



Indenização antecipada do representante e a fidelidade canina às leis



Na coluna "Diário de Classe" desta semana, discutiremos a importância do

sentido das palavras no âmbito jurídico, em sentido normativo. A discussão ocorrerá a partir de duas decisões conflitantes de tribunais brasileiros sobre a mesma matéria.

Um esclarecimento prévio: tomo a liberdade de pegar emprestada a cirúrgica expressão “fidelidade canina à Constituição e às leis” do professor e amigo Eduardo José da Fonseca Costa^[1]. A expressão é de uma maestria invejável, pois bem expressa — e quase desenha — aquilo que deveria ser (mas não é) um sentimento do Poder Judiciário com relação à CF e às leis. A frase do professor Eduardo é uma daquelas que deveriam integrar o “vocabulário jurídico”, fazendo parte de petições, livros, decisões e, obviamente, da sala de aula, como hoje se faz.

Feito o esclarecimento, vamos ao trabalho. No estudo de hoje, analisarei certo dissídio jurisprudencial para acrescentar que a reivindicada fidelidade canina à Constituição e às leis também é devida às palavras, sob pena de cairmos no absoluto relativismo semântico, na “jurisprudência lotérica”, nas decisões que desafiam os sentidos mínimos do vernáculo e todos esses problemas que minimamente fazem parte do Direito^[2], gostemos ou não, ainda que indesejáveis. O trabalho vai no sentido de alertar acerca dos excessos — e não de se insurgir contra a sua própria existência.

O caso que pretendo trabalhar neste espaço trata da lei da representação comercial (Lei 4.886/65). O dispositivo específico é o artigo 27, “j”, que determina que o “contrato de representação comercial, além dos elementos comuns e outros a juízo dos interessados, constarão obrigatoriamente: 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”.

Tal dispositivo estipula que todo contrato de representação comercial deve conter cláusula contemplando indenização em favor do representante correspondente a 1/12 de todos os valores auferidos durante a vigência da representação. Tal valor é devido ao representante, ao final, apenas nos casos que não configurarem o chamado “motivo justo”, previsto no artigo 35 da mesma lei, que são, a rigor, (i) a desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato; (ii) a prática de atos que importem em descrédito comercial do representado; (iii) a falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; (iv) a condenação definitiva por crime considerado infamante e, por fim; (v) força maior.



Grosso modo, poderia afirmar que o direito constante no artigo 27, “j”, da Lei 4.886/65 pode ser comparado aos equivalentes direitos trabalhistas, no caso de afastamento do empregado sem justa causa.

Pois bem. É sabido que, a rigor, parcela considerável das representações comerciais é relação duradoura. Também é notório que grande parte dos representantes são profissionais bem remunerados. Resultado disso é que de relações pujantes de representação comercial decorrem, invariavelmente, com o passar dos anos, um passivo considerável para as empresas representadas em face do referido artigo 27, alínea “j”.

Duas foram as principais soluções encontradas pelas empresas representadas para evitar esse passivo: a primeira foi dar outras nomenclaturas para contratos de representação (por exemplo, contratos de credenciamento; de prestação de serviço etc.^[3]) com o fito de criar uma cortina de fumaça sob a verdadeira relação jurídica que ali se estabelecia; a segunda foi antecipar a indenização de 1/12 mensalmente ao representante. Embora as duas estratégias tenham como objetivo central sonegar do representante o artigo 27, “j”, e, mais do que isso, embora as duas estratégias tenham, por excelência, a característica de relativizar as palavras — no primeiro caso, dando outro nome à relação de representação; no segundo, relativizando a palavra “indenização” —, este estudo atenderá com mais atenção o segundo caso, porque mais singelo de perceber e propício para o espaço de nossa aula.

Então, em termos mais claros, o que a segunda estratégia faz, explicado através de um exemplo, é o seguinte: o representante, ao negociar o contrato de representação com a representada, pactua que receberá, à título de comissão, a importância de 5% sob o valor de suas vendas. Contudo, no contrato lavra-se cláusula estabelecendo que a comissão fica ajustada em 4,62%, e a suposta indenização antecipada somaria 0,38%, totalizando, assim, a importância dos 5% pactuados. Dessa forma, a empresa representada — na maioria dos casos — paga ao representante o valor que foi pactuado e se vê livre de eventual passivo futuro do artigo 27, “j”. Eis, portanto, e de maneira panorâmica, a prática da antecipação de indenização.

