

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

JOÃO VITOR DE MORAES

CLÁUSULA DE PERFORMANCE NO CONTRATO DE AGÊNCIA

SÃO PAULO
2018

JOÃO VITOR DE MORAES

CLÁUSULA DE PERFORMANCE NO CONTRATO DE AGÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do Conhecimento: Direito dos Negócios Aplicado.

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa.

SÃO PAULO
2018

Moraes, João Vitor de.

Cláusula de performance no contrato de agência / João Vitor de Moraes. - 2018.

113 f.

Orientador: André Rodrigues Corrêa.

Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas.

1. Contratos - Brasil. 2. Representantes comerciais - Brasil - Legislação. 3. Cláusulas (Direito). 4. Contrato de trabalho. I. Corrêa, André Rodrigues. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 347.74

JOÃO VITOR DE MORAES

CLÁUSULA DE PERFORMANCE NO CONTRATO DE AGÊNCIA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Campo do Conhecimento: Direito dos Negócios Aplicado.

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa.

Data da entrega:

Banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. André Rodrigues Corrêa
FGV - Direito

Prof. Dr. Wanderley Fernandes
FGV - Direito

Prof. Dr. Danilo Borges dos Santos Gomes de Araújo - FGV - Direito

Prof. Dr. Carlos Henrique de Oliveira

Dedico este trabalho aos meus pais, pela educação e base fornecida desde sempre e à Asselina por todo o amor e apoio durante o percurso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, à Asselina, às minhas irmãs, cunhados, sobrinhos, amigos e colegas de trabalho que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta trajetória, sem os quais nada disso seria possível.

Agradeço ao Prof. André Correa pela disposição, orientação e pelos *insights* gentilmente oferecidos durante o desenvolvimento da dissertação. Agradeço ainda a todos os professores e funcionários da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas por todos as lições e apoio dados durante a realização do programa.

Agradeço aos colegas da Finocchio e Ustra Sociedade de Advogados, pelo incondicional suporte que tornou possível a dedicação de tempo e recursos para a conclusão deste programa de mestrado.

Agradeço ao Márcio Fernandes e aos profissionais da Thutor pelo apoio, suporte e intermináveis discussões sobre as inquietações que muito contribuíram para a conclusão deste trabalho, em especial, por demonstrar que o foco de qualquer atividade empresarial deve estar em encontrar o seu propósito de existir de forma a alinhar com os propósito das pessoas que ali trabalham.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem por objetivo investigar as causas e as consequências da inserção da cláusula de performance no contrato de agência. Para tanto, foram observadas as relações deste arranjo com o direito do trabalho, com contratos correlatos e com os elementos oriundos da administração de empresas, de forma a demonstrar que: i) A cláusula de performance não fere, por sua natureza, nenhuma lei brasileira em vigência no contexto da elaboração deste trabalho; ii) A cláusula de performance tem por objetivo definir as bases e os níveis esperados de quantidade e qualidade de cumprimento das obrigações do contrato e definir as consequências do seu adimplemento positivo e negativo; iii) A cláusula de performance não deve ser interpretada, *per se*, como elemento de caracterização de subordinação trabalhista; iv) Em determinadas hipóteses, a cláusula de performance poderá servir de instrumento hábil para a rescisão do contrato de agência; v) A existência de incentivos direcionados à performance das partes no cumprimento das obrigações estabelecidas tem o potencial de afetar o desempenho das partes na respectiva relação contratual.

Palavras chave: contrato de agência, contrato de representação comercial, cláusula de performance, metas e subordinação trabalhista.

ABSTRACT

This master's dissertation aims to investigate the causes and consequences of inserting the performance clause in the agency agreement. Therefore, the relationships were observed this arrangement with labor law, with related agreements and those from elements of business administration in order to demonstrate that: i) the performance clause does not, by its nature, violate any Brazilian law in force in the context of the elaboration of this work; (ii) the performance clause aims at defining the basis and expected levels of quantity and quality of performance of the obligations of the contract and defining the consequences of its positive and negative performance; iii) the performance clause should not be interpreted, per se, as an element of characterization of labor subordination; iv) in certain cases, the performance clause may serve as a skillful instrument for the termination of the agency contract; v) the existence of incentives directed to the performance of the parties in the fulfillment of the obligations established have the potential to affect the performance of the parties in the respective contractual relation.

Keywords: contract (s), agency, performance clause, goals, subordination.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - A PESQUISA.....	12
CAPÍTULO II - DO CONTRATO DE AGÊNCIA.....	14
CAPÍTULO III - ASPECTOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	33
CAPÍTULO IV - A CLÁUSULA DE PERFORMANCE APLICADA A OUTROS TIPOS CONTRATUAIS.....	58
CAPÍTULO V - A CLÁUSULA DE PERFORMANCE SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS.....	67
CAPÍTULO VI - DOS ELEMENTOS DE CONSTRUÇÃO DA CLÁUSULA DE PERFORMANCE APLICADA AO CONTRATO DE AGÊNCIA.....	81
CONCLUSÕES.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

INTRODUÇÃO

Conforme lição de Ronald Coase o tamanho da firma será, em regra, equivalente ao custo de se realizar determinada atividade pelo mercado, razão pela qual, sempre surgirão firmas dispostas a assumir o risco de organizar as transações com seus *stakeholders*¹.

Partindo dessa premissa, para aqueles que realizam a atividade de intermediação de negócios entre fornecedores e seus clientes, haverá o constante incentivo para melhoria de sua performance, seja pela redução dos custos de transação envolvidos, seja através de aumento do valor agregado, sob pena, em sentido oposto, desta atividade auxiliar ser absorvida pela firma que a contrata e, assim, perder a sua função econômica.

No contexto desta dissertação, os atores envolvidos na atividade de intermediação de negócios à conta de outrem enfrentam alguns desafios de sustentação do modelo posto, em especial, a dificuldade de se estabelecer a fronteira entre a figura do agente e a do vendedor empregado, bem como, o desafio de construção de arranjo contratual que melhore a performance das partes envolvidas.

Movidos por estes desafios, procuramos contribuir com o modelo jurídico através de uma profunda análise dos aspectos que envolvem a aplicação do contrato de agência no contexto jurídico e negocial posto, bem como a proposição dos fundamentos necessários para a construção dos arranjos contratuais que o aproximem destes objetivos.

¹ COASE, Ronald. A firma, o mercado e o direito. p. 07.

O objetivo deste trabalho é, portanto, proporcionar àqueles que se utilizarem da intermediação de negócios como instrumento de realização dos seus fins econômicos instrumento hábil para a obtenção de melhores resultados, com segurança jurídica, redução dos custos de coordenação e aumento do valor agregado.

Esperamos que estes objetivos estejam alcançados e que as inquietações que nos motivaram também motivem àqueles que compartilham do mesmo anseio de contribuir para a melhoria do ambiente de negócios.

CAPÍTULO I – A PESQUISA

No contexto do Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas a pesquisa acadêmica deverá estar orientada pela construção de arranjos e práticas inovadores, juridicamente sofisticados e ainda pouco exploradas pela literatura nacional, que possuam custos de desenvolvimento e aplicação economicamente viáveis.

Assim, foram realizados pelo autor a revisão bibliográfica de estudos realizados no âmbito do direito civil, do direito do trabalho e da administração de empresas, em específico, aquelas relativas à gestão de recursos humanos, avaliação de desempenho, aplicação de cláusula de performance, gestão e desenvolvimento das forças de venda internas.²

De forma a ilustrar a importância da discussão sobre o assunto posto destacamos decisão emanada da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso de Revista nº 52700-85.2008.5.17.019 de 23/10/2013, que pelo seu Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro entendeu que o fato de estar obrigado ao cumprimento de metas tira do agente a disponibilidade de usar o seu tempo na forma como lhe convém, embora reconheça que seja traço desafiador à interpretação da existência ou não de autonomia na relação mantida entre as partes³.

² Para os fins desta dissertação importante esclarecer que a análise da aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência sob o viés da administração de empresas estará restrita aos pontos inseridos no corpo deste trabalho e no contexto proposto. Nenhuma das obras analisadas trata especificamente sobre o contrato de agência, mas sim, da análise da aplicação da cláusula de performance a estruturas contratuais correlatas, como vendedor empregado e prestação de serviços.

³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (TST) – Recurso de Revista (RR): 52700-85.2008.5.17.0191, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013. Tal decisão não é isolada e o TST tem construído relevante entendimento acerca da correspondência entre a existência de metas no contrato de agência e a presunção, por este fato, a existência de subordinação e vínculo empregatício entre as partes. Estes pontos serão clareados e discutidos oportunamente por este trabalho.

Com relação ao que denominou de cláusula de produção ou de quota mínima, que para os fins deste estudo denominou-se de cláusula de performance, Rubens Requião argumenta que a sua aplicação não deverá ser literal e que a sua validade não é absoluta pois o não atingimento de quota predeterminada justifica a rescisão do contrato de agência apenas quando resultar de evidente desídia ou inabilidade funcional do agente. Acrescenta que fatores externos como conjuntura econômica difícil, restrição ou recessão do mercado, preços elevados de cotação dos produtos do proponente que os colocam fora da competição em face da concorrência poderão constituir, sob a sua interpretação, fatos que isentam o agente de culpa contratual⁴.

Assim, foram objeto de pesquisa decisões emanadas por tribunais brasileiros comuns e especializados, com ênfase nos tribunais superiores e na justiça trabalhista, bem como, os elementos empíricos que decorrem da experiência do autor.

Trata-se, portanto, de pesquisa acadêmica no âmbito dos direitos dos negócios que visa a construção de arranjo contratual inovador, juridicamente sofisticado e pouco exploradas pela literatura que, conforme a pretensão do Min. Daniel Faraco na concepção do Projeto de Lei nº 1.171⁵, se propõe a trazer maior segurança jurídica e desenvolvimento à atividade de intermediação de negócios à conta de outrem, para que seja assegurado às partes o direito construir arranjos contratuais que visem o seu contínuo desenvolvimento, bem como, garantir maior nitidez aos direitos, deveres e pretensões recíprocas, com o que muitos terão de ganhar na condução dos seus negócios.

⁴ REQUIÃO, Rubens. O Contrato de Representação Comercial. p. 256.

⁵ SAAD, Ricardo Nacim. Representação comercial – 5 eds. rev. atual – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

CAPÍTULO II – DO CONTRATO DE AGÊNCIA

2.1 HISTÓRICO

Muito embora a origem da atividade de intermediação de negócios à conta de terceiros remonte à Roma Antiga, a contextualização histórica do objeto da presente dissertação estará cingida à: i) o contexto histórico de debate e elaboração da Lei nº 4.886/65; ii) o contexto e das pretensões dos legisladores que elaboraram a norma original; iii) o contexto da elaboração da Lei nº 8.240/92; iv) a absorção do tipo em comento pelo Código Civil de 2002.⁶

Há que se considerar, de início, que até a promulgação da Lei nº 4.886/65 a atividade de intermediação de negócios estava regulamentada, até então no Brasil, por disposições genéricas do tipo mandato dentro do Código Comercial de 1850.

Segundo Requião, tal fato teve por consequência a ocorrência de diversos casos de abuso do poder econômico por aqueles que contratavam este tipo de prestação, em que os agentes eram contratados sem qualquer instrumento que garantisse a percepção das comissões ou de indenização na hipótese de rescisão do contrato⁷.

Além disto, era comum estarem configurados nestas relações os elementos de caracterização do vínculo empregatício, conforme determinava

⁶ É importante destacar, neste contexto, dissertação apresentada por Rubens Requião à Congregação da Faculdade de Direito do Paraná em seu concurso para livre docência em Direito Comercial no ano de 1950. Isto porque referido trabalho, desenvolvido pelo maior pensador deste tipo contratual na história brasileira, foi elaborada justamente no momento em que os representantes comerciais debatiam a necessidade de tipificação do tipo contratual, (REQUIÃO, Rubens. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial, p. 09).

⁷ REQUIÃO, Rubens. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial, p. 07

a recém promulgada Consolidação das Leis do Trabalho, fato que favoreceu o descontentamento daqueles que deste modelo se utilizavam.

É curioso observar que mesmo em face a um ambiente precário os agentes galgaram com o tempo maior relevância no contexto econômico da época, especialmente por terem sido o meio um eficiente meio de expansão das fronteiras comerciais dos fabricantes. Por esta razão, era premente a necessidade de se ter regulamentada a atividade dos intermediários por lei, pois o instituto cabível havia se tornado acanhado para regular o contexto prático em questão.⁸

Assim, os intermediários passaram a se organizar e reivindicar a concretização dos seus direitos fato este que resultou no Projeto de Lei nº 1.171, o qual dispôs sobre as características da profissão e não de contrato que a regeria⁹.

Na exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Lei nº 1.171, o qual se transformou na Lei nº 4.886/65, destacou-se que havia à época a conveniência de se regular a atividade exercida pelos representantes comerciais, não apenas em face das reivindicações dos profissionais envolvidos, mas sim, para que fosse assegurada uma série de direitos e garantias às partes, de forma de garantir maior nitidez aos direitos e deveres recíprocos, com o que muitos teriam a ganhar na condução dos seus negócios em clima de harmonia e cooperação.¹⁰

Ocorre que, apesar do amplo debate promovido, a promulgação da Lei nº 4.886/65 foi realizada, segundo Requião, de forma célere e sem a

⁸ REQUIÃO, Rubens. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial, p. 07.

⁹ REQUIÃO, Rubens. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial, p. 09.

¹⁰ SAAD, Ricardo Nacim. Representação comercial – 5 eds. rev. atual – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 35.

possibilidade dos necessários debates legislativos, tendo resultado em um texto falho, defeituoso, com lacunas, incompreensões e erros técnicos¹¹.

Assim, após um período de intensa interferência do poder judiciário, o conteúdo da Lei nº 4.886/65 foi novamente debatido e revisado, tendo resultado na Lei nº 8.240/92¹². No entanto, no ímpeto de corrigir as falhas do legislador de 1965, a norma revisora resultou em um texto com claro aspecto protetivo ao agente, por ter tido o objetivo de regulamentar a profissão de representante comercial autônomo e o contrato de trabalho¹³ que envolvia a sua contratação.

Desta forma, o tipo contratual permaneceu dentro de uma zona *grise* com o contrato de emprego, em razão das suas características inerentes¹⁴.

¹¹ REQUIÃO, Contrato de Representação Comercial, p. 10.

¹² REQUIÃO, Contrato de Representação Comercial, p. 10. Neste sentido, tratou a norma revisora de aumentar o valor mínimo da indenização a ser paga em razão da rescisão de contrato vigente por prazo indeterminado, por iniciativa da contratante, de 1/20 avos para 1/12 avos, conforme redação do Art. 27, alínea j), além de ter determinado valor de indenização mínima a ser pago pela contratante ao agente na hipótese de rescisão do contrato vigente por prazo determinado, nos termos do §1º do Art. 27 da Lei nº 4.886/65. Além disto, bem como, trouxe diversos dispositivos complementares que visaram resguardar a aplicação das indenizações previstas (§2º e §3º). A Lei nº 8.240/92 trouxe, ainda, um ambiente de proteção às comissões devidas ao representante na hipótese de exclusividade de território, conforme Art. 31, muito embora referido dispositivo legal tenha sido revogado pelo Código Civil de 2002 em face da redação do seu Art. 721. Resguardou, ainda, as condições, o prazo e a base de cálculo e as condições de pagamento das comissões ao agente, conforme Art. 32, §1º, 2º, 3º, 4º e 5º. Estabeleceu a vedação legal às alterações contratuais que resultem em redução da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos 06 meses de vigência do contrato, conforme Art. 32, §7º e estabeleceu o índice de correção das comissões para efeitos de indenização, conforme Art. 33, §3º e Art. 46. Determinou-se, ainda a vedação expressa à qualquer aplicação de cláusula *del credere* no contrato de representação comercial, conforme Art. 43, classificou os créditos do contratado na hipótese de falência do contratante como equivalentes ao crédito de natureza trabalhista, conforme Art. 44 e, por fim, estabeleceu o prazo de prescrição em cinco anos para agente pleitear judicialmente a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos Lei em 05 anos, nos termos do parágrafo único do mesmo Art. 44.

¹³ Destaca-se, neste ponto, que o termo contrato de trabalho fora utilizado neste aspecto para qualificar relação prestação de serviços e/ou cessão de mão de obra firmada entre uma empresa e uma pessoa física, porém, sem que se trate, necessariamente, de uma relação de emprego, a qual, conforme as normas da CLT, deve estar preenchida pelos elementos subordinação, pessoalidade, onerosidade e habitualidade, nos termos do Art. 2 e 3º da CLT.

¹⁴ Segundo Alice Monteiro de Barros a qualificação, em concreto, de uma determinada relação como de trabalho subordinado ou autônomo poderá ser difícil e controvertida, principalmente nas hipóteses que se situam na chama zona *grise*, isto é, zona cinzenta ou fronteira habitada

Resta claro, neste contexto, que a Lei nº 4.886/65 e sua norma revisora possuíam, até então, nítido caráter protetivo, num claro exemplo de dirigismo contratual¹⁵.

Foi natural, neste sentido, que o arcabouço normativo em vigência até a promulgação do Código Civil de 2002 carresse diversos elementos que tinham por objetivo reequilibrar uma relação jurídica desequilibrada. O exemplo mais nítido é o Art. 27 da Lei nº 4.886/65, o qual determina uma série de condições que, obrigatoriamente, deveriam estar inseridas no contrato, independentemente da vontade das partes¹⁶.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Neste item serão fundamentadas as razões e os fundamentos que levaram o autor a utilizar-se da nomenclatura “contrato de agência” em substituição ao termo “contrato de representação comercial” para denominação da atividade profissional de promoção ou mediação para a realização de certos negócios à conta de outrem.

É importante ressaltar que o posicionamento do autor não é unânimidade entre aqueles que se desbruçaram sobre o assunto, tanto na doutrina como na jurisprudência, e que os pontos de divergência relativos à

por trabalhadores que tanto poderão ser enquadrados como empregados quanto como autônomos. (BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, p. 294–296)

¹⁵ O dirigismo contratual é questionado por diversos autores, com destaque para ENGLER que em sua obra ensina que “Por se tratar de atividade privada, cabe aos agentes econômicos assumir o risco empresarial daí decorrente (...) O caráter indicativo do planejamento para o setor privado elimina a possibilidade de dirigismo econômico, mas pouco esclarece sobre o grau de intervencionismo admitido pelo constituinte (ENGLER, Mario Engler Pinto Júnior. O estado como acionista controlador. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009. p. 177.

¹⁶ O presente estudo tratará de identificar estas correntes jurisprudenciais e obter a *ratio decidendi* de cada uma delas, de forma a correlacionar com o conteúdo apresentado.

nomemclatura, distinção e legislação aplicável em nada alteram os objetivos e as conclusões desta dissertação.

Desde a vigência do Código Civil de 2002, em especial do seu Capítulo XII do Título VI, que trata das várias espécies de contrato, em específico “*Da Agência e Distribuição*”, se discute acerca dos elementos de comunhão e distinção entre o contrato de representação comercial e o contrato de agência. Referida confusão se deu, há que se ressaltar de início, em razão da similaridade entre o disposto Art. 710 do Código Civil¹⁷ e o Art. 1º da Lei nº 4.886/65¹⁸.

De fato, as semelhanças saltam aos olhos, haja vista a conjugação de elementos fundamentais como a não eventualidade, a necessária ausência de subordinação e de dependência econômica, além do fato de que ambos possuem o mesmo objetivo: promover ou mediar a realização de certos negócios à conta de outrem.¹⁹

Gustavo Haical afirma, neste contexto, que não se tratam de contratos distintos e que, embora a Lei nº 4.886/65 trate do contrato de representação comercial esta norma teve por objetivo regular, em verdade, o contrato de agência²⁰.

¹⁷ 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.

¹⁸ Art. 1º Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprêgo, 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, transmití-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

¹⁹ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. Contrato de Representação Comercial, *in*: FERNANDES, Wanderley (org.) Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica, p. 40.

²⁰ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. p. 90.

Prossegue aduzindo que a intenção do legislador ao regradar o contrato de agência no Código Civil não foi reconhecer a distinção entre este e o contrato de representação comercial, mas sim, regradar os aspectos gerais no Código Civil, deixando as maiores particularidades às regras existentes na Lei nº 4.886/65 e que, com a entrada em vigor do Código Civil, que deu adequado *nomem iuris* ao contrato, não havendo razão para manter o debate.²¹

Rubens Edmundo Requião, em contrapartida, afirma que a distinção entre o contrato de agência e o contrato de representação comercial ocorre nos seguintes aspectos: i) Campo de atuação: a representação comercial tem campo limitado à intermediação de negócios mercantis, enquanto a agência tem objetivos mais amplos, abrangendo todas as outras hipóteses de intermediação, com conteúdo estável, que não estejam reguladas por leis especiais; ii) Partes: pessoas físicas e jurídicas poderão ser representantes comerciais, enquanto o agente somente pessoa natural; iii) Denúncia do contrato a prazo indeterminado: o aviso prévio é de 30 dias, no mínimo, para a relação de representação comercial, enquanto que na agência esse prazo é de, no mínimo, 90 dias; iv) Eficácia do aviso prévio: no contrato de agência, o aviso prévio só tem eficácia se já estiver transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos realizados pelo agente. No contrato de representação comercial, o aviso prévio não fica condicionado à amortização dos investimentos; v) O representante comercial autônomo ou a sociedade que explora essa profissão deve ter registro obrigatório no conselho regional próprio^{22,23}

²¹ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos. p. 90.

²² REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova regulamentação da representação comercial autônoma – 3 ed. adapt. ao novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

²³ Nesta linha de distinção estão Pontes de Miranda, Araken de Assis, Sílvio Venosa, Carlos Alberto Hauer de Oliveira.

Tal confusão pode ser observada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se posicionou dentro de uma mesma turma de duas formas antagônicas: i) que “a atividade de agência lotérica não se assemelha à representação comercial²⁴” e, ao mesmo passo em que se fixou que ii) “as casas lotéricas são efetivamente assemelhadas aos representantes comerciais e corretores, porquanto agem por conta dos terceiros, *in casu*, a Caixa Econômica Federal, auferindo comissões pelas vendas empreendidas²⁵”.

