) se obriga *à criar* ou *consolidar* mercado para o produto fabricado ou comercializado pelo outro (o fornecedor).

A colaboração empresarial classifica-se em duas categorias: a colaboração por *intermediação* e por *aproximação*. Na colaboração por *intermediação*, o colaborador ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias. Ele compra o produto do fornecedor para revendê-lo. Já na colaboração *por aproximação*, o colaborador não ocupa um elo próprio na cadeia de circulação de mercadorias. Ele não compra o produto do fornecedor, mas encontra interessados em realizar esse negócio.

Nas duas hipóteses de colaboração – é importante ressaltar –, o colaborador assume a obrigação contratual de *criar* ou *consolidar* o mercado para o produto do fornecedor. Os investimentos feitos e as despesas incorridas no cumprimento dessa obrigação – viagens, material informativo, amostras gratuitas, equipagem do estabelecimento etc. – são despesas do empresário colaborador que, salvo expressa previsão contratual, não serão ressarcidas ou compensadas pelo fornecedor.

A diferença entre uma e outra modalidade de colaboração não está, portanto, na principal obrigação que o colaborador assume, e nos investimentos e custos que lhe cabem em decorrência, mas na natureza da receita que seu negócio gera.

Na colaboração por intermediação, o colaborador não presta serviços ao fornecedor, e não é por esse remunerado. Sua *receita* provém da revenda do produto, em que deve praticar preço que lhe assegure o retorno dos investimentos e custos que é obrigado a realizar na criação ou consolidação do mercado para aquele produto.

Na colaboração por aproximação, ao revés, o colaborador presta serviços ao fornecedor, e é por esse remunerado. Sua *receita* traduz, geralmente, um percentual dos negócios que ajuda a viabilizar (a chamada “comissão”).

A representação comercial é espécie de colaboração empresarial por aproximação. O representante não adquire o produto do representado para o revender. Pelo contrário, ele procura e identifica interessados em apresentar *pedidos de compra* dos produtos fabricados ou comercializados pelo representado.

2- FORMAÇÃO DE MERCADO

O Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz ⁽⁴⁾ registra o verbete “mercado” como segue:

MERCADO. 1. *Direito Comercial.* a) *Local onde se vendem mercadorias;* b) *centro de comércio; prédio onde se compram gêneros ou víveres;* c) *praça de comércio;* d) *conjunto de operações sobre determinada mercadoria;* e) *núcleo de população, local ou regional, onde há potencial de passagei-*

.....
4 DINIZ, MARIA HELENA. *DICIONÁRIO JURÍDICO*. SÃO PAULO: SARAIVA, 1998. v.3

ros capaz de gerar demanda suficiente para a exploração econômica de uma linha de transporte rodoviário. 2. Economia política. a) Relação estabelecida entre a oferta e a procura de bens, serviços e capitais; b) conjunto de atividades mercantis de certa região ou de determinada localidade; c) esfera das relações econômicas de compra e venda, das quais resulta o preço, havendo ajuste.

Em termos semelhantes, encontra-se o verbete no *Black's Law Dictionary* ⁽⁵⁾:

***Market.** Place of commercial activity in which goods, commodities, securities, services, etc, are bought and sold. (...) The region in which any commodity or product can be sold; the geographical or economic extent of commercial demand. A public time and appointed place of buying and selling; also purchase and sale. (...) In a limited sense, 'market' is the range of bid and asked prices reported by brokers making the market in overt-the counter securities. (...) By the term 'market' is also understood the demand there is for any particular article.*

Como se pode notar, a noção de mercado envolve dois elementos: um espaço e contratos de compra e venda de determinado produto (ou de prestação de certo serviço).

Proponho, para os fins da presente reflexão – a discussão sobre o conceito de mercado é muito mais

.....
5 WEST PUB., ST. PAUL, MN., 1990.

complexa, mas não tem lugar aqui –, que se considere o primeiro elemento (espaço) como uma referência do segundo (contratos), e esse a essência da noção. Em outras palavras: proponho que se considere mercado um conjunto de operações mercantis, representadas pela conclusão de contratos de compra e venda de uma ou mais mercadorias certas (abstraindo-se a questão dos serviços, por ora).

Quando o colaborador (inclusive o representante) assume a obrigação contratual de criar ou consolidar mercado para produtos do fornecedor (no caso, o representado), ele está, a rigor, se obrigando a ampliar – agindo por *intermediação* ou *por aproximação* – o volume de operações mercantis relacionadas a esses produtos.