Embora estas divergências de interpretação da norma aplicável à atividade de intermediação de negócios à conta de outrem dentro do contexto de elaboração desta dissertação careçam de uma reflexão específica, partiremos da premissa de que houve a harmonização entre as regras do Código Civil que tratam da agência e a Lei nº 4.886/65²⁶ fundamentado no entendimento de que se aplica ao tipo em questão o disposto no Capítulo XII do Título VI do Código Civil e, naquilo que não houver conflito, o disposto na Lei nº 4.886/65²⁷.

A natureza jurídica do contrato de agência nasce, portanto, do conceito de cooperação empresarial por aproximação, que o agente cumpre a função de colaborar para a eficácia da cadeia de escoamento dos produtos do fabricante^{28,29} se colocando como um elo entre os diversos integrantes da

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial, nº 590.859/MG. Relator Ministro Teori Albino Zavaschi, com julgamento em 24/08/2004. DJ 06/09/2004, p. 172.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial, nº 553.343/MG. Relator Ministro Luiz Fux, com julgamento em 11/05/2004. DJ 31/05/2004, p. 202.

²⁶ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. Contrato de Representação Comercial, *in*: FERNANDES, Wanderley (org.) Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica, p. 40.

²⁷ Nesta mesma linha estão Rubens Requião, Orlando Gomes, Fran Martins, Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro e Humberto Theodoro Júnior.

²⁸ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. Contrato de Representação Comercial, *in*: FERNANDES, Wanderley (org.) Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica, p. 25.

²⁹ KUYVEN, Fernando, Representação Comercial ou Agência, p. 41.

cadeia, promovendo a realização de negócios, conforme tipificado pelo Art. 710 do Código Civil³⁰.

Paula Forgioni define a atividade de intermediação de vendas (agenciamento) como o conjunto de atividades que envolve a aproximação do fabricante e do adquirente, levada a efeito pelo agente mediante o recebimento de comissão por este trabalho.³¹

Rubens Requião, no contexto histórico da época, define o representante comercial como a pessoa física ou jurídica que, de maneira permanente e em caráter profissional, realiza, numa determinada zona, atos de comércio peculiares à promoção e conclusão de negócios, por conta e em nome de uma ou mais empresas.³²

Fernando Kuyven, em contexto contemporâneo ao presente estudo, classifica como agente (representante comercial) qualquer pessoa, jurídica ou física, empresária ou não, que age, sem relação de emprego ou dependência, como intermediadora de negócios em caráter não eventual por conta de outrem, de modo a criar, ampliar ou consolidar as relações comerciais do agenciado em sua área de atuação.³³

2.2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS OBRIGAÇÕES NO CONTRATO DE AGÊNCIA

A classificação da natureza jurídica das obrigações no contrato de agência é de fundamental importância para se chegar às conclusões almejadas

³⁰ 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.

³¹ FORGIONI, Paula. Contrato de Distribuição, Op. cit. p. 66, 67.

³² REQUIÃO, Rubens. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial. Curitiba, 1950. Fls. 36.

³³ KUYVEN, Fernando. Contrato de Representação Comercial, p. 41.

por esta dissertação pois, além de dar subsídios à reflexão sobre a relação entre a cláusula de performance e a presença ou não do elemento autonomia dos agentes, prestará auxílio à formatação de estruturas contratuais que favoreçam a obtenção dos resultados pretendidos pelas partes envolvidas.

A distinção entre obrigação de meio e de resultado (*obrigações de fim*) surgiu, segundo Comparato, para tratar do problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais, pois em certas relações de obrigação o devedor é simplesmente adstrito a observar o comportamento do *bônus pater-familia*³⁴, ou as expectativas de atuação do vendedor de mercado, competindo ao credor provar que tal não ocorreu. Em outras, ao contrário, o credor tem o direito de exigir a produção de um certo resultado, sem o que a obrigação se considera inadimplida, hipótese em que compete ao devedor provar que a falta do resultado previsto ocorreu sem culpa de sua parte.³⁵

Assim, no que tange à classificação das obrigações em meio ou resultado, o contratado poderá ser obrigado simplesmente a fazer o que está em seu poder para conseguir os resultados esperados em razão daquele contrato, e, com isto, será liberado independentemente do conseguimento efetivo daquilo que fora planejado. Ou, então, tem-se em vista o resultado em si mesmo, hipótese em que obrigação não se extingue enquanto o resultado não for alcançado, salvo impossibilidade superveniente³⁶.

Fábio Comparato argumenta que não há razão em afirmar que certos contratos somente comportariam obrigações de meio e outros somente obrigações de resultado, sendo que esta rigidez sistemática está fora de

³⁴ Termo do direito romano que equivale ao bom pai de família e se refere a um padrão de conduta, análogo ao homem razoável do direito inglês.

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia. p. 524.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia. p. 525.

cogitação pois, toda obrigação comporta naturalmente um resultado, que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor, mas nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação, pois, algumas das vezes, deixa de exercer a função de objeto ou conteúdo da obrigação, para ser tão-somente a sua causa no sentido teleológico.³⁷

Portanto, nesta linha de raciocínio, o contrato de agência conjuga um complexo de atividades que tem como elemento central obrigação de promoção dos negócios do proponente, combinada com as obrigações de expansão dos negócios e fornecimento das informações solicitadas por este.

Gustavo Haical esclarece que a obrigação principal do agente circunscreve-se à complexidade de atos cujo objetivo final é despertar num terceiro, perante o qual o agente atua, o interesse de realizar proposta a ser encaminhada ao agenciado para com este concluir um contrato³⁸.

Entretanto, para que o agente tenha a contraprestação do agenciado pelo cumprimento desta obrigação, ou seja, tenha constituído o direito à remuneração, o contrato cuja conclusão promove deverá vir a existir, nos termos do Art. 714 do Código Civil³⁹. Essa particularidade, referente tanto à obrigação do agente como à constituição de seu direito à remuneração, dificulta o surgimento de uma resposta fácil à questão de se saber se a obrigação do agente é de meio ou de resultado.⁴⁰

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia.* p. 530.

³⁸ Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

³⁹ Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

⁴⁰ HAICAL, Gustavo. *O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos*, p. 124.

Se for tomado como prisma de perquirição o direito à remuneração do agente não há, segundo Haical, como não classificar a sua obrigação como de resultado. O direito à remuneração, salvo disposição em contrário, somente existirá com a obtenção do resultado desejado pelo agenciado, ou seja, a conclusão do contrato com o cliente⁴¹.

Se, ao contrário, tomarmos por análise a obrigação de promover, ela deverá ser classificada como de meio, pois o agente tem de agir para que o resultado visado se dê, sem, contudo, haver a obrigação de alcançar esse resultado. Assim, conclui Haical, levando-se em conta a complexidade apresentada pela obrigação do agente, numa perspectiva dinâmica, ela apresenta, no transcorrer do processo obrigacional, tanto obrigações de meio como de resultado, e, embora exista a necessidade da conclusão do contrato entre o cliente e o agenciado, para que haja a constituição do do direito à remuneração, ela deve ser classificada como mista.⁴²

Entendemos, no entanto, que conclusão acima é insuficiente pois, apesar de uma mesma obrigação poder ser interpretada como de meio ou de resultado, tais características não poderão ser simplesmente simultâneas. O que determinará a sua classificação como um ou outro tipo será a expressão da vontade das partes instrumentalizada pelo arranjo contratual das obrigações no respectivo contrato.

Há que se ressaltar, neste sentido, trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: “Num contrato de prestação de serviços nada impede que possam existir ordens ou instruções da parte do beneficiário do

⁴¹ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos, p. 124.

⁴² HAICAL, Gustavo. O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos, p. 126.

serviço, dirigidas ao objeto do resultado e não à forma de o cumprir, sem que isso signifique subordinação do prestador ao beneficiário deste”⁴³.

Ademais, seguindo a premissa de que a obrigação de promoção dos negócios pelo agente à conta do proponente é uma obrigação de meio, haja vista que o fechamento destes negócios será uma prerrogativa exclusiva do proponente a cláusula de performance, neste caso, tem a função de estabelecer os critérios objetivos e as expectativas que as partes possuem de execução das atividades que envolvem a realização de visitas, por exemplo, para que, com fundamento no Art. 35, *alínea a*)^{44 45 46 47} da Lei nº 4.886/65, seja mensurada a atuação do agente e, caso tenha sido insuficiente, seja aplicada a sanção contratual com fulcro no artigo citado⁴⁸.

⁴³ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 226. STJ – Processo n. S2020, Rel. Mário Torres, decisão de 15.11.2000.

⁴⁴ Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: a) desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato;

⁴⁵ As observações relativas ao contrato de representação comercial, quanto a sua denúncia por falta grave cometida pelo representante, são aproveitadas para o contrato de agência ou distribuição, conforme ensina Requião (REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova regulamentação da representação comercial autônoma – 3 ed. adapt. ao novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157).

⁴⁶ Fernando Kuyven destaca que a diminuição de negócios intermediados pelo agente ou finalmente concluídos pelo agenciado não configura, *per se*, culpa do agente, nem justifica a resolução do contrato, a menos que seja provado que esta diminuição se deve à desídia do representante, incorrendo-o, assim, em culpa grave. Op. cit. 70.

⁴⁷ Requião assevera, no entanto, que é preciso distinguir entre a *desídia fortuita* ou *ocasional* e a *desídia habitual* ou *constante*. A desídia fortuita ou ocasional é, segundo o autor, isolada, podendo surgir de um descuido ou desatenção momentâneos, sendo geralmente escusável, relevada ou perdoada, quando não acarrete danos graves, sendo que, nem sempre a habitualidade ou continuidade são essenciais, podendo resultar de desídia grave em detrimento de determinado trabalho. Já a desídia habitual ou constante é inescusável por ser equivalente à negligência contumaz, reveladora de contínuos e injustos desleixos, oriunda da ociosidade, da negligência contínua e permanente. Esta é, segundo o Autor, o tipo de desídia que se deve considerar na rescisão do contrato, por causar transtornos no andamento dos negócios, impedindo o seu desenvolvimento e sucesso, causando sérios prejuízos ao representado, constituindo, como tal, motivo justo para que o representado rescinda o contrato de representação comercial (REQUIÃO, Rubens. Op. cit. 254). É fundamental destacar, outrossim, que caberá ao representado comprovar, numa eventual discussão judicial da aplicação da sanção prevista no Art. 35, *alínea a*) da Lei nº 4.886/65, o cometimento de falta pelo representante (por ação ou omissão), sendo que, se não o fizer, será compelido a pagar a indenização pelo rompimento abusivo do contrato (Art. 27, j), SAAD, Ricardo Nacim. Representação comercial – 5 eds. rev. atual – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104.

⁴⁸ Segundo Ricardo Nacim Saad o termo desídia tem o mesmo significado de negligência, omissão, descuido, desleixo ou ociosidade (SAAD, Ricardo Nacim. Ob. cit. 104). Já Kuyven destaca que o elemento desídia inserido no no cumprimento do contrato corresponde ao atuar negligente do agente na execução do contrato, prejudicando os negócios do agenciado, sendo

Assim, o critério de mensuração da atuação do agente com desídia passará a estar estipulado e objetivado “*ex ante*” através da respectiva cláusula de performance, cabendo ao proponente, neste caso, o ônus de demonstrar que a atuação do agente se enquadrava no critério objetivo que as partes estipularam como “*atuação desidiosa*” passível, portanto, de rescisão por justa causa, hipótese em que aplicar-se-á a sanção perda do direito de indenização ao agente fundamento no Art. 27, alínea j) da Lei nº 4.886/65.

Por outro lado, se for da vontade das partes estabelecer de forma antecipada, por exemplo, as expectativas de resultados do negócio em razão das atividades desenvolvidas pelo agente, em determinado período de tempo, tratar-se-á de obrigação de resultado. Neste sentido, o atinimento de determinado resultado de vendas, por exemplo, será critério objetivo para determinação de causa de rescisão do contrato, com fundamento na cláusula de performance e consubstanciada pelo Art. 35, alínea c) da Lei nº 4.886/65⁴⁹, cabendo ao agente o ônus probatório de demonstrar, na hipótese de performance insuficiente, que tal fato decorreu de motivos que sejam alheios à vontade das partes.

Desta forma, a natureza jurídica das obrigações estabelecidas na relação de agência, se de meio ou resultado, dependerá da manifestação da vontade das partes instrumentalizada por meio do instrumento contratual de

que, tal fato pode se caracterizar, por exemplo, pelo abandono injustificado de negociações, perda de produtos, ausência injustificada a reuniões e visitas, ou falta de relatórios sobre o andamento dos negócios. Ainda que de menor gravidade, a reiteração de algumas atitudes negligentes pode caracterizar a perda de interesse do representante pelas atividades assumidas (KUYVEN, Fernando. Op. cit. p. 70). Rubens Requião, citando o jurista Sady Cardoso Gusmão, explica que no sentido comum a desídia tanto pode significar ociosidade, preguiça, como relaxamento, descuido, mas no sentido jurídico exprime mais precisamente a negligência e o relaxamento da conduta em função dos deveres inerentes ao cargo, emprego ou obrigação. É, segundo o autor, um aspecto da negligência ou comportamento negativo em relação à obrigação, determinados aspectos do procedimento humano, posição da pessoa, ou situação de direito permanente, sendo restrita a determinados aspectos do procedimento humano e de ordem funcional, principalmente (REQUIÃO, Rubens. Contrato de Representação Comercial, p. 254).

⁴⁹ Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;

agência, sendo a cláusula de performance, em ambos os casos, ferramenta que tem por objetivo principal tornar os elementos do contrato tangíveis e mensuráveis quanto aos resultados esperados.

2.2.4 NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE PERFORMANCE APLICADA AO CONTRATO DE AGÊNCIA

A análise dos aspectos e da natureza jurídica da cláusula de performance ao contrato de agência é de fundamental importância como fonte de estabelecimento dos limites de sua aplicação, bem como, para carrear os fundamentos que irão conferir ao arranjo contratual maior segurança jurídica, estabilidade e eficácia à sua aplicação. De nada adianta um arranjo contratual que tenha o potencial de aprimorar os resultados da relação jurídica em questão se este não for estável sob o viés jurídico.

Há que se destacar, de início, que o referido arranjo contratual não possui precentes normativos no Brasil⁵⁰, bem como, que a sua aplicação tem sido discutida, ao longo do tempo, de forma superficial pela doutrina especializada, sem que tenha havido posicionamento específico sobre a sua receptividade ou não pelo conjunto normativo pátrio⁵¹.

⁵⁰ Neste ponto cabe ressaltar que nem a Lei nº 4.886/65, nem o Código Civil de 2002, trataram, direta ou indiretamente, da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência. Observou-se, ainda, que nem o polêmico Projeto de Lei nº 1.572/2011 que teve por objetivo a criação de um Novo Código Comercial, muito embora seja interpretado como desnecessário pela doutrina especializada, trouxe qualquer tipo de novidade quanto a este assunto. Referido projeto de Lei fez, nos artigos que tratam do contrato de agência referência à Lei especial, nº 383 e 384. Referido projeto de Lei, há que se ressaltar, não resolveu nem a questão quanto a tipificação do contrato, chamando-o tanto de agência como representação comercial, conforme se observam os referidos artigos. (Projeto de Lei nº 1.572/2011: Art. 383. Pelo contrato de agência, o empresário colaborador (agente ou representante comercial autônomo) se obriga a obter pedidos de compra dos produtos ou serviços oferecidos pelo empresário fornecedor (agenciado ou representado). Art. 384. O contrato de agência (representação comercial), bem como os direitos e obrigações do agente (representante comercial autônomo) e do agenciado (representado), sujeitam-se à disciplina da lei especial.

⁵¹ Paulo Dóron Rehder de Araújo, por exemplo, no capítulo de seu trabalho sobre representação comercial que trata da extinção da relação jurídica se dedicou a analisar a correta terminologia para os modos de extinção dos contratos e das relações jurídicas, além

Em contrapartida, a sua legalidade foi submetida ao crivo do poder judiciário em diferentes contextos, fato que gerou interpretações dissonantes sobre o mesmo assunto e, por consequência, uma notória insegurança jurídica em sua aplicação prática.

Em outra espeque, foram produzidos diversos estudos no âmbito da administração de empresas que fundamentaram a sua eficácia sob o aspecto de integração e adição de valor aos negócios e incremento dos seus resultados práticos, conforme descrito a diante.

Desta forma, trata-se a cláusula de performance aplicada ao contrato de agência de arranjo contratual com caráter acessório⁵², atípico, que tem por objetivo definir as bases e os níveis esperados de quantidade e qualidade de cumprimento das obrigações que decorrem do tipo em questão, bem como, definir as consequências do seu inadimplemento ou não.

Sobre a sua inserção no contrato de agência Rubens Requião argumenta que a interpretação e aplicação do referido arranjo contratual deve revestir-se de certas cautelas e o não atingimento de quota predeterminada, por exemplo, justifica a rescisão do contrato de agência apenas quando resultar de evidente desídia ou inabilidade funcional do agente.⁵³

de descrever as hipóteses estabelecidas pelos Arts. 35 e 36 da Lei nº 4.886/65, porém, não se posicionou sobre a natureza das obrigações no contrato de agência ou sobre a cláusula de performance e as consequências pelo seu cumprimento ou não (ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. Contrato de Representação Comercial, *in*: FERNANDES, Wanderley (org.) Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica, p. 80). Neste mesmo sentido, Ricardo Nacim Saad (ob. cit., *et al*). Gustavo Haical (ob. cit., *et al*), embora se posicione sobre a natureza jurídica das obrigações inseridas no contrato de agência, com todas as suas ressalvas, não trata propriamente da cláusula de performance e suas consequências.

⁵² O caráter acessório deste arranjo contratual determina que a sua existência, em qualquer hipótese, está subordinada à validade do negócio jurídico principal, qual seja, a intermediação de negócios à conta de outrem, e, por esta razão, seguirá o destino do arranjo principal.

⁵³ REQUIÃO, Rubens. Nova regulamentação da representação comercial autônoma, p. 158.

Além disto, aduz que a presença de conjuntura econômica difícil, períodos de restrição ou recessão do mercado, além de preços elevados dos produtos que os colocam fora da competição podem constituir elementos com potencial de isentar o agente de culpa contratual.⁵⁴

É fato que a interpretação e aplicação de qualquer arranjo contratual deve se revestir de cautelas, porém o posicionamento de Requião acima destacado reflete o contexto histórico e doutrinário anterior a vigência do Código Civil de 2002, em que havia uma preocupação exacerbada em se delimitar as fronteiras entre a relação contratual e trabalhista aplicáveis ao tipo e, por esta razão, havia demasiada insegurança dos doutrinadores acerca da aplicabilidade da cláusula de performance ao tipo em questão.

Neste caso, segundo Requião, a cláusula de performance somente seria viável como obrigação de meio, em que o agente não estaria vinculado aos resultados obtidos em razão de seu esforço na intermediação de negócios em benefício do proponente, mas sim, ao meio empregado para o cumprimento das obrigações⁵⁵, e não é, por natureza, instrumento hábil de extinção do contrato por justo motivo na hipótese de não atingimento dos resultados esperados.

Por refletir um contexto histórico específico, bem como, por não contemplar todos os aspectos possíveis do referido arranjo, entendemos que a opinião de Requião sobre a cláusula de performance não está correta.

Isto porquê, *prima facie*, não existe nenhum óbice em determinar que a cláusula de performance, embora a natureza acessória, seja estruturada como uma obrigação de resultado.

⁵⁴ REQUIÃO, Rubens. Nova regulamentação da representação comercial autônoma, p. 158.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia. p. 525.

Fernando Kuyven argumenta, em contrapartida, que não fere a ordem pública a previsão de metas, quotas ou objetivos de vendas a serem alcançados pelo agente, destacando que estas cláusulas não podem ser alteradas posteriormente para prejudicar o agente, mas podem livremente se modificadas para beneficiá-los⁵⁶.

No entanto, prossegue o citado autor, sem adentrar ou resolver a questão propriamente, que este tipo de cláusula pode ser inconveniente tanto para o agente como para o agenciado, pois se o agente não alcançar a meta, pode ser-lhe imputada justa causa por desídia no cumprimento de suas obrigações, nos termos do Art. 35, alínea a) da Lei nº 4.886/65 e, por outro lado, uma vez alcançada a meta, o agenciado estará obrigado a aceitar os pedidos agenciados, dentro dos parâmetros contratados, não podendo reduzir a meta sob a alegação de dificuldade de produção ou logística⁵⁷.

Entendemos, todavia, que a hipótese de não cumprimento das obrigações estipuladas na cláusula de performance aplicada ao contrato de agência será o Art. 35, alínea c) da Lei nº 4.886/65⁵⁸, o qual estabelece como fatores de justo motivo para a rescisão do contrato de agência a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato, embora se possa

⁵⁶ KUYVEN, Fernando. Contrato de Representação Comercial, p. 65.

⁵⁷ KUYVEN, Fernando. Contrato de Representação Comercial, p. 66.

⁵⁸ Art. 35. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representado: c) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial;

questionar se a cláusula de performance é obrigação inerente ou não⁵⁹, combinado com o Art. 389⁶⁰ e Art. 474 do Código Civil^{61,62}.

Neste sentido, a obrigação de se cumprir determinada meta estabelecida entre as partes não se extinguirá enquanto o resultado não for alcançado, ou que seja determinado que a remuneração somente será devida se o resultado pactuado for alcançado, salvo impossibilidade superveniente ou, por fim, que o não atingimento de determinado resultado dará ensejo à rescisão do contrato de agência pelo proponente, por justo motivo, desde que tal condição tenha sido previamente estabelecida em contrato.

Neste sentido, a cláusula de performance aplicada ao contrato de agência poderá servir como ferramenta de planejamento e execução tanto das

⁵⁹ No que diz respeito à interpretação do dispositivo aplicado à hipótese de rescisão do contrato com fundamento na cláusula de performance entendemos que a partir do momento em que as partes, de livre vontade, optam por inserir o referido arranjo no contrato de agência e se neste está previsto a possibilidade de rescisão do contrato em determinadas hipóteses, esta obrigação passará a ser, portanto, inerente àquela relação contratual e não, necessariamente, ao tipo jurídico em questão.

⁶⁰ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁶⁰ Extensiva pois o referido artigo fala em falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial, sendo que, em razão de sua natureza acessória a cláusula de performance não pode ser classificada como uma obrigação inerente, mas sim, acessória

⁶¹ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

⁶² Nesse mesmo sentido decidiram a 22 e 23 Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ementa: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO MOTIVADA. CONTRATO COM CLÁUSULA EXPRESSA DISPONDO SOBRE O ROMPIMENTO CONTRATUAL EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE METAS. Vertente documental evidencia o inadimplemento dos resultados ajustados. Alegadas intercorrências sazonais para justificar a baixa produtividade não comprovadas. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 00037799720138260101 SP 0003779-97.2013.8.26.0101, Relator: Sérgio Rui, Data de Julgamento: 27/08/2015, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/08/2015). Neste sentido: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. Rescisão promovida pela representada por justa causa. Reconhecimento diante da falta de cumprimento de metas e da comprovada quebra de exclusividade pela representante. Verbas indenizatórias indevidas. Apelação não provida. (TJ-SP - APL: 11314520108260071 SP 0001131-45.2010.8.26.0071, Relator: Fernando Sastre Redondo, Data de Julgamento: 08/08/2012, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/08/2012).

obrigações de meio como também daquelas de resultado, em que, o que irá variar, de um tipo para o outro, serão as suas sanções e o ônus probatório.

Por fim, ao tornar as expectativas tangíveis e os resultados mensuráveis a cláusula de performance se tornará elemento de manutenção da confiança entre as partes relacionadas, reduzindo o risco de comportamentos oportunistas a cada novo negócio.

CAPÍTULO III – ASPECTOS DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 DA RELAÇÃO ENTRE A CLÁUSULA DE PERFORMANCE, SUBORDINAÇÃO E AUTONOMIA NO CONTRATO DE AGÊNCIA

Durante o desenvolvimento da relação de intermediação no Brasil durante a vigência da Lei nº 4.886/65 houve, por parte da doutrina e da jurisprudência, exacerbada preocupação em destacar a autonomia como elemento de diferenciação deste do contrato de emprego regido pela CLT⁶³, isto pois, até a década de 60, o tipo esteve fundamentado na figura do vendedor praticista ou caixeiro-viajante, que era preenchido pelo elemento pessoalidade⁶⁴.

Por esta razão, até os dias atuais, permanece a zona *grise* entre o contrato de emprego e o contrato de agência, característica esta reforçada por diversos pontos da Lei nº 4.886/65⁶⁵ que se ocupou de regulamentar a profissão de representante comercial autônomo e de enfatizar a presunção de hipossuficiência deste perante quem o contrata.

Assim, como forma de esclarecer os elementos de conjugação e de distinção do contrato de emprego do contrato de agência, se faz imperioso a

⁶³ Neste sentido, destaca-se deste o objetivo da Lei nº 4.886/65 que foi promulgada com o fito de regular as atividades dos representantes comerciais autônomos como a tipificação contida em seu Art. 1º, a qual reafirma que não se trata de relação de emprego.

⁶⁴ Conforme lição de Rubens Requião, pelo histórico legislativo do contrato de agência, denota-se que as entidades de classe, demonstrando a maturidade de sua consciência de classe, não negaram as tradições históricas das corporações de mercadores, que, pela compilação de seus usos e costumes e das decisões dos seus juízes consulares, deram outrora os primeiros delineamentos do Direito Comercial. De fato, complementa o autor, surgiu não como obra legislativa nem criação de juriconsultos, porém como trabalho dos próprios comerciantes que o construíram com seus usos e com as leis que, reunidos em classe, elaboraram assim também o direito relativo ao contrato em questão (REQUIÃO, Rubens. Contrato de Representação Comercial, *et al.*).

⁶⁵ Neste sentido, o Art. 44 da Lei nº 4.886/65 dispõe que no caso de falência do proponente as importâncias por ele devidas ao agente, relacionadas com a agência, inclusive comissões vencidas e vincendas, indenização e aviso prévio, serão considerados créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas.

reflexão sobre os elementos de caracterização da autonomia e subordinação neste tipo de contratação e, no contexto deste trabalho, de como a cláusula de performance se insere neste contexto.

Como cerne da caracterização do vínculo empregatício, o termo “subordinação” deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar) e pode ser definido “*ordem de sujeição de um a outro, do inferior ao superior, disciplina e obediência*”⁶⁶.

Godinho ensina que o elemento subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de emprego, pelo qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modelo de realização de sua prestação de serviços.⁶⁷

Estevão Mallet, por sua vez, argumenta que o elemento subordinação é mais do que a necessidade do trabalhador seguir certas regras na prestação do serviço, ainda quando impostas pelo beneficiário do trabalho, titular do empreendimento. Compreende a prerrogativa de que se investe o tomador de serviço, em decorrência da relação de emprego, de modular, a cada passo ou quando queira, segundo as conveniências do negócio e observados os limites legais e contratuais próprios, a atividade exercida pelo trabalhador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como, fiscalizando, durante a prestação de serviço, o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas⁶⁸. O elemento será caracterizado, portanto, pelo *como* se desenvolve a relação contratual, com a ampla sujeição do trabalhador, durante o exercício do trabalho, às diretrizes traçadas pelo tomador de

⁶⁶ HOUAISS, Antônio. Minidicionário Houaiss da língua portuguesa, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, p. 694

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, p. 310.

⁶⁸ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 226.

serviço, que se define a presença do elemento subordinação ao contrato de emprego.⁶⁹

A subordinação, ressaltar Mallet, não se confunde com a simples dependência econômica do trabalhador decorrente de sua menor capacidade financeira, que lhe impõe a necessidade de trabalhar para prover a sua subsistência, pois tanto pode prestar serviço de forma subordinada o trabalhador dotado de amplos meios econômicos ou que conta pelo menos com outras fontes de renda, como o que se acha deles desprovido, ainda que se deva admitir, do ponto de vista prático, ser menos frequente a primeira situação do que a última⁷⁰.

Em sentido inverso, também pode haver dependência econômica sem que haja contrato de trabalho, tal como se dá no caso do pequeno empreiteiro que presta serviços a um só tomador e depende dos valores por ele pagos para prover suas necessidades vitais, ou seja, dependência econômica não caracteriza o contrato de trabalho, bem como, deve ser interpretada do termo dependência que alude o Art. 3º da CLT.⁷¹

No âmbito dos contratos de prestação de serviços, argumenta Mallet, deverá haver parâmetros mínimos de comportamentos emergentes do liame obrigacional. Pode-se estabelecer o dia em que o trabalho será realizado, bem como o horário ou o local em que isso irá ocorrer. Ainda assim, é perfeitamente concebível não se estar diante de contrato de trabalho, porquanto não há como confundir diretivas, orientações gerais, conselhos, com subordinação trabalhista estrita.⁷²

⁶⁹ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 226.

⁷⁰ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 220.

⁷¹ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 220.

⁷² MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 222.

No contrato de agência, por exemplo, em que dele decorre para o agente várias obrigações, algumas bastante precisas, como de prestar informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, a de não conceder abatimentos ou dilações “*salvo autorização expressa*”, ou, ainda, de observar a “*zona ou zonas em que será exercida a representação*” e, mesmo neste caso, não há, como premissa, subordinação trabalhista, conquanto se possa aludir à subordinação *lato sensu*⁷³.

Cumprе ressaltar que, embora existam elementos dogmáticos que tratam do tema⁷⁴, Mallet argumenta que será através do exame apurado de cada situação, de cada realidade, sopesadas as peculiaridades do trabalho e as condições das pessoas que nela se envolvem, que será possível chegar a uma conclusão sobre a existência ou não do elemento subordinação à relação jurídica em questão.⁷⁵

Neste sentido, destaca que há certos aspectos ou circunstâncias que funcionam como indicativos da existência ou não da subordinação própria do contrato de emprego, os quais são elementos auxiliares na busca da qualificação da relação jurídica, denominados de indícios de subordinação trabalhista⁷⁶.

Desta o citado autor que a existência de poder disciplinar, com prerrogativa de imposição de sanções tipicamente aplicáveis a empregados, como advertência, suspensão e desvinculação da atividade, sem que esteja presente relação de emprego, como por exemplo no âmbito do trabalho

⁷³ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 223.

⁷⁴ Neste sentido o Prof. Mário Engler, coordenador do curso de Mestrado Profissional da FGV, afirma que a abordagem puramente dogmática se torna insuficiente para compreender a essência de determinados modelos negociais, já que, para a correta aplicação do direito, devemos combinar o conhecimento da realidade fática, análise econômica, discussão sobre desenhos institucionais e valorização de objetivos de política pública.

⁷⁵ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 227.

⁷⁶ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 228.

portuário, em que a mão de obra está sujeita ao poder disciplinar exercido pelo órgão gestor^{77.78}

Conclui Estêvão Mallet, em estudo dedicado ao assunto, que a presença de um ou outro indício não basta para desqualificar a relação contratual estabelecida e caracterizar como vínculo empregatício, mas somente a reunião de vários dos indícios para, em casos duvidos e na falta de elementos mais precisos, alcançar resultado adequado na investigação, a partir de um juízo global.⁷⁹

De todo modo, muito embora os elementos carreados pela doutrina apontada ilustram diversos indícios de caracterização da subordinação trabalhista, nenhum deles é definitivo, fato este que gera insegurança jurídica pois, nos termos do Art. 9º da CLT⁸⁰ serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos naquela norma cogente sendo que a sua determinação dependerá de interpretação dos fatos pelo poder judiciário.

Haja vista este cenário, entendemos que será somente através da circunscrição precisa dos elementos objetivos de determinação da presença

⁷⁷ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. p. 225.

⁷⁸ Outro exemplo trazido por Mallet refere-se ao diretor de sociedade anônima que se sujeita às diretrizes estabelecidas pelos órgãos competentes da sociedade e mesmo à fiscalização pela assembleia-geral e nem por isso cabe falar na existência da subordinação própria do contrato de trabalho, conclusão esta sedimentada em jurisprudência a partir da súmula nº 269 do Tribunal Superior do Trabalho. Outro exemplo são os magistrados os quais gozam da mais ampla liberdade na condução dos processos e na decisão das causas que lhe são submetidas a julgamento, porém, devem respeitar prazos e horários, chegando a legislação brasileira aludir que devem comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou sessão, além de ficarem sujeitos ao poder disciplinar dos órgãos próprios, sem que haja quebra, só por isso, de sua independência. (MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. p. 224.)

⁷⁹ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. p. 229.

⁸⁰ Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

ou não do elemento subordinação trabalhista no contrato de agência que as partes passarão a ter a segurança e a estabilidade necessárias ao seu pleno desenvolvimento.

Nesta linha, embora os elementos carreados pela doutrina ilustrarem alguns aspectos subjetivos de mensuração da existência ou não da subordinação trabalhista no contrato de agência, entendemos que a resposta definitiva e fundante estará justamente no fato do agente estar inserido ou não no modelo organizacional do proponente, observado pelo fato do primeiro realizar, por sua conta e risco, a gestão dos processos que são ou deveriam ser próprios do segundo.

Em contrapartida, na hipótese do contratante realizar a gestão das atividades que envolvem o planejamento e o cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato de agência, através, por exemplo, da inserção da cláusula de performance que determine as suas variáveis quantitativas e qualitativas⁸¹, mediante o compartilhamento dos riscos inerentes àquela empreitada conforme a capacidade de cada um⁸², a subordinação trabalhista estará afastada.

3.2. A SUBORDINAÇÃO TRABALHISTA E A CLÁUSULA DE PERFORMANCE

Não obstante a conclusão do capítulo anterior, tendo como corolário a compreensão de grande parte da doutrina trabalhista de que o processo de caracterização da subordinação necessita de uma análise dinâmica da forma pela qual a relação jurídica se desenvolve serão analisados os seus principais

⁸¹ Segundo dicionário Michaelis a palavra de origem inglesa *performance* é ato ou processo de realizar algo, atuação, desempenho. Conjunto de fatores que determinam o desempenho de algo. (<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=performance>).

⁸² AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 39.

elementos de forma a construir os fundamentos jurídicos do arranjo contratual.

O primeiro indício, segundo Mallet, é a sujeição do agente a horário de trabalho determinado⁸³, em que o contratante determina por qual período de tempo o sujeito estará a sua disposição, bem como, o controle e a fiscalização da jornada externa através dos meios telemáticos e informatizados disponíveis.⁸⁴

Ressalte-se, em contrapartida, que em determinadas modalidades de trabalho, como, por exemplo aquelas previstas no Art. 62 da CLT⁸⁵, denominados “*cargos de confiança*”, o aspecto horário de trabalho não deverá ser considerado como elemento indiciário da subordinação trabalhista.

Neste sentido, cumpre destacar a decisão emanada pelo 2º Tribunal Regional do Trabalho nos Autos da Reclamação Trabalhista nº 2011200838402007 a qual reconheceu que, não obstante o agente trabalhar em atividades externas, restou desmonstrado, no conjunto probatório, que se utilizava de perua fornecida pela contratante para a realização das atividades profissionais, sendo possível concluir que havia o controle da jornada, pois a contratante tinha ciência dos horários de trabalho por fornecer a condução a seus vendedores. O fato de o agente não registrar os horários não demonstra

⁸³ MALLETT, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. p. 229.

⁸⁴ Conforme se depreende do Art. 6º, parágrafo único da CLT, os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação trabalhista, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

⁸⁵ Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II – os gerentes, assim considerados aqueles que exercem cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

autonomia, asseverou a Desembargadora, mas sim que a contratante não cumpria com seu dever de registrar a jornada de seus empregados.⁸⁶

Assim, muito embora o controle de jornada não seja elemento fundamental do contrato de emprego, a existência de meios diretos ou indiretos de controle da jornada, determinação de roteiro de visitas, acompanhamento incisivo sobre o cumprimento ou não destes roteiros, combinada com a presença do elemento pessoalidade, sugerem a existência de indícios de subordinação trabalhista entre as partes⁸⁷.

Desta forma, para que não fique caracterizado o controle da jornada de trabalho do agente, o contrato deverá estabelecer que o agente será responsável pelo planejamento dos horários de cumprimento de suas obrigações⁸⁸ e a cláusula de performance, por sua vez, deverá, sob este aspecto, classificar e mensurar o cumprimento dos resultados do agente e não os meios.

Outro indício, conforme Mallet, é o pagamento de remuneração fixa como retribuição à disponibilidade da força de trabalho, independente de demanda preexistente e, sem vinculação a um determinado resultado, bem como, a existência de políticas de custeio das despesas que são naturais ao

⁸⁶ TRT-2 – RO: 2011200838402007 SP 02011-2008-384-02-00-7, Relator: MARTA CASADEI MOMEZZO, Data de Julgamento: 08/06/2010, 10ª TURMA, Data de Publicação: 14/06/2010.

⁸⁷ 1) TST – RR: 1052007020065090014 105200-70.2006.5.09.0014; 2) TST – RR: 18932 18932/2002-012-09-00.0; 3)

⁸⁸ Neste sentido: REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AUTONOMIA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. A distinção essencial entre o contrato de trabalho com vínculo empregatício do contrato de representação comercial, é a natureza da subordinação que os vincula. Não havendo prova da subordinação, eis que não demonstrada a ingerência da Reclamada no dia a dia do Reclamante, bem como, ausente o controle de jornada, não há que se reconhecer o vínculo de emprego entre as partes. Recurso não provido. (TRT-15 – RO: 34472120125150070 SP 087242/2013-PATR, Relator: HELCIO DANTAS LOBO JUNIOR, Data de Publicação: 04/10/2013).

exercício da atividade do agente, como, por exemplo, deslocamento, hospedagem, alimentação e comunicação.^{89,90}

Com relação a este indício a existência do elemento subordinação está refletida na formalização da obrigação do agente estar à disposição do proponente em determinado período de tempo, combinada com a presença dos elementos pessoalidade e exclusividade. Tal obrigação, que pode ser interpretada como de meio, por natureza, retira do agente a liberdade de organizar a sua atividade com plena autonomia, pois, independente de demanda pré-existente, deve estar à disposição do contratante.

Aliado a isto, o pagamento de remuneração fixa ao agente, de forma independente à conclusão dos negócios por ele intermediados, não condiz com a forma de remuneração prevista Art. 27, alínea f) da Lei n° 4.886/65⁹¹, combinada com o §4° do Art. 32⁹² e o seu respectivo *caput*⁹³, além do Art. 714 do Código Civil⁹⁴ os quais determinam que remuneração devida ao agente

⁸⁹ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 230.

⁹⁰ RELAÇÃO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. REPRESENTANTE COMERCIAL. Ao declarar que o reclamante prestou serviços na condição de representante comercial autônomo a reclamada atraiu para si o ônus dessa prova. Todavia, não se desincumbiu do encargo, pois não logrou demonstrar elementos e formalidades inerentes ao exercício das atribuições de representante comercial. Como se não bastasse, há documento da lavra da própria reclamada a revelar que instrumentos de trabalho, tais como computador e acessórios, eram fornecidos pelo empregador, que se intitulou proprietário, evidenciando a subordinação econômica. No caso sob exame, o conjunto probatório revela que a natureza jurídica da relação contratual examinada é empregatícia. (TRT-2 - RECORD: 13200700102009 SP 00013-2007-001-02-00-9, Relator: PAULO AUGUSTO CAMARA, Data de Julgamento: 23/02/2010, 4ª TURMA, Data de Publicação: 05/03/2010).

⁹¹ f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

⁹² O referido inciso §4° da Lei n° 4.886/65 dispõe que as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias, ou seja, a natureza da remuneração do representante comercial deverá ser comissão a qual, por sua vez, terá como base o valor total das mercadorias por ele intermediadas.

⁹³ Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

⁹⁴ Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

deve corresponder ao resultado das vendas por ele intermediados, que sejam liquidados a cada mês, multiplicado pelo percentual de comissão ajustado⁹⁵.

Neste sentido, cumpre destacar decisão emanada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, nos autos da Ação Trabalhista nº 1463420082909-PR, a qual determinou que o acerto de remuneração fixa, bem como o pagamento de ajuda de custo, constituem requisitos decisivos para caracterizar a natureza empregatícia da relação, haja vista que indicam que o agente não dependia do resultado de seu trabalho para auferir sua renda, tampouco custeava as despesas decorrentes da sua atividade, características estas que convalidam a subordinação trabalhista do agente em face daquele que o contrata.⁹⁶

Assim, conforme argumento do acórdão destacado acima e lição de Mallet, deve ser do agente a responsabilidade de adquirir e manter os meios e as ferramentas necessários para cumprimento das obrigações assumidas perante o proponente.^{97, 98}

Há que se ressaltar, ainda, que o pagamento de valores fixos ao agente, independente dos resultados por ele atingidos, tem o potencial de estabelecer a dependência econômica deste com o proponente para a sua

⁹⁵ Em alguns casos, observa-se a base de cálculo da remuneração do representante pode variar conforme a taxa de desconto aplicada ao preço final do produto em comparação ao preço de tabela.

⁹⁶ Ação Trabalhista nº 1463420082909 PR 14634-2008-2-9-0-9 oriunda do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região.

⁹⁷ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 231.

⁹⁸ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. Reforça o argumento lembrando que o Decreto-Lei nº 328/93, que disciplinou o regime geral de segurança social dos trabalhadores independentes, presume a ausência de subordinação quando o trabalhador tenha, no exercício de sua atividade, a faculdade de escolher os processos e meios a utilizar, sendo estes, total ou parcialmente de sua propriedade. (Mallet, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 231). Há que se ressaltar, no entanto, que o proponente poderá fornecer algumas determinadas ferramentas de trabalho, como por exemplo, um dispositivo específico para acesso ao sistema de vendas, bem como, amostras dos produtos comercializados e acesso ao e-mail corporativo, desde que exista uma fundamentação técnica para tal e, preferencialmente, esteja disposto o motivo no respectivo instrumento contratual.

própria subsistência e do seu negócio, fato que, no contexto global poderá ser interpretado como indício de subordinação.⁹⁹

Resta claro, portanto, que o fator chave, quanto ao aspecto da remuneração no contrato de agência, é que esta, sob qualquer pretexto, deverá ser uma compensação pela efetivação dos negócios intermediados pelo agente em favor do proponente, nos termos do Art. 32 da Lei nº 4.886/65¹⁰⁰ ainda que, eventualmente, alguma obrigação de meio sirva como variável da base de cálculo da remuneração.

Neste sentido deve ser construída a cláusula de performance, de forma a tornar a remuneração mais atrativa ao agente, por exemplo, quando este cumprir determinadas instruções e resultados estabelecidos em contrato, como por exemplo, atingir determinado faturamento e um período de tempo, vender produtos conforme os preços ideais instruídos pelo proponente, desenvolver novos clientes e negócios e etc., bem como, em sentido contrário, afastar atitudes e resultados que não estejam de acordo com aquilo que fora estabelecido pelas partes, como, por exemplo, o não cumprimento da política comercial daquele período.

Com relação ao local de trabalho, o agente deve, em regra, dispor de local próprio e por ele custeado apto ao desenvolvimento das atividades do seu negócio, sendo que, a existência de local destinado aos agentes na estrutura física do proponente, combinada com a obrigação de comparecimento habitual do agente ou de seus representantes legais na sede do proponente, poderão ser interpretados como elementos indiciários da

⁹⁹ Ressalte-se, conforme disposto no item 2.6 do presente trabalho que embora a subordinação não se confunde com a simples dependência econômica do trabalhador, decorrente de sua menor capacidade financeira que lhe impõe a necessidade de trabalhar para prover a sua subsistência, pois tanto pode prestar serviço de forma subordinada o trabalhador dotado de amplos meios econômicos ou que conta pelo menos com outras fontes de renda, como o que se acha deles desprovido.