A forma mais usual de identificar o mercado que se pretende criar ou consolidar é através de uma referência espacial, como MERCOSUL, Brasil, São Paulo, etc. Outras fórmulas poderiam ser utilizadas, tais a referência à extensão ou natureza das operações (mercado varejista ou atacadista), ou aos potenciais contratantes (mercado-*shopping center*). Essas outras fórmulas, contudo, não apresentam a mesma objetividade que a referência espacial e, por isso, podem originar controvérsias entre os contratantes, razão pela qual são raramente empregadas na identificação da “área de atuação” do colaborador.

Com o desenvolvimento do comércio eletrônico, e o incremento de operações num espaço virtual (*o cyberspace*), a referência ao mercado pela fórmula “espacial” revela as suas limitações.

3- DEVERES E DIREITOS DOS REPRESENTANTES

O principal dever do representante, enquanto inserida a representação comercial na colaboração empresarial, é a *criação* ou *ampliação* do mercado do produto fabricado ou comercializado pelo representado.

Em decorrência, também é da exclusiva responsabilidade do representante arcar com os investimentos e as despesas necessárias ao cumprimento dessa principal obrigação.

Note-se que, em geral, os investimentos e custos do representante comercial são *inferiores* aos de outros colaboradores, como o de um distribuidor exclusivo de insumos importados, por exemplo.

Não está, normalmente, o representante obrigado a investir em publicidade, amostras grátis, contratação de técnicos especializados, como ocorre com distribuidores e concessionários. Isso, contudo, não significa que ele esteja dispensado desse dever. Por reduzidos que sejam, custos e investimentos devem ser e geralmente são realizados pelos representantes (sem direito a reembolsos ou compensações pelo representado). Exemplos comuns desses gastos encontram-se na aquisição do “mostruário”, no custeio dos deslocamentos até os potenciais interessados (viagens, combustível, automóvel próprio), contas telefônicas, remuneração de contador, etc.

Entre os direitos do representante, vale a pena destacar, para os fins da presente reflexão, o de ser indenizado – ao término do contrato de representação – pela perda da oportunidade de explorar o mercado que ajudou a criar ou consolidar. De fato, quando não eram objeto de proteção jurídica específica os direitos dos representantes, muitas vezes ocorria de os representados se locupletarem, ao término do vínculo contratual, continuando a exploração do mercado criado ou consolidado pelos primeiros.

O direito brasileiro, desde 1965, atento à necessidade de se evitar essa injustiça, assegura a indenização, na hipótese de desconstituição do vínculo contratual sem culpa do representante. Essa é de, no mínimo, um doze avos de todas as comissões recebidas ao longo do contrato (com correção monetária, naturalmente).

O objeto da indenização, atente-se, **não** é o tempo de serviço (*isto é, o tempo em que o representante prestou serviços de aproximação ao representado*), mas a perda da oportunidade de continuar explorando o mercado que ele ajudou a criar ou fortalecer.

4- EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NOS CONTRATOS DE COLABORAÇÃO EMPRESARIAL

A globalização é o processo de superação das fronteiras nacionais no comércio. No futuro, se continuar a globalização seu percurso, não haverá mais comércio internacional (*entre nações*), nem importações ou exportações, mas simplesmente *comércio*.

Até o momento, a globalização tem se traduzido pela formação de blocos econômicos regionais. O Brasil pertence ao MERCOSUL e está negociando a ALCA.

São as seguintes as etapas da formação do bloco econômico regional, com características próprias no plano jurídico: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum e comunidade econômica.

Na etapa de mercado comum, o aspecto jurídico mais relevante diz respeito à *harmonização* do direito dos países envolvidos na integração. Nem todo o direito precisa ser harmonizado. Mas, para que se forme o mercado comum, é indispensável que se harmonizem as normas jurídicas que repercutem na formação dos preços dos produtos ou serviços (direito-custo)⁽⁶⁾. A disciplina do contrato de representação comercial é direito-custo.

A indenização pelo término do vínculo sem culpa do representante, no Brasil, tem sido considerada devida também quando o representado não tem culpa nenhuma. Por exemplo, quando apenas deseja mudar o sistema de escoamento de seus produtos, deixando de operar com representação e passando a trabalhar com distribuição. Ora, isso faz com que o representado, no Brasil, deva necessariamente embutir, em seus preços, uma determinada margem para o pagamento, no futuro, dessa indenização, que assume, assim, uma *objetividade* inexistente em outros direitos.