¹⁰⁰ Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

existência de subordinação trabalhista naquela relação contratual e, por conseguinte, vínculo empregatício.¹⁰¹

Ressalte-se, por fim, que o elemento exclusividade¹⁰² aplicado ao contrato de agência não representa elemento caracterizador de vínculo empregatício, sendo que tal condição contratual serve para intensificar o grau de colaboração entre os figurantes dos contratos fundados nesse modelo cooperativo.¹⁰³

O elemento exclusividade será, no entanto, indício de subordinação quando combinado com remuneração incompatível com tal exigência retira do trabalhador a independência econômica.¹⁰⁴

Por fim, no que diz respeito ao elemento fundante de caracterização da subordinação trabalhista no contrato de agência que é o fato do agente estar inserido no modelo organizacional do proponente, fato este observado através enquanto houver o controle pelo contratante do fluxo dos serviços

¹⁰¹ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 230.

¹⁰² 1. VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. EXIGÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA REPRESENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. A exclusividade da representação em favor do representado, por si só, não afasta a caracterização do contrato de representação comercial, na medida em que tal exigência é legitimada pelo artigo 27, alínea i, da Lei nº 4.886/1965. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (TRT-9 50112007195907 PR 5011-2007-195-9-0-7, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 3A. TURMA, Data de Publicação: 19/03/2010).

2. VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. O traço diferenciador entre o representante comercial autônomo e o empregado vendedor é a existência ou não de subordinação, pois, via de regra, os demais requisitos, como remuneração, pessoalidade, exclusividade e não-eventualidade, podem ser comuns a ambos. Caso em que os elementos probatórios contidos nos autos demonstram que não restaram preenchidos na integralidade os requisitos de que tratam os arts. 2º e 3º da CLT, afastando a caracterização da relação como de emprego. Recurso ordinário não provido. (TRT-4 - RO: 00020673120125040405 RS 0002067-31.2012.5.04.0405, Relator: FLÁVIA LORENA PACHECO, Data de Julgamento: 24/10/2013, 5ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul).

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. O corretor autônomo. cit., p. 143.

¹⁰⁴ 2. REPRESENTANTE COMERCIAL. EXCLUSIVIDADE EXIGIDA. REMUNERAÇÃO INCOMPATÍVEL. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA CARACTERIZADA. 1. A exigência de exclusividade aliada a uma remuneração incompatível com tal exigência retira do trabalhador a independência econômica e, em consequência, afasta a representação comercial que, por natureza, é autônoma, sendo a exclusividade, em princípio, uma opção do representante e não uma exigência do representado.

prestados pelo agente, a cláusula de performance será elemento de reforço do argumento que a subordinação trabalhista não está caracterizada enquanto o respectivo arranjo estiver presente, pois, por ela, haverá o planejamento e o controle sobre o cumprimento das obrigações estabelecidas em contrato e não dos processos do agente.

3.3. DA CLÁUSULA DE PERFORMANCE COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DE VÍNCULO DE EMPREGO – ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA APLICADA

Através da análise da *ratio decidendi*¹⁰⁵ de algumas relevantes decisões emanadas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), buscaremos compreender as razões que levaram ao TST relacionar a cláusula de performance à presença do elemento subordinação no contrato de agência.

A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 52700-85.2008.5.17.019, através do relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, ao interpretar a legitimidade da aplicação de cláusula de performance ao contrato de agência entendeu que o fato do agente estar obrigado ao cumprimento de metas supostamente retira a disponibilidade do seu tempo quando combinado com a exigência de notificações diárias à contratante, sujeitando-se à rescisão contratual na falta de cumprimento de tais obrigações, fato que, neste caso, fundamentou a caracterização do elemento subordinação trabalhista, por consequência, a

¹⁰⁵ Conforme ensina o Prof. André Rodrigues Corrêa, assumimos a opinião de que a *ratio decidendi* de um caso não se encontra nos argumentos que a Corte fornece para justificar o seu julgamento, mas no sentido que dá aos fatos sobre os quais decide, em referência à Diego Eduardo López Medina. (CORRÊA, André Rodrigues. Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil, 2008. Orientadora: Judith Martins-Costa. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 400).

nulidade do contrato de agência e caracterização do vínculo de emprego nos termos do Art. 9º da CLT¹⁰⁶.

No entanto o ministro reconhece, ao contrário do Tribunal Regional do Trabalho de origem, que a interferência do contratante no cotidiano da prestação de serviços, refletida nas obrigações de prestar contas e informações sobre o andamento dos negócios, quando solicitado, bem como, na obediência às metas de vendas, às tabelas de preços e até na exigência de exclusividade, são atividades próprias da agência, previstas na legislação pertinente, não se permitindo o reconhecimento do vínculo de emprego somente por tal fato.¹⁰⁷

Não há como conceber correlação direta entre a cláusula de performance aplicada ao contrato de agência e a liberdade de utilização do tempo livre daquele que exerce aquela atividade, pois a utilização do tempo é critério exclusivo de quem o detém, independente da relação jurídica que mantém. Um empresário pode, em razão dos compromissos assumidos por sua organização, dedicar todo o seu tempo àquela atividade sem que, no entanto, seja subordinado a quem o contrata, podendo exercer a prerrogativa prevista no Art. 473 do Código Civil¹⁰⁸.

Ademais, com o desenvolvimento dos agentes, investimentos e organização das atividades, a demanda gerada em razão do contrato poderá ser direcionada a subagentes, nos termos do Art. 42 da Lei nº 4.886/65¹⁰⁹ não

¹⁰⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (TST) – Recurso de Revista (RR): 52700–85.2008.5.17.0191, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013.

¹⁰⁷ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (TST) – Recurso de Revista (RR): 52700–85.2008.5.17.0191, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013.

¹⁰⁸ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

¹⁰⁹ Nos termos do Art. 42 da Lei nº 4.886/65 é facultado ao agente a contratação de outros agentes para a execução das obrigações assumidas perante o proponente sem que, tal fato, descaracterize o contrato principal. (Art. 42. Observadas as disposições constantes do artigo

havendo, portanto, qualquer vinculação entre a cláusula de performance e a disposição de tempo do agente.

Importante, assim, reforçar que subordinação trabalhista é mais do que a necessidade do contratado seguir certas regras previstas em contrato, ainda quando impostas pelo contratante, mas sim, compreende a prerrogativa de que se investe o contratante, em decorrência da relação de emprego, de modular, a cada passo ou quando queira, segundo as conveniências do negócio a atividade exercida pelo trabalhador, determinando como o trabalho a ser feito, o local e o momento de sua realização, bem como, fiscalizando o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas¹¹⁰, ou seja, o controle do processo.

No entanto, na hipótese da cláusula de performance ser estruturada como uma ferramenta de orientação para o desempenho da atividade de agência, conforme pretende o Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro no Acórdão acima, a sua função estará restrita ao fornecimento de dados para a avaliação do atingimento ou não dos resultados esperados, mantendo-se a classificação da obrigação principal do contrato de agência como de meio, pois o agente tem de agir para que o resultado visado se dê, sem, contudo, haver a vinculação aos resultados traçados.

Os dados gerados, neste caso, servirão como elementos de prova, à cargo do proponente, numa eventual rescisão de contrato por justa causa por desídia na atuação do agente, com fundamento no Art. 35, *alínea a*) da Lei nº 4.886/65, característica esta que, na opinião deste autor, desvirtua a principal função da aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência.

anterior, é facultado ao representante contratar com outros representantes comerciais a execução dos serviços relacionados com a representação).

¹¹⁰ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 226.

Neste sentido cumpre destacar acórdão emanado pelo Min. Rel. da 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho Aloysio Corrêa da Veiga, nos autos do Recurso de Revista nº 2935-78.2010.5.03.0058 o qual, após ampla discussão acerca da existência ou não de subordinação trabalhista em contrato de agência, argumentou que pelo fato do requerente ter sido pressionado a cumprir metas, sob pena de ser desligado da empresa e, ainda, pelo fato desta condição contratual não se desenvolver com o objetivo de colaboração, mas sim, de controle de sua atividade, não há dúvida de que se trata de relação de emprego, nos termos dos artigos 2º e 3º da CLT¹¹¹.

Segundo o Ministro Relator do processo em comento tal característica demonstra a existência de subordinação trabalhista pois o suposto controle da atividade do agente demonstra que este está inserido na organização alheia, integrando-se ao giro da empresa em movimento, atuando em estrutura administrativa e estando todos os riscos do negócio concentrado no tomador dos seus serviços.

A cláusula de performance, ao estabelecer as expectativas das partes quanto aquela relação, poderá ser interpretada como um instrumento que assegure ao agente a possibilidade de realizar investimentos e receber o retorno projetado, como, por exemplo, através da contratação de subagentes, funcionários, estruturas de comunicação e de eficiência no cumprimento de suas atividades, além do devido compartilhamento dos riscos daquela empreitada.

É fundamental que, para assegurar segurança jurídica da cláusula de performance, seja concedido oportunidade às partes discutirem e negociarem, de forma prévia, o conteúdo da cláusula e suas consequências, de forma evitar

¹¹¹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho (TST) - Recurso de Revista (RR): 29357820105030058 - 2935-78.2010.5.03.0058, TST - RR, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/06/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/06/2013.

que sejam condições impostas pelo contratante, bem como, conforme os princípios de equilíbrio das obrigações e de boa-fé durante as etapas de negociação e formalização do respectivo instrumento.

Com relação ao argumento do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro no Recurso de Revista (RR): 52700-85.2008.5.17.0191 de que a exigência de prestação de informações diárias a quem o contrata, por ser aspecto fático de perfeita subsunção às disposições da Lei nº 4.886/65, conforme argumento do próprio acórdão, também não é, por si só, elemento indiciário de caracterização da existência de vínculo de emprego, por se tratar de prerrogativa prevista no Art. 28 da Lei 4.886/65¹¹², além de se tratar de obrigação inerente à atividade do agente, já que assumiu o ônus de cadastrar no sistema da representada os pedidos obtidos dos clientes por ele atendidos, sendo a aprovação da venda prerrogativa da contratante.

No sentido dos argumentos acima, cumpre destacar trecho do Acórdão prolatado pelo Min. Hugo Carlos Scheuermann, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 102637620135140081:

“É evidente que o bom êxito de todo empreendimento depende de um planejamento estratégico – instrumento indispensável para manter os rumos do negócio –, mormente numa empresa que trabalha no ramo de vendas. Entretanto, à medida que a empresa passa a interferir na atividade daquele trabalhador que erroneamente ela nomina como “representante comercial”, a ponto de

¹¹² Art. 28. O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissivo, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.

inclusive tolher-lhe a autonomia norteadora da forma de desempenho de seus serviços, desconfigura-se esse requisito que é a nota básica que conduziria à conclusão da manutenção de um contrato civil, restando patente no contexto a sua antítese, ou seja, a evidente subordinação a que se submetia o trabalhador, que indubitavelmente era um vendedor externo, inserido num contrato tipicamente empregatício".¹¹³

Ou seja, no contexto dos negócios empresariais, a elaboração de planejamento estratégico que contemple as expectativas dos resultados daquela relação jurídica não pode ser assumida, *per se*, como indício de subordinação trabalhista, será pois o nível de interferência do proponente no fluxo e nos processos do agente que determinará este fato.

3.4 A RELAÇÃO ENTRE AS INSTRUÇÕES FORNECIDAS PELO PROPONENTE NO E A CLÁUSULA DE PERFORMANCE

Em complemento à análise da inserção da cláusula de performance ao contrato de agência, se faz oportuno observar os elementos que dizem respeito ao fornecimento, pelas partes, de instruções no cumprimento das obrigações inerentes ao contrato.

No que tange a este tópico, existem precedentes jurisprudenciais¹¹⁴ e doutrinários que, de maneira equivocada, entenderam que o recebimento de

¹¹³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista 102637620135140081, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 03/12/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014.

¹¹⁴ CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL X RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE AS PARTES – ÔNUS DA PROVA. A doutrina fornece uma classificação capaz de auxiliar na aferição da subordinação jurídica, a qual considera a verificação de três espécies de elementos: elementos de certeza (trabalho controlado pela empresa em certo lapso; comparecimento periódico obrigatório; obediência a métodos de vendas; fixação de viagens pela empresa; recebimento de instruções sobre o aproveitamento das zonas de vendas e obediência a regulamento da

instruções pelo agente deve ser interpretado como “elementos de certeza” de caracterização de subordinação trabalhista na relação de agência.

Sobre o fornecimento de instruções nas relações de prestação de serviços Estevão Mallet argumenta que a sua existência poderá ser interpretada como indícios contundentes de subordinação trabalhista, observada através da emissão, pelo contratante, de ordens diretas, o direcionamento e controle técnico sobre os meios, além da fiscalização, tanto no aspecto técnico como disciplinar.¹¹⁵

Gustavo Haical, ao contrário, afirma que por ser um contrato de gestão de interesses alheios a colaboração e a cooperação são os seus elementos principais, sendo, portanto, inerente o direito do proponente de dirigir instruções ao agente sobre como devem ser desenvolvidas as atividades¹¹⁶.

Além disto, destaca o autor que, por ser uma relação de natureza duradoura, as obrigações do agente não podem possuir conteúdo específico e inalterável, tendo em vista que tal fato impediria o agenciado de alcançar os seus desígnios. Por esta razão, aduz que muitas das obrigações do agente, embora especificadas em termos gerais, devem estar orientadas por instruções declaradas pelo agenciado.¹¹⁷

empresa); elemento de indício (recebimento de quantia fixa mensal; utilização de material e papel timbrado da empresa; obrigação de produção mínima; recebimento de ajuda de custo e pessoalidade na prestação) e elementos excludentes (existência de escritório próprio e admissão de auxiliares; substituição constante do representante na prestação de serviços; pagamento de ISS; registro no Conselho Regional de Representantes Comerciais e utilização do tempo de forma livre). Reconhece-se a relação de emprego quando demonstrada a existência de elementos de certeza e a prova não evidencia a presença de nenhum dos elementos excludentes do liame empregatício. (TRT-5 – RecOrd: 00001648220125050291 BA 0000164-82.2012.5.05.0291, Relator: LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 23/01/2013.)

¹¹⁵ MALLET, Estevão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 231.

¹¹⁶ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 130-131.

¹¹⁷ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p.130-131.

Ademais, segundo o citado autor as instruções cumprem o objetivo de clarear as expectativas acerca de determinadas obrigações do agente, de modo que se coadunem com as necessidades e circunstâncias do contrato.¹¹⁸

Tratam-se de ferramentas de declaração de vontade “*recepticia*” a qual somente terá eficácia no campo jurídico a partir do recebimento pelo agente.¹¹⁹

Por serem acessórias, as instruções não são elementos fundamentais para que o agente realize os atos atinentes a promover ou a concluir negócios do interesse do agenciado. Na falta de instruções, ou sendo elas incompletas, não pode eximir-se de cumprir o seu dever jurídico principal.¹²⁰

Do mesmo modo, independente do grau do dano decorrente do descumprimento de instrução, se este for reiterado, também haverá justa causa ao exercício do direito de denúncia, pela aplicação do Art. 679 do Código Civil.¹²¹

Assim, serão as circunstâncias do caso e os usos do tráfico que permitirão ao intérprete saber se foi justificável ou não o motivo de eventual descumprimento das instruções dadas pelo proponente. Sendo justificado, propiciando vantagens ao agenciado, não existirá ato ilícito relativo, pois houve a excludente da contrariedade ao direito, pelo estado da necessidade, razão pela qual não há, neste caso, justa causa para a rescisão do contrato.¹²²

¹¹⁸ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 131.

¹¹⁹ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p.131.

¹²⁰ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 133.

¹²¹ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 133, APUD GOMES, Orlando. Contratos. 7 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 446.

¹²² HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 134.

Há que se ressaltar que mesmos as instruções precisam respeitar os ditames da boa-fé, pois não podem afetar a independência do agente, não podendo, por esta razão, ultrapassar um limite razoável de modo a anular a autonomia do agente no exercício dos seus atos como colaborador, devendo, pois, objetivar a conclusão de negócios que o agente tem de promover. Além disto, como cenário ideal, caberá ao proponente desenvolver mecanismos de reconhecimento do cumprimento pelo agente das instruções fornecidas, como, por exemplo, melhores taxas de comissão, concessão de exclusividade e etc.

Neste sentido, instruções sobre a política comercial do proponente, condições de pagamento, descontos, tipos de clientes, publicidade dos produtos e momento de concluir contratos sem a necessidade de autorização do agente¹²³ são legítimas e passíveis de mensuração da performance no seu cumprimento, conforme decidiu o Tribunal Superior do Trabalho¹²⁴.

2.10 O DEVER DE INFORMAR E A CLÁUSULA DE PERFORMANCE

No contexto do contrato de agência o proponente, em regra, detém informações e dados técnicos sobre os produtos, bem como, informações

¹²³ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 137.

¹²⁴ RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO. A atividade de representação comercial autônoma é regida pela Lei nº 4.886/65, a qual é minuciosa na descrição das obrigações do representante comercial, prevendo certa intervenção, por parte do representado, na atividade do representante, o qual, a despeito da autonomia característica do contrato de representação comercial, está obrigado, pela natureza desse contrato, à prestação de contas, bem como ao fornecimento de informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo e de agir de acordo com as instruções do representado, sujeitando-se à rescisão contratual, expressamente prevista, na falta de cumprimento de tais obrigações. Por esse prisma, a exigência de notificações diárias à Reclamada acerca das vendas efetuadas, a realização de reuniões esporádicas e não obrigatórias, e até mesmo a sujeição do cadastramento de clientes à aprovação da Reclamada se insere nas disposições da legislação pertinente. (TST - RR: 527008520085170191 52700-85.2008.5.17.0191, Relator: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 23/10/2013, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT25/10/2013).

sobre as condições de preço e prazo que são ideais à comercialização que o agente não possui.

Em contrapartida, o agente detém uma série de informações sobre a receptividade dos produtos, mercado e concorrência as quais são de extrema relevância para fundamentar as etapas do planejamento estratégico daquela relação contratual.

Desta forma, neste gênero contratual, o dever de informar desponta como um dos mais importantes dos seus elementos e pode ser interpretado como um projeto de propósito comum¹²⁵ pois tanto o agente depende das informações e instruções fornecidas pelo proponente, como o proponente depende das informações sobre o mercado, obtidas pelo agente no campo.

Neste sentido, está previsto no Art. 28 da Lei nº 4.886/65 que o agente deve fornecer ao proponente, segundo as disposições do contrato ou quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo¹²⁶ com o objetivo de reduzir a assimetria de informações existente.

Ainda que o Código Civil, no capítulo que trata do contrato de agência, seja omissa acerca do dever de informar do agente, este deve ser interpretado conforme a cláusula geral da boa-fé objetiva, expressa no Art. 433 do Código Civil.¹²⁷

¹²⁵ FRADERA. Vera Jacob, in Contrato de Distribuição. CARVALHOSA, Modesto. Contratos Mercantis, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, Coleção tratado de direito empresarial, Volume IV – Capítulo III – p. 155;

¹²⁶ Art. 28. O representante comercial fica obrigado a fornecer ao representado, segundo as disposições do contrato ou, sendo este omissa, quando lhe for solicitado, informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos.

¹²⁷ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 138.

Conforme ensina Requião, o instrumento contratual deve, previamente, disciplinar o modo e época em que as informações devam ser prestadas pelo agente ao proponente. Não havendo contrato escrito, ou sendo este omissivo, a obrigação de prestar informações ao proponente ocorrerá sempre que lhe forem solicitadas, em qualquer meio hábil para tal.¹²⁸

Neste sentido, integra o dever de diligência a realização pelo agente da análise das informações obtidas, a fim de constatar quais seriam ou não necessárias ao agenciado, sendo que, os critérios das informações deverão ser as de necessidade do agenciado, não sendo simplesmente critérios subjetivos, mas sim, critérios estabelecidos no tráfico.¹²⁹

Como o agente tem a seu cargo a gestão de interesse de outrem, é natural que deva manter o tomador dos seus serviços informados sobre os negócios a seu cargo. A obrigação é de prestar relatórios sobre os negócios, sendo que, o conteúdo dos relatórios traduz o andamento dos negócios, comportamento do mercado e da concorrência, aceitação dos produtos e etc.

Em contrapartida, Rubens Edmundo Requião argumenta que na hipótese de se ultrapassar esses temas para alcançar a própria atividade do agente, como, por exemplo, controle de jornada, programas de viagens, contatos minuciosamente relatados, tais características poderão ser traduzidas em peças de controle da atividade do agente, a qual, conjugada com outros fatos, poderão ser interpretadas como indícios e elementos de caracterização da subordinação trabalhista.¹³⁰

¹²⁸ REQUIÃO, Rubens. Do representante Comercial, p. 204.

¹²⁹ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 145.

¹³⁰ REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova regulamentação da representação comercial autônoma. p. 97

De todo modo a exigência de envio de informações, a cobrança de relatórios e a determinação de instruções quanto ao seu conteúdo não têm, isoladamente e por essência, a força de caracterizar a subordinação no contrato de agência.¹³¹

Gustavo Haical argumenta, em contraponto, por ter sido classificado de dever lateral, o descumprimento do dever de informar, em regra, não dá azo ao justo motivo para o exercício do direito formativo de denúncia, nos termos do Art. 35, c, da Lei nº 4.886/65.¹³² Contudo, considera que o seu descumprimento em razão das circunstâncias do caso pode dar ensejo ao justo motivo que irá fundamentar a denúncia do contrato, com base na gravidade do inadimplemento perante a relação obrigacional, vindo a falhar a permanência na cooperação e quebrando-se a confiança e o interesse do contratante na manutenção do vínculo, devendo as partes se ater às circunstâncias do caso.¹³³

A tendência, assim entendemos, é que a avaliação das informações trocadas pelas partes durante o transcurso do contrato, para os fins da cláusula de performance, terá seu foco na qualidade e não simplesmente na quantidade, embora seja elemento a ser considerado em determinadas situações.

Desta forma, para além das fronteiras estabelecidas pela mensuração da quantidade das instruções fornecidas pelas partes no contrato de agência, a cláusula de performance tem por objetivo tornar objetivas as expectativas das partes, preenchendo a lacuna existente quanto aos critérios mensuração da confiança e do interesse das partes na manutenção do vínculo contratual.

¹³¹ REQUIÃO, Rubens. Do representante Comercial, p. 204.

¹³² HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 146.

¹³³ HAICAL, Gustavo. O contrato de agência, p. 146.

Para tanto, a cláusula de performance no que diz respeito ao fornecimento de informações durante a vigência do contrato de agência deverá estabelecer os aspectos quantitativos e qualitativos das informações que serão relevantes para a gestão dos aspectos comerciais de cada território, segmento de atuação, produtos, clientes e etc..

Assim, a medida de mensuração de qualidade e quantidade das informações fornecidas pelas partes durante a vigência do vínculo contratual, através do arranjo contratual em comento, deverá oferecer incentivos à sua máxima performance e emitir sinais educativos sobre a relação custo benefício de suas necessidades ou expectativas, devendo atender aos interesses e necessidades do principal e do agente, de forma estruturada, segundo metodologia confiável, que vise reduzir a sua variabilidade, bem como, deverá ser de simples entendimento pelas partes, conforme fundamentado no Capítulo IV do presente estudo.

CAPÍTULO IV – A CLÁUSULA DE PERFORMANCE APLICADA A OUTROS TIPOS CONTRATUAIS

Conforme se depreende deste estudo até este capítulo, a aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência não possui plena estabilidade, sendo muitas vezes questionada e apontada pela doutrina e jurisprudência como elemento indiciário de subordinação trabalhista em uma relação jurídica que deve ser, por essência, autônoma.

De forma a trazer elementos para a aplicação do referido arranjo contratual ao contrato de agência, o objetivo do presente capítulo será analisar a aplicação da cláusula de performance a outros tipos contratuais, em específico, ao contrato de prestação de serviços, o chamado acordo de nível de serviços.

A escolha metodológica pela comparação da cláusula de performance, ou acordo de nível de serviços, aplicado ao contrato de prestação de serviços para os fins desta dissertação se deu primeiramente em razão da proximidade dos tipos contratuais, em que, na essência ambos são serviços.

Em complemento, no tipo em questão há um precedente normativo que envolve a aplicação de cláusula de performance aos contratos de prestação de serviços a órgãos públicos a Instrução Normativa da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal nº 02 de 2008 (IN/MPOG nº 02/2008) norma esta que estabeleceu diversos critérios à sua aplicação.

3.1. ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO

Acordo de Nível de Serviço (ANS) ou também conhecido por *Service Level Agreement* (SLA) é classificado como instrumento acessório aos contratos de prestação de serviços que tem por objetivo instrumentalizar as expectativas das partes quanto a quantidade e qualidade dos serviços prestados¹³⁴, bem como, estabelecer as respectivas responsabilidades decorrentes dos resultados atingidos.

No Brasil, embora não tenha sido tipificado pela norma civil no que tange à sua aplicação aos contratos de natureza privada, a utilização deste arranjo contratual não é recente, em especial nos contratos de tecnologia, em razão do seu objeto e funcionalidades e fora tipificado como norma secundária de regulamentação destes instrumentos quando aplicados aos contratos de prestação de serviços a órgãos públicos pela Instrução Normativa da Secretária de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal nº 02 de 2008 (IN/MPOG nº 02/2008) em sua versão compilada de diversas Instruções Normativas posteriores^{135, 136}.

Cumprido fazer um parêntese de forma a ressaltar que Instruções Normativas, segundo o Min. Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos

¹³⁴ MEDEIROS, Alexandre David. SLA em redes de telecomunicações aplicados a multisserviços em redes IP. p. 26.

¹³⁵ Instrução Normativa nº 02 de 30 de abril de 2008, alterada pela Instrução Normativa de nº 03, de 16 de outubro de 2009, pela Instrução Normativa nº 04, de 11 de novembro de 2009, Instrução Normativa nº 05, de 18 de dezembro de 2009, Instrução Normativa nº 06, de 23 de dezembro de 2013, Instrução Normativa nº 03, de 24 de junho de 2014 e Instrução Normativa nº 04, de 19 de março de 2015. O conteúdo integral da referida instrução normativa pode ser consultado em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoesnormativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>) acessado em 02/09/2017.

¹³⁶ Nos usos e atribuições que lhe conferem o Decreto nº 8.189 de 21 de janeiro de 2014, e considerando o disposto na Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02, Decreto nº 2.271/97, Decreto nº 1.094/94 e Acórdão nº 2.798/10 – Plenário e Acórdão TCU nº 1.214/13.

pelas leis, tratados, convenções internacionais ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares.

Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade está diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexo de acessoriedade e de dependência¹³⁷, inclusive, podemos acrescentar, ao contrato principal, que faz lei entre as partes.

Desta forma, trata-se a IN/MPOG nº 02/2008 de norma técnica que disciplina e fundamenta os procedimentos de planejamento, contratação e gestão de serviços por órgãos públicos e entidades do sistema de serviços gerais.

Embora tenha sido estruturada para atender contratos de natureza pública, diversos aspectos desta normativa, em razão de sua complexidade e boa fundamentação técnica, poderão servir de fundamento para a análise e estruturação da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência.¹³⁸

Será objeto deste capítulo, portanto, o estudo dos aspectos da IN/MPOG nº02/2008 que, direta ou indiretamente, possuem algum contato com os elementos da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência, ou seja, que decorrem do elemento central destes arranjos contratuais que é estabelecer os parâmetros de planejamento, mensuração e execução das

¹³⁷ BRASIL, STF – ADI: 365 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/11/1990, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 15-03-1991 PP-02645 EMENT VOL-01612-01 PP-00017.

¹³⁸ Ademais, sobre o histórico da referida normativa e os aspectos de aplicação no âmbito do Direito Administrativo recomenda-se a leitura do Artigo “Breves considerações sobre a aplicação do acordo de nível de serviço nos contratos administrativos” de Caroline Marinho Boaventura Santos em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,breves-consideracoes-sobre-o-acordo-de-nivel-de-servico-nos-contratos-administrativos,51190.html>. Acessado em 02/09/2017.

ações previstas no planejamento estratégico da contratante para aquela contratação, como ferramenta de cumprimento dos resultados traçados.

De início, em seu Art. 2º, a IN/MPOG nº 02/2008¹³⁹ dispõe que as contratações desta natureza deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, além das quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.

Bem da razão, qualquer espécie de contratação deveria ser precedida do cumprimento dos processos prévios de planejamento, definição dos papéis e responsabilidades de cada um das partes, além de alinhamento dos seus objetivos com o plano estratégico de quem demanda aquele produto ou serviço, definição dos objetivos, do plano de trabalho e dos resultados que são esperados daquela relação contratual que está sendo formada, em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis, conforme item III do Art. 6º da IN/MPOG nº 02/2008.¹⁴⁰

¹³⁹ IN/MPOG nº 02/2008 – Art. 2º As contratações de que trata esta Instrução Normativa deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da instituição, que estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.

Parágrafo único. O planejamento de que trata o caput, quando dispor sobre serviços de natureza intelectual, deverá observar ainda as seguintes diretrizes:

II – definir papéis e responsabilidades dos atores e áreas envolvidas na contratação, tais como:

- a) ateste dos produtos e serviços;
- b) resolução de problemas;
- c) acompanhamento da execução dos trabalhos;
- d) gerenciamento de riscos;
- e) sugestão de aplicação de penalidades;
- f) avaliação da necessidade de aditivos contratuais; e
- g) condução do processo de repactuação, quando for o caso.

¹⁴⁰ Art. 6º, III – demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Arranjos contratuais desta natureza, há que se ressaltar, visam aumentar a eficiência da relação jurídica e, por consequência, de toda a cadeia do negócio que está envolvida.

No que tange aos critérios para a formalização do acordo de nível de serviço o §4º do Art. 11¹⁴¹ estabeleceu que é preciso, antes de mais nada, que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.

Este requisito é comum à necessidade de definição de critérios objetivos de mensuração de resultados na cláusula de performance aplicada ao contrato de agência, os quais deverão, por sua vez, permitir aos gestores daquela relação mensurar, de preferência através de ferramenta informatizada, se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas e modular o pagamento conforme estabelecido na cláusula.

Mais especificamente sobre os acordos de nível de serviços, o Art. 17 da IN/MPOG nº 02/2008¹⁴² estabeleceu algumas diretrizes que deverão fundamentar a elaboração das referidas normas, as quais servem de parâmetro e diretriz para a elaboração da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência. É possível estabelecer um paralelo entre o o Art. 17 da IN/MPOG

¹⁴¹ § 4º Para a adoção do Acordo de Nível de Serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.

¹⁴² Art. 17. Quando for adotado o Acordo de Níveis de Serviços, este deverá ser elaborado com base nas seguintes diretrizes:

nº 02/2008 e o Art. 27 da Lei nº 4.886/65, que estabelece as condições obrigatórias que deverão constar no contrato de agência.

O item I do referido Art. 17¹⁴³ estabelece que antes da construção dos indicadores, os serviços e resultados esperados já deverão estar claramente definidos e identificados, diferenciando-se as atividades consideradas críticas daquelas que serão consideradas como secundárias.

Já o item II do Art. 17¹⁴⁴ dispõe que os indicadores e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interferir negativamente uns nos outros¹⁴⁵. Ou seja, a referida normativa incentiva a realização de um processo contínuo de planejamento e gestão dos resultados da relação jurídica.

Ainda, o item III do Art. 17¹⁴⁶ estabelece que os indicadores devem refletir fatores que estão sob controle do prestador de serviços e o item IV¹⁴⁷ que o acordo deverá indicar os fatores que, fora do controle do prestador, possam interferir no atendimento das metas estabelecidas.

É natural, neste tópico, o questionamento sobre se a efetivação das vendas e dos resultados, em especial no contrato de agência, são fatores que estão sob o controle do agente pois a natureza deste tipo jurídico se confunde

¹⁴³ I – antes da construção dos indicadores, os serviços e resultados esperados já deverão estar claramente definidos e identificados, diferenciando-se as atividades consideradas críticas das secundárias;

¹⁴⁴ II – os indicadores e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo que possam contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interfiram negativamente uns nos outros;

¹⁴⁵ Indicador é medida, de ordem quantitativa ou qualitativa, dotada de significado particular e utilizada para organizar e apreender as informações relevantes dos elementos que compõe o objeto da observação. Trata-se de um recurso metodológico que informa empiricamente sobre a evolução do aspecto observado. SANTOS, G. H. C. V.; VIDAL, J.; ARAÚJO, M. I. Acordo de nível de serviço e eficiência administrativa. p. 07.

¹⁴⁶ III – os indicadores devem refletir fatores que estão sob controle do prestador do serviço;

¹⁴⁷ IV – previsão de fatores, fora do controle do prestador, que possam interferir no atendimento das metas;

com o mandato sem poderes para conclusão¹⁴⁸ em que a conclusão está sob a tutela e critério do proponente.

Quanto aos indicadores de performance, o Art. 17, o item V¹⁴⁹ estabeleceu que estes deverão ser objetivamente mensuráveis, de preferência facilmente coletáveis, relevantes e adequados à natureza e características do serviço, devendo, conforme item VI¹⁵⁰, evitar indicadores complexos ou sobrepostos.

Quanto às metas a serem estipuladas no acordo de nível de serviços o item VII¹⁵¹ dispôs que as metas devem ser realistas e definidas com base em uma comparação apropriada.

O item VIII¹⁵² indica que os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas, e, por fim, o item IX¹⁵³ determina que quando os resultados estiverem dentro de uma determinada faixa de tolerância, ínfima ou pequena diferença, em indicadores que não sejam

¹⁴⁸ Vide análise da natureza jurídica do contrato de agência, p.17. Há que se ressaltar, no entanto, que embora a Lei não tenha regulamentado o aceite ou não dos pedidos pelo proponente, o Art. 33 da Lei nº4.886/65 estabeleceu que não sendo previstos, no contrato de agência, os prazos para recusa das propostas ou pedidos, que hajam sido entregues pelo representante, acompanhados dos requisitos exigíveis, ficará o proponente obrigado a creditar-lhe a respectiva comissão, se não manifestar a recusa, por escrito, nos prazos de 15, 30, 60 ou 120 dias, conforme se trate de comprador domiciliado, respectivamente, na mesma praça, em outra do mesmo Estado, em outro Estado ou no estrangeiro.

¹⁴⁹ V – os indicadores deverão ser objetivamente mensuráveis, de preferência facilmente coletáveis, relevantes e adequados à natureza e características do serviço e compreensíveis.

¹⁵⁰ VI – evitar indicadores complexos ou sobrepostos;

¹⁵¹ VII – as metas devem ser realistas e definidas com base em uma comparação apropriada;

¹⁵² VIII – os pagamentos deverão ser proporcionais ao atendimento das metas estabelecidas no ANS, observando-se o seguinte:

a) as adequações nos pagamentos estarão limitadas a uma faixa específica de tolerância, abaixo da qual o fornecedor se sujeitará às sanções legais; e

b) na determinação da faixa de tolerância de que trata a alínea anterior, considerar-se-á a relevância da atividade, com menor ou nenhuma margem de tolerância para as atividades consideradas críticas.

¹⁵³ IX – o não atendimento das metas, por ínfima ou pequena diferença, em indicadores não críticos, poderá ser objeto apenas de notificação nas primeiras ocorrências, de modo a não comprometer a continuidade da contratação.

críticos, poderão ser objeto apenas de notificação, de modo a não comprometer a continuidade da contratação.

Por fim, a IN/MPOG nº 02/2008 em seu Art. 34 ressalta as figuras do fiscal e do gestor de contrato para garantir o alcance da qualidade na prestação de serviços e orienta a apuração dos resultados alcançados pela mensuração e controle dos prazos de execução, da qualidade demandada, dos recursos humanos empregados, da qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados, da adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida, do cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato e da satisfação do público usuário.¹⁵⁴

Em complemento à análise da IN/MPOG nº02/2008, cumpre destacar, no âmbito dos contratos de prestação de serviços públicos, o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal no Processo nº 20130110940900¹⁵⁵ que, em determinado contrato de fornecimento de serviços de *telemarketing*, desenvolvimento, comércio e intermediação de equipamentos de hardwares e softwares ao Banco do Brasil, foi provocado a analisar a validade de cláusula de nível de serviço, tendo em vista ter sido aplicado desconto no valor do total da fatura mensal em razão do não atingimento dos níveis de serviço acordados.

Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, fundamentados em parecer do Tribunal de Contas da União, por meio de Nota Técnica 6/2010 Sefti/TCU, concluíram que é legítimo às partes estabelecer, em razão do acordo de nível de serviço pactuado, que a remuneração da prestadora será variável conforme a qualidade dos serviços entregues em determinado período de tempo.

¹⁵⁴ SANTOS, G. H. C. V.; VIDAL, J.; ARAÚJO, M. I. Acordo de nível de serviço e eficiência administrativa. p. 08.

¹⁵⁵ TJ-DF – APC: 20130110940900, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 28/01/2016, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/02/2016 . Pág.: 339.

Fundamentaram, ainda, que pelo fato da contratada não atingir o nível de serviço estabelecido, a contratante poderá proceder com a aplicação de redução no valor total da fatura inicialmente previsto em contra partida aos serviços realizados em determinado período de tempo e que, tal redução não possui natureza de sanção, mas sim, de ajuste de aplicação daquilo que fora legitimamente estabelecido no acordo¹⁵⁶.

Com base na fundamentação acima é possível concluir que embora sejam aplicados a tipos contratuais diversos, o acordo de nível de serviço e a cláusula de performance aplicada ao contrato de agência possuem natureza jurídica comuns e, por esta razão, podem ser definidos como instrumento e/ou cláusula contratual que tem por objetivo instrumentalizar as expectativas das partes quanto a qualidade dos serviços prestados pelo contratado (prestador e agente) bem como, estabelecer as respectivas responsabilidades decorrentes dos resultados atingidos.

Assim, embora a normativa apresentada acima, IN/MPOG nº 02/2008, tenha sido tipificada como norma complementar a ser aplicada especificamente aos contratos públicos de prestação de serviços, em decorrência das normas de Direito Administrativo e fundamentados pelo Princípio da Legalidade e pelo Princípio da Eficiência Administrativa, os aspectos tratados nos itens acima como a estabilidade de sua aplicação no contrato de prestação de serviços e consequente segurança jurídica, poderão servir de fundamento e inspiração para a formalização da cláusula de performance a ser aplicada ao contrato de agência.

¹⁵⁶ Neste sentido, precedente do Tribunal de Contas da União de nº717/2010, que teve como relator o Ministro Augusto Sherman.

CAPÍTULO V – A CLÁUSULA DE PERFORMANCE SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS

A prática comercial demonstra que o sucesso de um produto depende, em boa parte, de promoção adequada e de uma eficiente rede de distribuição, que abarque toda a região comercial com potencial de comercialização.

Sem a chegada do bem ao consumidor, ensina Forgioni, nada adianta a sua qualidade ou mesmo o preço conveniente. É sabido que não basta produzir – é indispensável vender! Por essa razão, é cada vez maior a atenção que as empresas devem dispensar ao sistema de escoamento de sua produção, numa busca constante pela otimização dos resultados mediante a escolha do melhor método de escoamento disponível¹⁵⁷. Com isto, aumenta também a necessidade de desenvolver princípios e teorias de administração para lidar com questões como o desenho e a operação dos serviços¹⁵⁸.

Neste sentido, considerando que a existência de incentivos direcionados à performance (resultado final) das partes no cumprimento das obrigações contratualmente estabelecidas, a autonomia relativa do agente para perseguir os resultados pretendidos pelo contratante e o detalhamento das condições contratuais têm o potencial de afetar o desempenho da relação contratual¹⁵⁹, em consequência, do resultado final da cadeia como um todo, é fundamental, para os fins do presente trabalho, acrescentar elementos oriundos da administração de empresas como suporte aos aspectos jurídicos apontados.

¹⁵⁷ FORGIONI, Paula. Contrato de Distribuição, p. 32.

¹⁵⁸ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 17.

¹⁵⁹ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 18.

Além disto, serão analisados os elementos técnicos que, sob a ótica da administração de empresas, fundamentarão as escolhas pelas diferentes modalidades de distribuição existentes, em especial, a escolha pela força de venda própria ou terceirizada, bem como, os aspectos relativos à aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência, de forma a contribuir para a melhoria dos processos de escolha e coordenação dos agentes que irão atuar na cadeia de distribuição do fabricante.

5.1. FORÇA DE VENDAS DIRETA OU INDIRETA

A força de vendas, responsável pela prospecção, relacionamento e venda dos produtos e serviços desenvolvidos pelas empresas, ocupam um papel de fundamental importância na execução dos seus objetivos estratégicos. As mudanças nas relações entre empresas compradoras e vendedoras estão impulsionando a transformação do papel da força de vendas, ou seja, esta assumiu o papel de ir além da venda propriamente dita, incorporando outros objetivos organizacionais, com especial ênfase no desenvolvimento e fortalecimento dos relacionamentos-chave da organização, que podem ser de ordem técnica ou social¹⁶⁰.

Como forma de fundamentar a escolha por um ou outro tipo de força de vendas, é importante destacar uma das classificações mais utilizadas para diferenciar os papéis da força de vendas identifica quatro tipos básicos:

- a) “Trade Selling” (venda para revendas): a responsabilidade primária do profissional de vendas é a de aumentar os negócios nos clientes atuais e potenciais, através do aumento do giro dos produtos, por meio de

¹⁶⁰ PLOTHOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. p. 81.

ações de merchandising e assistência promocional, como, por exemplo, os gerentes ou agentes responsáveis por contas de grandes redes de supermercado para a indústria de consumo.

b) Venda missionária ou persuasiva, em que a responsabilidade primária do profissional de vendas é a de aumentar os negócios nos clientes atuais e potenciais, através do provimento de informações acerca dos produtos e outro tipo de assistência de vendas. Frequentemente, não tem papel de vendas em si – que é realizado por terceiros. Seu papel é persuadir os clientes à compra dos produtos. Aqui o exemplo mais notório são os agentes ou vendedores médicos ou propagandistas.

c) Venda técnica, em que a responsabilidade primária do profissional de vendas é a de aumentar os negócios dos clientes atuais e potenciais, através do provimento de informações técnicas e assistência técnica de projetos, tendo como exemplo, engenheiros de vendas próprios ou empresas de agência que detenham profissionais com alto grau de conhecimento técnico sobre os produtos vendidos.

d) Venda de novos negócios (prospectiva) em que a responsabilidade primária do profissional de vendas ou da empresa de agência reside em identificar e manter negócios na prospecção de novos clientes, com os quais o fabricante nunca fez negócios¹⁶¹.

¹⁶¹ PLOTHOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. p. 82.

Ademais e em complemento à classificação acima, a força de vendas pode ser classificada direta ou indireta, tendo como base a natureza do contrato formalizado, qual seja: i) contrato de emprego (direta ou própria) ou ii) contrato de colaboração por aproximação autônoma (indireta ou terceirizada).

A força de venda direta é aquela que as funções inerentes à comercialização estão a cargo do produtor ou sujeitos que dele dependem diretamente (por exemplo, os vendedores empregados ou “CLT”). A força de venda indireta é aquela em que as funções de comercialização são exercidas por outros empresários, mediante a formalização dos chamados “acordos verticais”, os quais, em comum às forças diretas, possuem função econômica centrada ou no escoamento da produção ou no fornecimento de matérias-primas ou produtos, conforme analisados sob a ótica do vendedor ou do adquirente, respectivamente.¹⁶²

A opção do fabricante por se utilizar de força própria ou de terceiros para a promoção ou venda dos seus próprios deverá estar fundamentada em diversos aspectos, conforme Paula Forgioni, citando Sérgio Roberto Dias:

a) Disponibilidade de recursos: a criação de uma estrutura própria de vendas pode significar a necessidade de investimentos relevantes, sem o compartilhamento dos riscos;¹⁶³

b) Tamanho médio dos pedidos ou valor unitário dos bens comercializados: se o valor dos bens forem altos, ou se o

¹⁶² FORGIONI, Paula. Contrato de Distribuição, p. 32–35.