.....
6 VER MEU CURSO DE DIREITO COMERCIAL, OP. CIT., V.1, P.28-60.

A diferença nos tratamentos jurídicos dos deveres e direitos dos representantes comerciais deve ser eliminada, no processo de formação do mercado comum, para que não se criem vantagens ou desvantagens competitivas entre empresários situados em países diferentes do bloco econômico regional.

Nos direitos harmonizados europeus, como o português, espanhol, alemão e austríaco ⁽⁷⁾, a vinculação entre a indenização do representante e a perda da oportunidade de continuar explorando a clientela conquistada pelo esforço comum é positivada de modo claro. Nesses países, a lei prevê o direito à indenização de clientela quando o representante comercial (agente) angariou novos clientes para o representado, ou, pelo menos, aumentou substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente, e desde que o representante continue, mesmo após a cessação do contrato, a vender para a clientela criada ou ampliada pelo representante. Se o representante, uma vez terminado o vínculo, continua, por qualquer razão, a se beneficiar da fatia de mercado angariada pelo mesmo produto, ele não tem direito de ser indenizado, exatamente porque nada perdeu.

As ordens jurídicas que submetem a indenização do representante comercial, ao término do contrato por culpa do representado, à perda da clientela, estão apenas explicitando o que já é assente na teoria geral da responsabilidade civil contratual. Trata-se de mera

.....
7 HOLZHAMMER, RICHARD. *ALLGEMEINES HANDELSRECHT UND WERTPAPIERRECH.* 6. ED. VIENNA: SPRINGER, 1995, p. 89 e 90.

decorrência lógica dos princípios da responsabilidade contratual estabelecer que o contratante não será indenizado por aquilo que não perdeu.

5. IMPLANTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO (INTERNET) E DIREITO DOS REPRESENTANTES

Como visto, para se desincumbir satisfatoriamente da obrigação de criar ou consolidar mercado para o produto do representado, o representante deve incorrer em desembolsos com investimentos e custeio.

Entre os investimentos e custeio necessários ao bom desempenho das funções de aproximação que lhe são reservadas pelo contrato de representação comercial destacam-se os relacionados à *comunicação*. Ao usar seu telefone, para falar com interessados potenciais ou com o representado, o representante está gastando para dar conta de sua obrigação principal.

Pois bem, na medida em que se sofisticam os meios de comunicação e a internet começa a ser mais utilizada, pode-se antever que os representantes comerciais devem incluir, no futuro próximo, entre os seus investimentos e custos, os necessários à utilização do correio eletrônico e, também, a manutenção de um *website*.

Não é desarrazoado imaginar que, em breve, o representante comercial que não dispuser desses instrumentos estará fora de determinados segmentos de sua atuação profissional. Não poderá, por exemplo, representar grandes fornecedores que resolverem concentrar numa plataforma B2B na internet as comunicações com a rede de representação.

Mas a principal questão jurídica que o desenvolvimento do comércio eletrônico está fazendo surgir diz respeito aos direitos do representante, ao término do contrato, quando o representado passa a operar através de *websites* próprios, com os quais consegue manter contato direto com os potenciais interessados.

De fato, se o representado passa a operar no comércio eletrônico, a necessidade de um profissional para viabilizar a aproximação com os potenciais interessados na aquisição dos produtos (isto é, a necessidade do representante comercial autônomo) pode se reduzir ou até mesmo desaparecer. Muitos prognosticam que a intermediação com exclusividade pode deixar de existir, com o desenvolvimento do comércio eletrônico.

Nesse ponto, tem importância o conceito de mercado. Se a essência desse conceito é o conjunto de operações, e não necessariamente a referência espacial dessas, o surgimento de um novo espaço para um mesmo conjunto de operações – a internet – não altera o *mercado*. Desse modo, se o contrato de representação comercial não excluir, expressamente, da “área de atuação” do representante, os adquirentes que, mesmo nela estabelecidos, fazem negócio com o representado diretamente através da internet, poderá esse último vir a ser responsabilizado pelas comissões correspondentes, que integrariam a indenização prevista em lei caso rescindido, no futuro, o contrato.