¹⁶³ Convém ressaltar que no contrato de representação comercial o montante de investimentos necessário é menor que o contrato de distribuição, já que a necessidade de aquisição de ativo imobilizado e estoque é menor, bem como, com exposição de riscos menores.

tamanho médio dos pedidos também forem elevados, a venda direta pode mostrar-se mais adequada, pois mais fácil e viável será embutir, num ou noutro, o seu custo;

c) Número de produtos de linha: um maior número de produtos de linha implica vantagens da venda direta em virtude do melhor rateio de custos, poder de barganha e etc;

d) Bens industriais ou bens de consumo: os bens industriais prestam-se melhor à venda direta, por demandarem menor grau de capilaridade na distribuição. Adicionalmente, a identificação do mercado comprador é facilitada, viabilizando que a comunicação entre fabricante e adquirentes tenha menos ruídos. O processo de aquisição é eminentemente racional, com ênfase no preço, na tecnologia, desempenho e serviços de pré e pós-venda. Já os bens de consumo podem envolver compras “por impulso” e demanda geograficamente dispersa, impelindo o fabricante à venda indireta (porque os custos da distribuição costumam ser elevados em virtude da necessidade de se manterem vários pontos de venda com serviço apto a estimular e captar o impulso do consumidor);

e) Perecibilidade: como os produtos perecíveis costumam demandar distribuição capilarizada em virtude da dispersão geográfica da demanda, acabam sendo comercializados por vendas indiretas;

f) Margem de lucro: a alta margem de lucro obtida na venda do produto tende a levar o fabricante à opção pela distribuição direta;

g) Necessidade de estocagem: como a necessidade de manter estoque eleva os custos da distribuição, o sistema de vendas indireta pode forçar a divisão desse investimento entre fornecedor, de uma parte, e distribuidores, de outra;

h) Situação do ciclo de vida do produto: conforme Sérgio Dias: “um produto, em seu estágio de introdução e crescimento de vendas, poderá merecer uma distribuição direta, optando-se pela indireta num estágio em que a demanda seja grande e crescente a tal ponto que a justifique. Neste momento, o produtor, provavelmente, estará mudando sua estratégia de margem para giro, abrindo mão também da parte do controle sobre a operação e a imagem do produto (transferindo para o intermediário).¹⁶⁴

i) Serviços necessários ao consumidor: bens de alta complexidade podem demandar venda direta, devido à obrigação de prestação de assistência técnica pelo produtor, outros sugerem a adoção do sistema indireto de distribuição.

¹⁶⁴ FORGIONI, Paula. Contrato de Distribuição, Op. cit. p. 34. Sérgio Roberto Dias, *Estratégia e canais de distribuição*, p. 42.

j) Métodos empregados pela concorrência e intensidade da competição: geralmente, do ponto de vista da eficiência econômica, é conveniente para o agente imitar os métodos de distribuição adotados com sucesso pelos concorrentes. Sob o aspecto jurídico, a incorporação de tal estratégia pode dar forma a um sistema de distribuição muitas vezes restritivo da concorrência e prejudicial aos consumidores, ao impedir o acesso de canais de distribuição a outras empresas que atuam no mesmo mercado.¹⁶⁵

l) Quando houver a oportunidade ou a necessidade do fabricante de ingressar em novos territórios ou mercados, já que o custo inicial de contratação da força de vendas indireta é menor em comparação à força própria;

Em complemento, o executivo responsável pela gestão da força de vendas deve refletir e compreender se a prerrogativa de modular, a cada passo ou quando queira, segundo as conveniências do negócio e observados os limites legais e contratuais próprios, a atividade exercida por terceiro, determinando o trabalho a ser feito, a forma, e o local e o momento de sua realização.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula. Contrato de Distribuição, Op. cit. p. 33. Sérgio Roberto Dias, *Estratégia e canais de distribuição*, p. 41. Forgioni destaca ainda questão interessante se sobre a distribuição efetuada por intermédio de uma sociedade controlada deve ser considerada venda direta ou indireta. Alguns autores entendem que, embora a venda seja realizada pela controlada (i.e., por uma pessoa jurídica distinta da produtora), deve ser tomada como direta, na medida em que a “independência jurídica formal não corresponde a uma situação de independência econômica”, sendo que, segundo opinião da autora, o que diferencia a venda direta da indireta é o grau de independência entre as partes: é importante que, em cada caso concreto, seja visto se o fabricante compartilha ou não o controle da sociedade “subordinada”. Continua explicando que hipóteses em que embora se verifique a situação de controle formal, o poder de comando interno da controlada é dividido entre mais de um agente econômico, em que o reconhecimento da venda como indireta pode ser fundamental para evidenciar eventual aproveitamento do sistema de distribuição pela sociedade que, no seio da controladora, participa do poder de controle.

Deverá identificar, ainda, a necessidade de fiscalizar, durante a prestação de serviço, o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas, é necessário para o sucesso do negócio, pois será na forma como se desenvolve a atividade, com ampla sujeição do trabalhador, durante o exercício do trabalho, às diretrizes traçadas pelo tomador de serviço, que definirá a subordinação peculiar ao tipo contratual escolhido¹⁶⁶ e, por consequência, a definição de força direta ou indireta de vendas.

Buzzo complementa que os agentes autônomos geralmente não participam ou não podem participar das principais reuniões de vendas da forma como os vendedores empregados fazem. Além disso, eles normalmente focam mais nas vendas do que no marketing, no planejamento e na confecção de relatórios para a empresa.¹⁶⁷

Já os vendedores empregados são, em regra, mais dispostos a realizar trabalhos agregados à venda, como relatórios, participação em feiras, treinamentos, funções administrativas, entre outros. Os vendedores contratados também são mais dispostos a realizar vendas de novos produtos cujo ciclo de venda é mais longo, pontos nos quais os agentes normalmente não despendem grandes esforços, pois concentram seus esforços nas vendas que promovem comissões imediatas e em grande volume.¹⁶⁸

Quanto aos custos, muito embora existam diferentes estágios de remuneração dos vendedores diretos, o salário será composto por uma parte fixa e uma parte variável relacionada aos resultados de venda, porém, todas as despesas diretas e indiretas daquele colaborador serão custeadas pela

¹⁶⁶ MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho, p. 226.

¹⁶⁷ BUZZO, E. J. Composição da força de vendas e informação comercial, p. 47.

¹⁶⁸ BUZZO, E. J. Composição da força de vendas e informação comercial, p. 47.

contratante, o que gera, no curto prazo, um custo fixo de vendas maior quando comparado à força autônoma.¹⁶⁹

Em complemento, independente da modalidade de vendas escolhida, um dos elementos-chave da gestão da efetividade da força de vendas reside no sistema de remuneração, não só por constituir uma parte representativa dos custos das empresas, mas, principalmente, pela sua importância em termos de atração de talentos.¹⁷⁰

Isto porque os sistemas de remuneração têm alguns objetivos específicos, quais sejam:

a) Relacionar a remuneração auferida com seus resultados e esforços, sendo este um objetivo complexo, dado que o esforço da força de vendas é, normalmente, influenciado por uma série de fatores, como, por exemplo, indicadores de esforços ou comportamentais ou de resultados. Ocorre, porém, que mesmo que se adotem medidas de resultados, a concretização das vendas não serão efetivadas apenas em razão do esforço dos vendedores, visto serem influenciadas pelas políticas de preço, atributos do produto e outras. Assim, a relação entre o esforço, o resultado e a recompensa, no caso, deverá estar baseada em indicadores sobre os quais a força de vendas tenha ação e controle, ainda que parcial, visando garantir a relação entre as variáveis e a perenidade do esforço.¹⁷¹

¹⁶⁹ BUZZO, E. J. Composição da força de vendas e informação comercial, p. 45-46.

¹⁷⁰ PLOTOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas, p. 81.

¹⁷¹ PLOTOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. p. 85.

b) Direcionar o comportamento e esforço dos vendedores em direção aos objetivos da empresa, bem como, e de forma derivada, dar direção às atividades da força de vendas, ou seja, dar direção aos esforços.¹⁷²

c) Governança em vendas, em que o objetivo diz respeito aos mecanismos de controle, já que, independente de serem força direta ou indireta de vendas, as atividades são desenvolvidas externamente, fora do campo visual do contratante. Assim, um dos objetivos pretendidos reside justamente na ação de controle dos esforços.¹⁷³

5.2 ELEMENTOS DE EFICIÊNCIA DA CLÁUSULA DE PERFORMANCE NO CONTRATO DE AGÊNCIA SOB A ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS

A teoria da determinação de metas de Locke propõe, em síntese, que a principal fonte de motivação no trabalho está baseada na necessidade que as pessoas têm de vislumbrar objetivos claros e diretrizes bem definidas, uma vez que a intenção principal dos colaboradores é o de trabalhar em direção a uma meta¹⁷⁴.

Essa teoria afirma que a motivação e o desempenho são maiores enquanto os indivíduos trabalham com objetivos, metas e diretrizes claras e específicas e que metas difíceis, quando aceitas, resultam num melhor desempenho do que metas fáceis quando impostas.¹⁷⁵

¹⁷² PLOTHOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. p. 85.

¹⁷³ PLOTHOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. p. 85.

¹⁷⁴ LOCKE, Edwin. Self-Regulation Through Goal Setting. *The Academy of Management Review*, April 1991, p. 214.

¹⁷⁵ LOCKE, Edwin. Self-Regulation Through Goal Setting. *The Academy of Management Review*, April 1991, p. 214.

Neste sentido e em complemento, as organizações estão buscando métodos de desenvolvimento e gestão das metas e resultados que sejam mais participativos.

O foco está na busca por métodos que sejam capazes de dirigir os esforços dos colaboradores para objetivos e metas que sirvam para o negócio da empresa e aos interesses individuais das pessoas concomitantemente, procurando integrar objetivos organizacionais e individuais¹⁷⁶.

A objetivo é diminuir, se possível eliminar, conflitos, reforçando a colocação de que a avaliação de desempenho (*ou cláusula de performance para os fins deste trabalho*) não é um fim em si mesmo, mas um importante meio para aprimorar e impulsionar o comportamento dos indivíduos (e das empresas), ou seja comprometer o comprometimento dos funcionários (ou agentes) com o processo.¹⁷⁷

Os mecanismos de coordenação têm por objetivo alinhar o esforço do agente aos objetivos do contratante, mediante a aplicação de regras de reconhecimento, através dos mecanismos contratuais de forma como, por exemplo, a remuneração, são estabelecidas e não através de imposições contratuais.

Quando se tratarem de questões de *moral hazard* o compartilhamento de riscos e contratos incentivados, imposições contratuais não alinhadas aos esforços e resultados podem dar origem a comportamentos

¹⁷⁶ ADLER, Cláudia Segadilha. Avaliação de desempenho como processo essencialmente humano: A meta-avaliação da empresa X, p.28.

¹⁷⁷ ADLER, Cláudia Segadilha. Avaliação de desempenho como processo essencialmente humano: A meta-avaliação da empresa X, p.28.

por parte do agente que, buscando seu melhor interesse, age contrariamente às expectativas do principal¹⁷⁸.

Performance, neste sentido, é o conjunto de fatores que determina o desempenho de algo¹⁷⁹, e a sua medida, sob o prisma do negócio, deve ser refletida como o meio eficaz de determinação das variáveis quantitativas e qualitativas de planejamento e execução do processo de gestão das obrigações assumidas pelas partes envolvidas, tendo como premissa a mensuração dos resultados alcançados e, como ferramenta e meio, a cláusula de performance aplicada ao contrato.

Entre os elementos relevantes para a coordenação, além do binômio remuneração x performance, encontra-se o compartilhamento de riscos, sendo que, por esta razão, no que tange aos contratos incentivados, o formato do contrato ótimo dependerá da relação entre medida de performance e o objetivo do principal.¹⁸⁰

Assim, a cláusula de performance deverá acompanhar este movimento de valorização da estratégia proposta para o negócio e uso distorcido da participação.

Para tanto, deverão ser utilizados indicadores sistêmicos que viabilizem o negócio como um todo e privilegiem os seus aspectos relevantes. Os indicadores, portanto, deverão ser provenientes do planejamento

¹⁷⁸ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 39.

¹⁷⁹ Segundo dicionário Michaelis a palavra de origem inglesa *performance* é ato ou processo de realizar algo, atuação, desempenho. Conjunto de fatores que determinam o desempenho de algo. (<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=performance>).

¹⁸⁰ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 39.

estratégico, o qual definirá o que, por quem, como e quando medir, facilitando a localização de metas e objetivos dos diversos setores da empresa.¹⁸¹

Desta forma, conforme as conclusões inseridas no Capítulo III deste trabalho, a resposta definitiva e fundante para a caracterização da subordinação trabalhista está justamente no fato do agente estar inserido ou não no modelo organizacional do proponente, observado pelo fato do primeiro realizar, por sua conta e risco, a gestão dos processos que são ou deveriam ser próprios do segundo.

Portanto, será justamente na hipótese do contratante realizar a gestão das atividades que envolvem o planejamento e o cumprimento das obrigações estabelecidas no contrato de agência que a cláusula de performance terá a sua estabilidade sob os aspectos do direito analisados no presente trabalho.

Em complemento, José Amarante com orientação do Prof. Dr. Orlando Cattini Jr. da EAESP – FGV, sintetiza os fatores que, observados, mitigados ou incentivados no âmbito da cadeia de serviços, tem o potencial de contribuir para a eficácia da contrato de performance:¹⁸²

- a) O contrato deve favorecer a coordenação a partir das condições de remuneração;
- b) O sistema de remuneração deve alinhar o interesse (ou de uma medida de performance) do principal e do agente;

¹⁸¹ ADLER, Cláudia Segadilha. Avaliação de desempenho como processo essencialmente humano: A meta-avaliação da empresa X, p. 29.

¹⁸² AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

- c) O contrato deve ser desenhado de tal forma que os gestores da contratada tenham possibilidade de atuar para acomodar ou reduzir a sua variabilidade;
- d) A forma de remuneração da contratada deve ao mesmo tempo oferecer incentivos à sua máxima performance e emitir sinais educativos ao contratante;
- e) O contrato deve oferecer incentivos ao terceirizado para perseguir a eficácia e eficiência de custos;
- f) A remuneração deve ser de simples entendimento por ambas as partes;
- g) O risco deve ser adequadamente compartilhado.¹⁸³

Desta feita, tomaremos como base os elementos acima, combinados com os elementos jurídicos que foram discorridos durante o desenvolvimento da presente dissertação para propor elementos de construção da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência.

¹⁸³ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

CAPÍTULO VI – DOS ELEMENTOS DE CONSTRUÇÃO DA CLÁUSULA DE PERFORMANCE APLICADA AO CONTRATO DE AGÊNCIA

Observou-se, até este momento, que apesar das incertezas que cercam a aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência, a sua problemática dependerá dos esclarecimentos e da concreção dos elementos práticos com os elementos de caracterização do vínculo de emprego e, tomando como premissa que não fere a nenhuma normativa brasileira, e que, sua eficiência dependerá da combinação com as melhores práticas disponíveis.

Para se chegar à estrutura ótima de cláusula de performance, foram carreados ao presente trabalho elementos de estruturação do arranjo contratual sob a tutela do Código Civil de 2002, da Lei nº 4.886/65 e do Direito Administrativo¹⁸⁴.

Sob a ótica proposta para esta dissertação seguiremos a linha proposta por Comparato de que toda obrigação comporta um resultado que corresponde à sua utilidade econômico-social para o credor e que nem sempre este resultado é compreendido no vínculo como elemento da prestação, algumas vezes deixa de exercer a função de objeto ou conteúdo da obrigação e para ser sua causa no sentido teleológico¹⁸⁵.

Assim, e como elemento final da presente dissertação, serão combinadas algumas características sob a ótica da Administração de Empresas, através da revisão bibliográfica de aplicação da ferramenta em contratos de prestação de serviços, e, como caminho de estruturação da

¹⁸⁴ Ressalte-se que, muito embora o contrato de agência tenha tipificação e objeto próprio, possui diversos pontos em comuns com a relação de prestação de serviços, o que reforça a relevância do estudo comparativo da IN/MPOG nº 02/2008.

¹⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia. p. 530.

combinação entre os diversos fatores postos, das lições de José Amarante, em trabalho intitulado Contratos de Performance na Cadeia de Serviços da FGV/EAESP¹⁸⁶, os quais servirão de estrutura para a combinação dos elementos jurídicos com os da Administração de Empresas, de forma preencher o modelo com elementos que lhe darão estabilidade de aplicação e eficiência nos resultados obtidos pelas partes envolvidas.

No mais, a título de ilustração e exemplo poderão ser utilizados os seguintes critérios de mensuração da performance do agente, relevantes e adequados à natureza e características do contrato e que estão sob o controle do agente, todos orientados ao resultado do contrato:

- 1) Número de contatos ativos feitos;
- 2) Número de contatos receptivos;
- 3) Aproveitamento de contatos/percentual de fechamento;
- 4) Valor médio de compra/ticket médio/pedido médio etc.;
- 5) Mix de produtos/serviços/soluções sendo trabalhados;
- 6) Descontos médios concedidos, em percentual. Somatória total mensal de descontos;
- 7) Percentual da carteira de clientes ativos no mês;
- 8) Metas financeiras totais: planejado x realizado;
- 9) Metas mercadológicas (produtos/serviços): planejado x realizado;
- 10) Metas operacionais (agregado da equipe): planejado x realizado;
- 11) TAM : Taxa de Atingimento da Meta (percentual de vendedores que atingiram a meta);

¹⁸⁶ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, *et al.*

- 12) Positivação e inativação de clientes;
- 13) Índice de oxigenação da carteira: quanto do faturamento do mês veio de clientes que nunca compraram antes;
- 14) Índice de satisfação de clientes (NPS, por exemplo, incluindo reclamações, sugestões, testemunhais/depoimentos, recomendações/indicações);
- 15) Total de horas de treinamento/desenvolvimento da equipe;
- 16) Horas de treinamento/desenvolvimento do próprio gestor;
- 17) Grau de acerto em novas contratações (quantos são efetivados depois do contrato de experiência, quantos estão batendo a meta em seis meses/um ano);
- 18) Clima interno, nível de engajamento da equipe.¹⁸⁷

6.1. O CONTRATO DEVE FAVORECER A COORDENAÇÃO A PARTIR DAS CONDIÇÕES DE REMUNERAÇÃO

A combinação de vários atores para a execução de projetos comuns ou atingimento dos resultados esperados em relações de colaboração exige investimento de tempos e recursos daquele que o coordena, sendo a coordenação ponto central para o sucesso do projeto¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Os aspectos de mensuração da performance do representante comercial foram extraídos do artigo não científico “20 indicadores que todo gestor de vendas precisa acompanhar” escrito por Raul Caneloro para a Revista Venda Mais, que é periódico especializado e focado na gestão de representantes comerciais, disponível em (<http://www.vendamais.com.br/20-indicadores-que-todo-gestor-de-vendas-precisa-acompanhar/>) acessado em 06 de junho de 2017. Muito embora não possua cunho científico, o artigo reflete os elementos que, empiricamente, possam ser monitorados pelos gestores das equipes de representantes comerciais e, portanto, ilustram o modelo de cláusula de performance proposto. Há que ressaltar, para fins metodológicos do presente estudo, que os dezoito indicadores acima não são exaustivos e servem como exemplo ao leitor, o qual, conforme as características de cara negócio e mercado irá aplicá-los ou não.

¹⁸⁸ CARMO, Lie Uema do. Contratos de Construção de Grandes Obras, p. 56.

O processo de coordenação é, para Hayek, levado a cabo por um conjunto particular de mecanismos institucionais que conduzem cada agente a implementar ações que apresentam uma relativa coerência em confronto com as implementadas pelos demais, permitindo adequar suas decisões ao padrão geral de mudanças do sistema econômico como um todo ao mesmo tempo que estas são tomadas de maneira descentralizada, o que viabiliza a utilização eficiente das combinações de conhecimento e habilidades individuais dispersas pela sociedade.¹⁸⁹

Com o objetivo de reduzir os custos de coordenação e para que o arranjo contratual possa favorecer a gestão dos seus indicadores através das condições de remuneração, há que se observar, primeiro, o que a legislação aplicável estabelece sobre a remuneração a ser paga ao agente em razão do contrato em comento.

A retribuição devida ao agente em razão da intermediação de negócios em favor do proponente está prevista no Art. 27, alínea f) da Lei nº 4.886/65¹⁹⁰, combinada com o disposto no Art. 32 *caput*¹⁹¹ e §4º¹⁹², ambos também da lei especial, além do Art. 714 do Código Civil¹⁹³ e, em síntese, está determinado que deverá tomar como base o resultado das vendas por ele intermediados, considerando o valor total das mercadorias adquiridas e liquidadas pelos clientes a cada mês, multiplicado pelo percentual de comissão ajustado¹⁹⁴.

¹⁸⁹ HAYEK, F.A. *The Use of Knowledge in Society*, p. 84.

¹⁹⁰ f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;

¹⁹¹ Art. 32. O representante comercial adquire o direito às comissões quando do pagamento dos pedidos ou propostas.

¹⁹² § 4º As comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias.

¹⁹³ Art. 714. Salvo ajuste, o agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência.

¹⁹⁴ Em alguns casos, observa-se a base de cálculo da remuneração do representante pode variar conforme a taxa de desconto aplicada ao preço final do produto em comparação ao preço de tabela.

Em complemento, o §7º do Art. 32 da Lei nº 4.886/65¹⁹⁵, por sua vez, protege a remuneração do agente ao estabelecer que são vedadas quaisquer alterações contratuais que possam implicar, direta ou indiretamente, na redução da média das comissões auferidas pelo agente nos seis últimos meses, contados da referida alteração.

A forma de remuneração do agente estabelecida pela Lei nº 4.886/65, por si só, tem o potencial de incentivar o alinhamento dos interesses das partes para aquela relação em questão, pois o montante devido ao agente dependerá, exclusivamente, do volume de vendas por ele promovidos e devidamente liquidados pelo cliente final.

Porém este alinhamento, sob o ponto de vista do negócio, é, normalmente, superficial, pois não permite ao proponente ajustar as condições do contrato caso seja necessário, como, por exemplo, reduzir a comissão numa ação de vendas em que é concedido desconto no preço do produto.

De todo modo, esta condição, em complemento, também favorece a sua coordenação pelo proponente, pois o fato gerador da respectiva remuneração dependerá do cumprimento de algumas etapas que estão sob o controle do fabricante, como o aceite do respectivo pedido, produção e entrega dos produtos e recebimento dos valores pagos pelo cliente final. Assim, basicamente, as ações de coordenação estarão circunscritas a estes processos, além da troca de informações entre as partes.

Sendo assim, através do alinhamento dos interesses das partes através da forma de estruturação da remuneração do agente, o custo de

¹⁹⁵ § 7º São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência.

coordenação da relação contratual correspondente será reduzido¹⁹⁶, pois será necessário a alocação de menos recursos para a fiscalização do cumprimento das obrigações do agente perante o contrato, já que, será através da gestão dos resultados apresentados como volume e conteúdo dos pedidos apresentados, número de contatos realizados, quantidade e qualidade das informações fornecidas durante o transcurso da relação contratual, preferencialmente imputados através de sistema de gestão, que o proponente irá avaliar a performance do agente em determinado período de tempo.

Não atender a este fator, conclui Amarante, significa para o principal assumir maiores custos de coordenação e, na prática, a necessidade de fiscalizar o trabalho do agente, pois este poderá ser incentivado a perseguir interesses conflitantes com os do proponente¹⁹⁷.

Além disto, mediante o favorecimento da coordenação da relação contratual através do sistema de gestão dos pedidos e da remuneração, o risco de caracterização de vínculo de emprego da relação será reduzido, já que, não haverá o controle e fiscalização da jornada externa do agente, ou sujeição do agente a horário de trabalho determinado, mas sim, tão somente a coordenação dos resultados obtidos pelo agente, durante período de tempo determinado, no cumprimento das obrigações, tanto de meio como de resultado, que foram assumidos em contrato, através da análise das informações subjacentes aos sistema de gestão comercial.

Sendo assim, a coordenação do contrato de agência pelo proponente através formatação de condições de remuneração se dará através da concessão de incentivos ao agente a investir tempo e recurso no cumprimento das obrigações acessórias ao contrato, como, por exemplo, o fornecimento de informações ao contratante.

¹⁹⁶ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 43.

¹⁹⁷ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 44.

6.2. O SISTEMA DE REMUNERAÇÃO DEVE ALINHAR O INTERESSE DO PROPONENTE E DO AGENTE

Assim como a forma de remuneração deve favorecer a coordenação do cumprimento das obrigações contratuais pelas partes, o sistema deve alinhar o interesse das partes em um mesmo sentido.

Desta feita, se forem observados tão somente os preceitos do Código Civil de 2002 e da Lei nº 4.886/66, a remuneração do agente, em uma primeira análise, estabelece o alinhamento dos interesses das partes, pois, em sendo a comissão o resultado do total de vendas intermediadas pelo agente multiplicado pelo percentual de comissão estabelecido, o agente naturalmente será incentivado a aumentar a quantidade de vendas caso o seu objetivo seja aumentar a sua remuneração ao final de cada período.

Ocorre que, mais uma vez, esta premissa não necessariamente é absoluta para todas as relações contratuais de agência, bem como, mesmo que em um momento seja verdadeira, ela poderá ser alterada durante o transcurso da relação contratual.

Por exemplo, considerando-se a hipótese de uma relação de agência vigente por prazo indeterminado, com cláusula de exclusividade por território, em que o agente conquistou para o proponente alguns clientes que, independente do seu esforço ou mediante o emprego de esforço constante, realizam quantidade determinada de pedidos todos os meses e a comissão gerada por estes pedidos, conforme o arranjo contratual vigente, está de acordo com a expectativa de retorno do agente para aquela relação, de modo em que, naturalmente, ele deixará de investir na prospecção de novos clientes e negócios para o proponente.

Ocorre que, ao mesmo tempo, é interesse do proponente continuar a desenvolver novos negócios, crescer as vendas e melhorar os resultados naquele determinado território.

Observa-se, neste exemplo hipotético, porém comum na prática, que em razão do disposto no §7º do Art. 32 da Lei nº 4.886/65 é vedado ao proponente realizar alterações e ajustes no contrato que impliquem em redução dos resultados auferidos pelo agente, tendo, portanto, haja vista a concessão de exclusividade territorial, poucas alternativas de ajuste da situação se, de fato, o agente não estiver disposto a alterar as suas expectativas e aumentar seus investimentos na relação contratual em questão, restando tão somente a saída de rescisão do contrato, sem justo motivo, por iniciativa do proponente e pagamento da indenização prevista no Art. 27, *alínea j*) da Lei nº 4.886/65.

A cláusula de performance, neste caso, ao refletir o fator de crescimento estabelecido no planejamento estratégico do proponente no fator de aumento das vendas esperado daquela relação contratual, por exemplo, serviria de antídoto para o problema posto em que, o fator subjetivo de satisfação do agente com os resultados obtidos se substitui por uma expectativa estabelecida previamente, comum a ambas as partes.

Por esta razão, as variáveis estabelecidas na cláusula de performance deverão tomar em consideração o ponto ótimo de lucro ao proponente em razão do negócio intermediado pelo agente e, com base nisto, desenvolver um sistema de compensação ao agente que incentive, através de melhores condições contratuais, o atingimento do ponto ótimo de lucro ao proponente através dos negócios por ele intermediados.

Por exemplo, se o agente intermediar a venda de determinado produto sem a concessão de desconto a base de cálculo da comissão por este

serviço deverá ser maior que uma venda que contenha determinado fator de desconto. Isto porque, neste caso, o esforço do agente em negociar a venda do produto ao preço maior, se expondo, inclusive, ao risco de não concretizar o negócio, resultou em uma melhor margem de lucro daquele negócio ao proponente, e, por esta razão, deverá fazer jus uma retribuição maior.

Tal mecanismo incentivará o agente a não focar a estratégia de venda somente no preço do produto, mas sim, em outros fatores que motivem o cliente a compra-lo, mesmo que a um preço maior, como por exemplo um menor prazo de entrega ou maior durabilidade daquele item, além de fatores relativos ao processo de vendas relacional, em que o agente desenvolve relacionamento de mútua confiança com os clientes, pois assim, haverá uma recompensa pelo risco e esforços assumidos.

Neste sentido, a IN/MPOG nº 02/2008 estabelece em seu Art. 02º que as contratações deverão ser precedidas de planejamento em harmonia com o planejamento estratégico da instituição que contrata.

Com este alinhamento o agente terá incentivos a dar preferência à carteira de produtos do proponente frente a outras carteiras que eventualmente trabalhe, além de incentivar a seguir as instruções do gestor daquele contrato, como de forma de atingir o ótimo estabelecido no planejamento daquela relação, o que levará, conseqüentemente a melhores resultados para ambos.

6.3. O CONTRATO DEVE SER DESENHADO DE TAL FORMA QUE OS GESTORES DA CONTRATADA TENHAM POSSIBILIDADE DE ATUAR PARA ACOMODAR OU REDUZIR A SUA VARIABILIDADE

Os contratos colaborativos, sob os quais se insere o contrato de agência, tendem, por sua natureza, a ser estender no tempo, pois seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio.

No entanto, ao se estenderem no tempo, as condições internas e externas daquela relação contratual tenderão a se alterar, sendo este a causa de atritos entre os contratantes, surgindo a necessidade de reajustes ou negociações.¹⁹⁸

No entanto, o legislador revisor da lei especial que regulamenta o contrato de agência, Lei nº 8.420/92, com o fito de proteger o agente de alterações impostas pelo proponente que resultem em diminuição dos resultados auferidos naquele contrato, introduziu à normativa o §7º do Art. 32 da Lei nº 4.886/65, dispositivo que veda alterações no contrato de agência que impliquem, direta ou indiretamente, na diminuição da média dos resultados auferidos pelo agente nos últimos seis meses de vigência do contrato, sob pena de infração ao disposto legal e causa para a rescisão do contrato de agência nos termos do Art. 36, alínea a) da Lei nº 4.886/65¹⁹⁹.

Trata-se o referido dispositivo legal de regra de natureza finalística, ou seja, permite que seja pactuada qualquer alteração no contrato, desde que tal condição não seja causa de diminuição dos resultados auferidos pelo

¹⁹⁸ FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro. p. 119, APUD, Hermes Marcelo Huck, Contratos com o Estado: aspectos de direito internacional, p. 33.

¹⁹⁹ Art. 36. Constituem motivos justos para rescisão do contrato de representação comercial, pelo representante: a) redução de esfera de atividade do representante em desacordo com as cláusulas do contrato;

agente nos últimos seis meses de vigência, devendo ser as consequências da alteração, portanto, benéfica ou neutra.²⁰⁰

Há que se ressaltar, há que se fazer um parêntese, que existem precedentes jurisprudenciais que entendem que o §7º do Art. 32 da Lei nº 4.886/65 não deva ser interpretado como norma imperativa, mas sim que deve prevalecer o acordado pelas partes.²⁰¹ Ademais, segundo algumas decisões pesquisadas, o agente, no caso de alteração lesiva, deve anuir com a

²⁰⁰De forma a ilustrar o argumento de que o §7º do Art. 32 da Lei nº 4.886/65 se trata de uma norma de natureza finalística, em que serão possíveis quaisquer alterações no contrato de agência desde que não resultem, necessariamente, em redução da média das comissões auferidas pelo agente, cumpre destacar duas decisões jurisprudenciais, uma do Superior Tribunal de Justiça e outra do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 1) CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. REDUÇÃO PERCENTUAL. ANUÊNCIA TÁCITA DO REPRESENTANTE. COMISSÃO. 1. Discussão sobre a possibilidade de alteração em contrato de representação comercial, que implique redução da remuneração do representante, quando há sua anuência tácita. 2. Diante das peculiaridades da hipótese, verifica-se que não houve uma redução da comissão da representante, em relação à média dos resultados auferidos nos últimos seis meses de vigência do contrato, o que, de fato, seria proibido nos termos do art. 32, § 7º, da Lei 4.886/65. Desde o início da relação contratual, a comissão foi paga no patamar de 2,5%, o que leva à conclusão de que a cláusula que previu o pagamento da comissão de 4%, na realidade, nunca chegou a vigor. 3. O princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título da diferença, que sempre foram dispensados, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual pela recorrida. (STJ – REsp: 1162985 RS 2009/0204615-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 18/06/2013, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2013).

2 – AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. Contrato de representação comercial. Alteração das comissões por meio de aditivo contratual. Alegação de prejuízos. Sentença de procedência. Irresignação da requerida/apelante. Desacolhimento. Vedação de alterações que diminuam a média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência do contrato. Artigo 32, § 7º, da Lei 4.886/65. Perícia que constatou redução na remuneração da autora em virtude da alteração contratual. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJ-SP – APL: 00313603919998260114 SP 0031360-39.1999.8.26.0114, Relator: Erson de Oliveira, Data de Julgamento: 03/04/2013, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/04/2013).

²⁰¹ REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO IMOTIVADA DO CONTRATO. ALTERAÇÃO DA ÁREA DE ATUAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUITAÇÃO. Considerando-se que a representante comercial anuiu com a redução da área de atuação, inclusive dando quitação sobre eventuais direitos, impõe-se a improcedência do pedido indenizatório formulado. Ausência de prova acerca da prestação de serviço de assistência técnica pelo representante comercial. NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO. DESPROVERAM O APELO. (TJ-RS – AC: 70051491660 RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Data de Julgamento: 25/10/2012, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/10/2012).

alteração para a sua eficácia²⁰². No entanto, a posição jurisprudencial tende a considerar a alteração de condição contratual como nula.²⁰³

Ademais, conforme lição de Rubens Edmundo Requião o contrato, poderá antecipar ou prever regras que permitam a alteração daquelas bases da comissão e, em tal caso, não haverá alteração contratual, pois, as modificações de comportamento da parte estão autorizadas pelo contrato.²⁰⁴

²⁰² 1 – CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE COMISSÃO. ALTERAÇÃO LESIVA. Não tendo a Representada comprovado que a Representante anuiu com a redução do percentual de comissão, devem prevalecer as regras contratuais firmadas inicialmente, ante o prejuízo que a reclamante teve que suportar. (TRT-5 – RecOrd: 00008273920105050020 BA 0000827-39.2010.5.05.0020, Relator: LOURDES LINHARES, 4ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 28/08/2012.

2 – ALTERAÇÃO DO CONTRATO. NÃO COMPROVAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO. ACEITAÇÃO TÁCITA. SENTENÇA REFORMADA. 1. É possível a alteração do percentual das comissões a serem percebidas pelo representante comercial no curso da relação estabelecida com a empresa representada, ainda que tal alteração se dê tacitamente. 4. Cumpre ao representante comercial comprovar que não anuiu, seja de forma expressa ou tácita, com a alteração da comissão inicialmente pactuada entre as partes, nos termos do art. 333, I, do CPC. 5. Não havendo comprovação de que houve contestação no pertinente à diminuição do percentual de comissão, conclui-se que houve aceitação tácita da alteração do contrato. 6. Inexistindo justa causa para a rescisão do contrato, não há que falar em direito à indenização prevista no art. 27, j, da Lei nº 4.886/92. 7. Recursos de apelação conhecidos e providos. Sentença reformada. Fortaleza, 11 de novembro de 2015. DESEMBARGADOR FRANCISCO BARBOSA FILHO Relator/Presidente do Órgão Julgador PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA (TJ-CE – APL: 06144419220008060001 CE 0614441-92.2000.8.06.0001, Relator: FRANCISCO BARBOSA FILHO, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 11/11/2015).

3 – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL Alteração das bases do contrato escrito por acordo verbal Possibilidade Redução das comissões em razão de crise no mercado, sem oposição expressa da representante Percepção das comissões por alguns anos, sem denúncia do contrato Alteração que caracteriza ato jurídico perfeito Pedido contraposto também improcedente, pois não comprovado, de forma segura, quem teve a iniciativa de rescindir o contrato – Apelação provida em parte. (TJ-SP – APL: 1067234420088260008 SP 0106723-44.2008.8.26.0008, Relator: Andrade Marques, Data de Julgamento: 24/11/2011).

4 – APELAÇÃO CÍVEL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO DE RESCISÃO INDIRETA DE CONTRATO. As partes firmaram contrato verbal de representação comercial. A exclusividade exige pacto escrito. A autora aceitou durante anos as sucessivas reduções dos percentuais das comissões que foram, segundo o perito, sendo pagos em percentuais variados. Ainda que tenha manifestado sua desconformidade, em um primeiro momento, com as alterações, a autora continuou a manter a representação durante mais de cinco anos o que demonstra que lhe o pacto lhe é era favorável. AGRÁVO RETIDO DESPROVIDO. APELAÇÃO DESPROVIDA. RECURSO ADESIVO DESPROVIDO, COM EXPLICITAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70042655761, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em 21/11/2013).

²⁰³ APELAÇÃO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ALTERAÇÃO UNILATERAL DA BASE DO CONTRATO E REMUNERAÇÃO DA REPRESENTANTE. FATO INCONTROVERSO. VIOLAÇÃO DO ART. 32, § 7º e 36 DA LEI Nº 4.886/65. (Apelação Cível Nº 70050949106, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ângelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 11/09/2013) (TJ-RS – AC: 70050949106 RS, Data de Julgamento: 11/09/2013, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/09/2013).

²⁰⁴ REQUIÃO, Rubens Edmundo. Ob. cit. p. 119.

A necessidade de mudanças de certos elementos ou condições do contrato, de interesse do proponente, só poderá ser atendida se o contrato, em sua redação original, antecipar ou prever regras que permitam tais modificações.²⁰⁵

A questão relacionada a este fator é que se o contratado não tiver gestão sobre a variabilidade, com alguma autonomia sobre a gestão daquela relação contratual poderá ser obrigado a superdimensionar seus recursos e sofrer as consequências da ociosidade eventual dos mesmos²⁰⁶.

Assim, a cláusula de performance servirá como ferramenta para que os gestores da contratada tenham a possibilidade de acomodar e reduzir a variabilidade dos fatores internos e externos que podem ocorrer no contrato de agência, tanto por elementos naturais deste arranjo contratuais que visam equilibrar os aspectos econômicos da relação como, por exemplo, percentual de remuneração variável conforme a lucratividade da operação efetuada, como em razão dos ajustes periódicos no planejamento daquela relação, por meio de definições temporais de objetivos e estratégias.

No que tange à relação da cláusula de performance e a sua relação com o §7º do Art. 32 da Lei 4.886/65, destaca-se, primeiro, que a sua aplicação, fundamentada em estipulação contratual prévia, não viola o referido dispositivo legal, por se tratar da aplicação de condição autorizada e prevista pelo contrato, mesmo que esta estabeleça a alteração das condições daquele contrato, como, por exemplo, a perda da exclusividade em determinado território por não atingimento de quota mínima de venda ou comissão variável por produto, margem de lucro e etc..

²⁰⁵ REQUIÃO, Rubens. Contrato de Representação Comercial. 226.

²⁰⁶ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 44.

Quando se tratar da inserção da cláusula de performance em contrato de que já esteja em vigor, há que se ressaltar que a sua intersecção com o dispositivo legal em questão dependerá de análise posterior da performance dos agentes e dos resultados gerados em razão das condições alteradas.

Ademais e de forma a fundamentar as ferramentas que possibilitem aos gestores do proponente a possibilidade de acomodar e reduzir a variabilidade dos fatores internos e externos que podem ocorrer no contrato de agência, aplicada quando a alteração resultar em prejuízo à média das retribuições auferidas pelo agente nos últimos seis meses de vigência do contrato, tal alteração será lícita se o instrumento contratual de agência estipular que nesta hipótese o proponente deverá pagar ao agente a indenização prevista no Art. 27, *alínea j)* da Lei nº 4.886/65²⁰⁷ de forma proporcional ao prejuízo potencial ou consolidado.

Como ilustração, considerando a aplicação de redução da comissão do agente em percentual equivalente à 50%, a indenização cabível deverá ser de 1/24 do total das retribuições auferidas pelo agente durante o transcurso da relação havida até aquele momento.

Mediante o pagamento da indenização proporcional, tal valor deverá ser considerado e abatido no cálculo da indenização total prevista no Art. 27, *alínea j)* da Lei nº 4.886/65 a ser paga ao agente nas hipóteses de rescisão do contrato por iniciativa do proponente, bem como, nas hipóteses de resolução do contrato por não cumprimento de obrigação contratual também pelo proponente.

²⁰⁷ j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

No que tange ao aspecto de variabilidade dos fatores internos e externos, a IN/MPOG, no item II do referido Art. 17²⁰⁸ dispõe que os indicadores²⁰⁹ e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interferir negativamente uns nos outros, incentivando o desenvolvimento de processo contínuo e sistemático de planejamento e gestão dos resultados da relação jurídica, devendo refletir um planejamento estratégico com prazo determinado, de preferência com a previsão de objetivos de curto, médio e longo prazo, bem como, deve ser revisitado sempre que necessário, num processo sistemático de adequação e ajuste à realidade vivenciada pelas partes naquela relação contratual.

A aplicação destes elementos fundamenta-se, portanto, na importância de se estabelecer ferramentas que ao mesmo tempo favoreçam a continuidade da relação contratual de agência no tempo e permitam às partes realizarem correções e ajustes em aspectos negociais e procedimentais daquela relação, de forma a que a relação perdure de maneira estável.

6.4. A FORMA DE REMUNERAÇÃO DA CONTRATADA DEVE OFERECER INCENTIVOS À MÁXIMA PERFORMANCE

Conforme disposto no item 6.1 deste trabalho, a forma básica de remuneração no contrato de agência estabelecida pela legislação aplicável determina que a comissão devida ao agente terá como base o resultado

²⁰⁸ II – os indicadores e metas devem ser construídos de forma sistemática, de modo que possam contribuir cumulativamente para o resultado global do serviço e não interfiram negativamente uns nos outros;

²⁰⁹ Indicador é medida, de ordem quantitativa ou qualitativa, dotada de significado particular e utilizada para organizar e apreender as informações relevantes dos elementos que compõe o objeto da observação. Trata-se de um recurso metodológico que informa empiricamente sobre a evolução do aspecto observado. SANTOS, G. H. C. V.; VIDAL, J.; ARAÚJO, M. I. Acordo de nível de serviço e eficiência administrativa. p. 07.

das vendas mensais por ele intermediadas multiplicado pelo percentual de comissão ajustado, o qual, normalmente, é fixo.

Embora não garanta ao agente uma remuneração mínima por período independente da performance de vendas, a forma de remuneração estabelecida pela Lei nº 4.886/65 e pelo Código Civil, por sua natureza, não direciona à máxima performance do agente, pois este seguirá a tendência natural de maximizar os resultados de suas comissões com a utilização mínima de recursos, como, por exemplo, direcionando o foco de suas vendas para determinados produtos com maior valor e volume, porém com margem de lucro menor.

Conforme fundamenta Coase ²¹⁰, o parâmetro econômico de eficiência na escolha pelo modelo proposto deverá ser que a projeção dos resultados da implementação do arranjo deverá ser maior que os seus custos de desenvolvimento, implantação e coordenação. Tais aspectos deverão ser contemplados no momento de desenvolvimento da estratégia de implementação do modelo.

Assim, a cláusula de performance aplicada ao contrato de agência deverá ser estruturada de forma a criar incentivos ao agente direcionar seus esforços à execução de ações que estejam direcionadas ao cumprimento do planejamento estratégico do proponente, além de perseguir a eficácia e eficiência de custos, possibilitando margem para incremento da eficiência no cumprimento das obrigações estabelecidas naquela relação contratual.²¹¹

²¹⁰ Coase ensina que embora se possa realizar a produção de maneira totalmente descentralizada por meio de contratos entre indivíduos, o fato de que existe um custo relativo à participação nessas transações significa que surgirão firmas para organizar transações que de outro modo seriam de mercado, sempre que seus custos forem menores do que os custos de realizar as transações através do mercado. O limite para o tamanho da firma se estabelece onde seus custos de organizar uma transação tornam-se iguais ao custo de realizá-las através do mercado. Isso determina o que a firma compra, produz e vende COASE. Ronald H. A firma, o Mercado e o Direito, p. 07.

²¹¹ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

Isto será possível se a forma de remuneração do agente, estabelecida na cláusula de performance, recompensar os esforços realizados pelo agente e o respectivo aumento nos custos para cumprimento de demandas mais exigentes, bem como, pelo foco na promoção dos produtos e dos serviços que tenham sido apontados pelo planejamento estratégico como chave para cumprimento dos objetivos daquele período.

Esta compensação será efetivada, por exemplo, através do estabelecimento de percentual de comissão variável conforme os parâmetros das vendas promovidas pelo agente. De forma simples, se a margem de lucro do negócio for maior, justo será que o agente receba comissão maior por esta venda.

O problema para o contratante, em contrapartida, reside no fato de que se o agente identificar que não terá possibilidade de atender às expectativas do contratante, empenhando esforços para alterar a regra do jogo, dando origem a custos de administração, paralisações, serviços adicionais não previstos, ou seja, gerará custos de coordenação para o contratante, além da performance resultante se situar em um nível inferior ao desejado²¹², pois, além de direcionar os seus esforços para o atendimento de outros clientes, produtos ou pastas.

Neste caso, os danos causados pelo problema poderão ser mitigados se o processo de formalização do arranjo contratual que estabeleça os parâmetros e a expectativa de performance das partes para aquela relação for precedida de amplo planejamento e alinhamento, de forma a orientar os investimentos, ações e resultados em uma mesma direção e, caso não seja possível atender às expectativas do proponente, compartilhar as responsabilidades com outros agentes, por exemplo.

²¹² AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 44.

Sendo assim, os incentivos à máxima performance do agente no cumprimento das ações estabelecidas no planejamento estratégico daquela relação serão oferecidos através da estipulação de percentual de comissão variável, que aumente a base de cálculo para as vendas que estejam alinhadas com o planejamento estratégico daquela relação e que diminuam aquelas que não estejam ou que, de alguma forma, representem menor lucratividade ao proponente em razão dos negócios promovidos pelo agente.

Além disto, a cláusula de performance deverá criar mecanismos de incentivo ao desenvolvimento constante do agente, em que investimentos em estrutura, treinamento, pessoal, melhoria de processos e redução de custos sejam reconhecidos, tanto por vias de remuneração como pela concessão de melhores estruturas contratuais como exclusividade de território, de linhas de produtos, clientes e etc.

6.5. A FORMA DE CÁLCULO DA REMUNERAÇÃO DEVE SER DE SIMPLES ENTENDIMENTO PARA AMBAS AS PARTES

Considerando que o principal objetivo da cláusula de performance é incentivar o melhor resultado do agente no cumprimento das ações compromissadas com o proponente, alguns fatores subjacentes ao arranjo devem ser considerados no momento do seu planejamento e elaboração, com especial destaque para a forma de cálculo da remuneração, a qual deve ser de simples entendimento para ambas as partes, de forma a não gerar dúvidas sobre a sua apuração.

Simple entendimento para as partes, há que se ressaltar, não significa que o arranjo contratual deva ser elaborado de maneira simplória, sem considerar elementos e variáveis que impactem nos resultados. O requisito ressaltado por Amarante, na opinião do autor, diz respeito à forma

de medição, gestão e comunicação da performance do agente, forma esta que deverá ser de simples entendimento para as partes.

Neste mesmo sentido, recomenda-se a utilização de ferramentas de tecnologia da informação (TI) que, de forma automática, apure os resultados de determinado período através do processamento das informações oriundas dos pedidos de compra lançados pelo agente no sistema com as condições contratuais ajustadas na cláusula de performance, de forma a obter a remuneração que será devida em razão dos resultados daquele período.

Segundo Luís Otávio Milagres de Assis, a simplicidade do modelo de remuneração variável, aliado a comunicação e transparência nas regras é fator que explica a compreensão do esquema e o grau de apoio dos colaboradores²¹³.

Assim, é fundamental que todo o processo transcorra de forma transparente, em que, sejam carreados pelo proponente, mês a mês, relatórios, demonstrativos e memórias dos cálculos das comissões devidas ao agente e que, este tenha a possibilidade de analisar e conferir os números, sendo este o requisito fundamental da simplicidade de entendimento e de engajamento das partes envolvidas com o planejamento estratégico daquela relação.

Isto porque, discussões sobre a apuração dos incentivos no decorrer do contrato podem gerar custos de coordenação não desejáveis, o que justamente se espera minimizar quando se opta por um contrato com cláusula de performance²¹⁴ além do que, uma forma de remuneração extremamente

²¹³ ASSIS, Luís Otávio Milagres. Efeitos Organizacionais da Implantação de Metas e Remuneração Variável por Desempenho. p. 79.

²¹⁴ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

complexa e com fatores que não sejam claros para o agente poderá gerar efeito contrário de desmotivação do agente.

No que tange ao conteúdo da cláusula de performance, o Art. 11 da IN/MPOG nº 02/2008 ²¹⁵ estabeleceu que na contratação de serviços continuados as partes deverão adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, bem como, seu §4º²¹⁶ dispõe que para a adoção do acordo de nível de serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.

É possível extrair do referido dispositivo algumas referências para a construção da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência, no que tange ao seu formato.

Primeiro, em razão da boa-fé contratual, deve ser interesse dos envolvidos na relação contratual de agência que os critérios de mensuração dos seus resultados sejam claros e objetivos e que a sua forma de apuração possua a mesma simplicidade, sendo cenário realizado através de sistema automatizado, pois, desta forma, os seus custos de coordenação serão

²¹⁵ Art. 11. A contratação de serviços continuados deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, e que elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

²¹⁶ Art. 11, §4º Para a adoção do Acordo de Nível de Serviço é preciso que exista critério objetivo de mensuração de resultados, preferencialmente pela utilização de ferramenta informatizada, que possibilite à Administração verificar se os resultados contratados foram realizados nas quantidades e qualidades exigidas, e adequar o pagamento aos resultados efetivamente obtidos.

menores e a relação ganhará em efetividade, no que diz respeito aos aspectos de comunicação e coordenação, conforme fundamentos acima.

Ademais, o referido arranjo deverá adotar espécie de unidade de medida que favoreça a mensuração dos resultados de forma objetiva e sistemática, e que tenha relação com a base de cálculo da comissão devida ao agente em razão das intermediações realizadas naquele mês.

Por fim, não obstante os critérios utilizados, estes deverão ser passíveis de análise através de ferramenta informatizada, em que, imputados os dados das vendas, conforme os requisitos descritos acima.

6.6. O RISCO DA RELAÇÃO CONTRATUAL DEVE SER ADEQUADAMENTE COMPARTILHADO ENTRE CONTRATANTE E CONTRATADO

Por derradeiro, Amarante sugere como requisito para a aplicação da cláusula de performance aos contratos de prestação de serviços que o risco da atividade desenvolvida em conjunto seja adequadamente compartilhado entre contratante e contratada, respeitando-se a aversão ao risco de cada parte, que, em geral, é proporcional à capacidade financeira, ao número de projetos e à especialização das partes²¹⁷.

Este fator, segundo o citado autor, deve ser avaliado tendo-se em conta o tipo de serviço a ser prestado e o custo da transferência do risco. Novamente entra em cena a assimetria de informação entre contratante e contratado, pois, a aversão ao risco de cada um pode ser estimada pelo outro, mas não conhecida de antemão, será testada no processo de contratação²¹⁸.

²¹⁷ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

²¹⁸ AMARANTE, José. Contratos de Performance na Cadeia de Serviços, p. 45.

Uma das principais justificativas para a utilização do instrumento de agência como ferramenta suporte de escoamento dos produtos é a transferência de parte dos custos e dos riscos que são inerentes ao processo, do proponente para o intermediário, na medida em que em razão da relação contratual firmada algumas etapas e suas responsabilidades são transferidas ao agente²¹⁹.

No entanto, com relação ao contrato de agência e seu arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial, observou-se que o principal fator de exposição de risco do agente estipulado pela legislação aplicável, além daqueles naturais de sua atividade empresária, diz respeito ao recebimento das comissões, nos termos do Art. 33, §1º da Lei nº 4.886/65²²⁰, o qual está condicionado, principalmente, à liquidação dos pedidos pelo cliente final.

Há que se ressaltar, em complemento, que a Lei Especial protege o agente da exposição há diversos riscos, como, por exemplo, ao vedar expressamente a inserção de cláusula *del credere*²²¹, ou de qualquer alteração no contrato que resulte em prejuízo ao agente²²², além de estabelecer, em seu Art. 27²²³, quais são as cláusulas e condições que deverão constar em contato de forma obrigatória.

Ocorre que, a partir da vigência do Código Civil de 2002 a Lei Especial nº 4.886/65 passou a regular a relação jurídica de agência de forma

²¹⁹ KUYVEN, Fernando. Contrato de Representação Comercial, p. 36–37.

²²⁰ Art. 33, §1º. Nenhuma retribuição será devida ao representante comercial, se a falta de pagamento resultar de insolvência do comprador, bem como se o negócio vier a ser por ele desfeito ou for sustada a entrega de mercadorias devido à situação comercial do comprador, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a liquidação.

²²¹ Art. 43. É vedada no contrato de representação comercial a inclusão de cláusulas *del credere*.

²²² Art. 32, §7º São vedadas na representação comercial alterações que impliquem, direta ou indiretamente, a diminuição da média dos resultados auferidos pelo representante nos últimos seis meses de vigência.

²²³ Art. 27. Do contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente:

subsidiária, em um contexto fático de organização do agente conforme as melhores práticas e gestão e normativo que a norma civil e o conteúdo do contrato passaram a prevalecer sobre o disposto na norma especial.

Assim, a presunção de hipossuficiência do agente estabelecida pela Lei nº 4.886/65 deixa de fazer sentido quando aplicada a determinada relação de agência em que as partes têm plena ciência e compreensão prévia das condições vigentes na relação contratual estabelecida, inclusive no que diz respeito à cláusula de performance.

Desta forma, há que se considerar que não há nenhuma determinação legal que regulamente ou impeça o agente de assumir obrigações diversas daquelas centrais ao tipo contratual, estabelecidas na legislação especial. É possível incorporar ao tipo em agência elementos advindos do contrato de comissão²²⁴, enquanto o agente agir no cumprimento de suas obrigações em nome próprio e por conta do proponente, hipótese em que os riscos assumidos pelo agente serão diversos daqueles estabelecidos pela Lei Especial, sendo permitido às partes estabelecer, por exemplo, a cláusula *del credere* na relação em questão, em que o agente responde solidariamente com os clientes que indicar ao proponente, nos termos do Art. 698 do Código Civil²²⁵.

Há que se reforçar, nos termos do artigo citado, que neste caso o agente deverá fazer jus a uma retribuição maior do que a que seria estipulada na hipótese de agir à conta do proponente, em que a exposição ao risco se resume ao recebimento ou não das comissões.

²²⁴ Art. 693. O contrato de comissão tem por objeto a aquisição ou a venda de bens pelo comissário, em seu próprio nome, à conta do comitente.

²²⁵ Art. 698. Se do contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário tem direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido.

Assim, estando o agente organizado como atividade empresária, tendo assumido diversas outras funções além da intermediação de negócios em favor do proponente, bem como, em sendo remunerado de forma proporcional quando optar por assumir maiores riscos, os arranjos contratuais estipulados neste sentido deverão ser interpretado conforme os preceitos do Código Civil e não segundo o disposto na Lei nº 4.886/65, à exemplo da cláusula de performance.

Há que se ressaltar ainda que a capacidade de assunção de riscos por parte do agente deve ser considerada como um elemento que afasta o tipo contratual da relação de vínculo empregatício, pois, nos termos do Art. 2º da CLT²²⁶, considera-se empregador a empresa que assume os riscos de sua atividade econômica.

Neste sentido, conforme proposto por Amarante, o desafio será alocar estes riscos de forma adequada no contexto da relação de agência, tomando em consideração a capacidade do agente de compreender as condições que lhe forem propostas pelo contratante, a oportunidade de negociar as condições conforme a sua disposição em assumir riscos e conforme a sua estrutura permita, de forma a que a alocação de riscos seja mais um mecanismo de incentivo à performance e atinjimento das expectativas assumidas pelas partes perante o contrato de agência.

²²⁶ 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.

CONCLUSÕES

Percorridos os caminhos de investigação no que diz respeito à aplicação da cláusula de performance ao contrato de agência, mediante a compreensão da natureza do arranjo contratual, seus aspectos relacionais com áreas correlatas, tal como, o direito do trabalho, o contrato de prestação de serviços e os elementos oriundos da administração de empresas, os efeitos pretendidos e obtidos podem ser assim condensados:

- a) A cláusula de performance quando inserida ao contrato de agência não fere, por natureza, qualquer disposto em Lei, em especial, no que diz respeito ao arcabouço normativo que rege este tipo contratual, qual seja, Código Civil, Lei nº 4.886/65 e suas alterações posteriores vigentes até o momento da elaboração deste trabalho;
- b) A cláusula de performance aplicada ao contrato de agência tem por objetivo definir as bases e os níveis esperados de quantidade e qualidade de cumprimento das obrigações que decorrem do tipo em questão, bem como, definir as consequências a cada relação contratual;
- c) A inserção da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência, por sua essência, não deve ser interpretada como elemento de subordinação trabalhista em razão do seu objetivo descrito no item b) acima;
- d) A cláusula de performance servirá de ferramenta hábil para tornar o não cumprimento da obrigação de

fornecimento das informações pelas partes justo motivo para a sua rescisão;

e) Embora a normativa IN/MPOG n° 02/2008, que regulamenta o Acordo de Nível dos Serviços prestados à Administração Pública, tenha sido tipificada como norma complementar a ser aplicada especificamente ao tipo em questão, seu conteúdo e suas consequências, em especial, a segurança jurídica que oferece ao tipo, poderão servir de fundamento e inspiração para a formalização e a interpretação da cláusula de performance a ser aplicada ao contrato de agência, ressalvado, é claro, a sua aplicabilidade restrita;

f) A existência de incentivos direcionados à performance (resultado final) das partes no cumprimento das obrigações contratualmente estabelecidas, a autonomia relativa do agente para perseguir os resultados pretendidos pelo contratante e o detalhamento das condições contratuais têm o potencial de afetar o desempenho da relação contratual, em consequência, melhorar os resultados de toda a cadeia de distribuição de produtos.

g) Os elementos de construção da cláusula de performance aplicada ao contrato de agência poderão ser observados no todo ou em parte e estes estão alinhados aos objetivos e conclusões do presente trabalho.

Acreditamos que, assim, cumprimos o objetivo desta dissertação de aprofundar a reflexão sobre o tema proposto e, com base nas conclusões

propostas, procuramos assegurar às partes o direito construir arranjos contratuais que visem o contínuo desenvolvimento das suas relações contratuais, bem como, que possam garantir maior nitidez aos direitos, deveres e pretensões recíprocas, com o que muitos terão de ganhar na condução dos seus negócios em clima de harmonia, cooperação e crescimento contínuo.

Ademais, considerando que o trabalho de conclusão do Programa de Mestrado da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas não tem por objetivo esgotar a jurisprudência e as possibilidades sobre o tema, poderão ser objeto de futura análise e de outros trabalhos acadêmicos: a) Aspectos gerais e comuns de inserção da cláusula de performance aplicada aos contratos relacionais; b) Análise específica dos critérios de mensuração da performance do agente; c) Estudo comparado sobre a aplicação da cláusula de performance ao contrato de intermediação em outros países; d) Proposição de novo arcabouço normativo para regulamentar os aspectos e conflitos apontados por este estudo; e) Aspectos relativos ao direito concorrencial aplicados ao contrato de agência;

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADLER, Cláudia Segadilha. Avaliação de desempenho como processo essencialmente humano: A meta-avaliação da empresa X. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública para a obtenção do Grau de Mestre da Fundação Getúlio Vargas. Prof. Dr. Moisés Balassiano. Rio de Janeiro, 2002.

AMARANTE, José. CONTRATOS DE PERFORMANCE NA CADEIA DE SERVIÇOS: fatores de desenho de contratos incentivados para terceirização de serviços Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Administração de Empresas. Orientador Prof. Dr. Orlando Cattini Jr. –FGV–EAESP;

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. Contrato de Representação Comercial, *in*: FERNANDES, Wanderley (org.) Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica. São Paulo, Saraiva, 2011 (Série GVLaw).

ASSIS, Luís Otávio Milagres. A relação da motivação para o trabalho com as metas do trabalhador: um estudo de caso em uma operadora de call center. Dissertação apresentada à Escola de Administração Pública e de Empresas – Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, para obtenção de título de Mestre. Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Fátima Bayma de Oliveira. Rio de Janeiro, 2008.

BARROS, Alice Monteiro. Considerações Gerais Sobre o Trabalho do Vendedor–Viajante e Pracista. Revista TST, Brasília, vol. 67, nº 4, out/dez 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

BUENO, José Hamilton. Dos indicadores de autonomia e empresarialidade nos contratos de representação comercial – Dissertação de Mestrado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Paulo Teixeira Manús – São Paulo, 2008.

BULGARELLI, Waldírio. Contratos e Títulos Empresariais. As novas perspectivas. São Paulo, Atlas, 2001.

CALÁBRIA, Marco Antônio Rocha. Representação Comercial no Mercosul: harmonização legislativa e solução de controvérsias – Campinas, SP: Editora Alínea, 2002.

CALLEGARI, José Carlos. Uma releitura da subordinação. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre. Orientador: Professor Associado Jorge Luiz Souto Maior, São Paulo – 2012.

CARVALHOSA, Modesto. Teoria Geral da Empresa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, Coleção tratado de direito empresarial, v. 1;

_____. Contratos Mercantis, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, Coleção tratado de direito empresarial, Volume IV – Fernando Kuyven, Capítulo I – Agência ou Representação Comercial, Fernando Kuyven, p. 35 a 75;

CARMO, Lie Uema do. Contratos de construção de grandes obras. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

COASE, R.H. A firma, o mercado e o direito – Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa: Revisão técnica, Alexandre Veronese, Lucia Helena Salgado e Antônio José Maristrello Porto; revisão final Otavio Luiz Rodrigue Junior; Estudo introdutório Antônio Carlos Ferreira e Patrícia Candido Alves Ferreira – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016 (Coleção Paulo Bonavides);

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial. Obrigações de Meio, de Resultado e de Garantia. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978.

CONFERE – Conselho Federal dos Representantes Comerciais. Código de Ética e Disciplina dos Representantes Comerciais. Disponível em: <<http://www.confere.org.br/codigodeetica.html>>;

CORRÊA, André Rodrigues. Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil, 2008. Orientadora: Judith Martins-Costa. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. A boa-fé no Direito Civil, Coimbra: Almedina, 1984, (Coleção Teses, v. 1, T. II).

DELGADO, Maurício Godinho: Curso de direito do trabalho – 13. ed. – São Paulo: Ltr, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

ENGLER, Mario Engler Pinto Júnior. O estado como acionista controlador. Tese de Doutorado. Orientador: Prof. Calixto Salomão Filho. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

FERNANDES, Wanderley, coordenador. Contratos empresariais: contratos de organização da atividade econômica. São Paulo, Saraiva, 2011 (Série GVLaw).

FERREIRA, Emanuel Ricardo de Souza Ferreira. Relacionamento interpessoal entre compradores e vendedores: troca de atendimento em vendas e o impacto na continuidade das relações comerciais. Fundação Getúlio Vargas. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas. Dissertação de Mestrado, Curso de Mestrado em Gestão Empresarial. Orientador Prof. Dr. Delane Botello, Rio de Janeiro, 2008.

FREDIANI, Yone. A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa / Coordenação de Yone Frediani. – Porto Alegre: Magister, 2015.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicada – São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado – 3 eds., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Contrato de distribuição. 3 ed. rev., atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAGO, Viviane Ribeiro. Análise dos Contratos de Agência ou Representação Comercial e de Distribuição ou Revenda em face das disposições do Código Civil, Lei n. 10.406 de 10/01/02 – Dissertação de Mestrado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Rosa Maria – São Paulo, 2006.

GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

HAICAL, Gustavo. O contrato de agência: seus elementos tipificadores e efeitos jurídicos – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HAYEK, F.A. The Use of Knowledge in Society, *American Economic review*, 35, September.

LOCKE, Edwin. Self-Regulation Through Goal Setting. *The Academy of Management Review*, April 1991.

MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106/107, 217-245.

MEDEIROS, Alexandre David. SLA em redes de telecomunicações aplicados a multisserviços em redes IP. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito técnico de obtenção do título de Mestre em Engenharia Elétrica pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Orientador: Aldionso Marques Machado. 2007.

PLÁ RODRIGUES, Américo: Princípios de direito do trabalho – São Paulo, LTr, 2015.

PLOTHOW, Célia Bueno de André. Fatores contingenciais à estratégia de remuneração da força de vendas. Dissertação de Mestrado da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

REQUIÃO, Rubens Edmundo. Nova regulamentação da representação comercial autônoma – 3 ed. adapt. ao novo Código Civil – Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. – São Paulo: Saraiva, 2007.

REQUIÃO, Rubens. Do representante comercial: Comentários à Lei nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.240, de 08 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____. Aspectos Jurídicos da Representação Comercial. Dissertação apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Paraná pelo advogado Rubens Requião, no concurso para livre docente de Direito Comercial. Curitiba – 1950.

_____. Revista dos Tribunais, volume 435, p. 16/17.

SAAD, Ricardo Nacim. Representação comercial – 5 eds. rev. atual – São Paulo: Saraiva, 2014.

SABADIN, Mariana Guerra. Autonomia Privada e Licença para Mentir – Uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Orientadora: Prof. Dra. Mariana Pargendler, 2015.

SANTOS, Alexandre David. Aplicabilidade e limites das cláusulas de não concorrência nos contratos de franquia. Orientador: Wanderley Fernandes. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, p. 60.

SANTOS, G. H. C. V.; VIDAL, J.; ARAÚJO, M. I. Acordo de nível de serviço e eficiência administrativa. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 6, 2013, Brasília. Anais. <http://repositorio.fjp.mg.gov.br/consad/handle/123456789/837>. Acesso em 03 de setembro de 2017

SALLES, Marco Aurélio. Efeitos organizacionais da implantação de metas e remuneração variável por desempenho: o caso da segurança pública em Minas Gerais. Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, para obtenção de título

de Mestre em Administração Pública e Governo. Orientadora: Prof.^a. Dr.^a. Regina Silvia Viotto Monteiro Pacheco. São Paulo, 2012.

ZANETTI, Ana Carolina Devito Dearo. Contrato de distribuição: o inadimplemento recíproco – São Paulo: Atlas, 2015.