Essa prática tem gerado algum dissídio jurisprudencial. Trato aqui de dois casos aleatórios, apenas para demonstrar que existem decisões em sentidos opostos. Em julgamento publicado em 7/3/2018, a 5ª Câmara Cível do TJ-BA, no julgamento da Apelação 0042711-61.2007.8.05.0001, entendeu que a prática de antecipação de indenização em contratos de representação é prática válida, na medida em que a antecipação representaria um “benefício ao representante, que ganha a opção de investir os importes relativos à indenização antecipada ou utiliza-lo para favorecer o seu fluxo de caixa” e, caso contrário, ao reconhecer-se a nulidade da cláusula, estar-se-ia tutelando o *enriquecimento ilícito*, uma vez que os valores de indenização já haviam sido antecipados.



Em sentido contrário, cito o julgamento publicado em 12/9/2018, da 15ª Câmara Cível do TJ-RS, no julgamento da Apelação 70078128154, em que se entendeu que a antecipação de comissões é ilegal, porque em desacordo com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, configurando tentativa de fraude à legislação. O relator do caso, desembargador Vicente Barroco de Vasconcellos, constatou que “pela literalidade da lei se verifica a exigência de aplicação da fração indenizatória de no mínimo 1/12, a incidir sobre base de cálculo correspondente ao total da remuneração percebida, do que decorre, logicamente, não ser permitido às partes estipular outros critérios para tal fim indenizatório”.

Conforme o relato inicial, falei da importância de que seja assimilada a lição do professor Eduardo: os tribunais devem uma fidelidade canina à CF e às leis, sob pena de se recair em uma aristocracia da toga. Peço licença para fazer um pequeno adendo, que vai na mesma linha, com o intuito de advogar o dever explícito de uma obediência canina também às palavras (embora isso, obviamente, já esteja implícito na lição do professor Eduardo).

Com efeito, e tendo em vista o caso da representação narrado, alguém poderia dizer que em ambas as decisões foi prestado um respeito à lei, vale dizer, em ambos os casos a indenização do artigo 27, “j”, da 4.886/65 foi respeitada. Tanto TJ-RS como TJ-BA mantiveram a fidelidade à lei. A divergência foi, apenas, sobre a forma como tal indenização pode ou não ser adimplida.

Contudo, pensar assim seria um grande equívoco.

As palavras têm um sentido mínimo. Como já disse o professor Lenio Streck — também em expressão que deveria estar na corrente sanguínea dos juristas —, *não podemos dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*^[4]. De toda essa divergência, e da prática da antecipação, há um conceito específico que precisa ser discutido e esclarecido^[5]. Falo agora do conceito de “indenização” e seus respectivos limites.

Para o acontecimento de uma indenização, por definição, pressupõe-se o acontecimento de um dano. Indenização advém da palavra “indene” que significa a “ausência de dano ou prejuízo”. Logo, indenização é a *ação* de deixar algo ou alguém indene. Disso se segue que antecipar a indenização de um acontecimento futuro e incerto é uma afronta ao próprio conceito de indenização. É um embate com a palavra.

Explicando melhor com base na lei de representação: se a lei estipula a indenização de 1/12 somente nos casos em que não há justo motivo para o término do contrato — sendo esse, pois, o dano —, a indenização depende de um acontecimento que não ocorrerá necessariamente. Nem representante, menos ainda a representada, têm como saber, por exemplo, se o representante não atuará com desídia nas obrigações decorrentes do contrato, nos termos do artigo 35, *a*, da Lei 4.886/65, motivando uma rescisão do contrato sem carecer de uma necessária indenização.



Conclui-se, então, que, para que uma indenização ocorra, é preciso que exista um dano concreto no passado — no caso do representante, o término da relação comercial sem um justo motivo. Daí que da palavra indenização devemos extrair uma necessária ordem temporal: ela ocorre exclusivamente após o dano, ou seja, não é possível indenizar antecipadamente pela singela razão de que “indenizar antecipadamente” é uma contradição em termos. É a “ação de deixar indene”. Indenização é, por definição, posterior ao dano e não antecipada. Se pretendo me precaver contra passivos futuros e incertos, estou realizando um seguro ou qualquer outro instituto. E se estou realizando uma espécie de seguro mascarado de “indenização antecipada”, em um contrato de representação, obviamente estou relativizando o sentido da palavra e, por consequência, desrespeitando a lei.

Por todas essas razões, a decisão do TJ-BA parece trilhar caminho equivocado. Não podemos nos afastar do que as palavras nos legam. Penso que uma das mais certas amostragens da importância das palavras está na Bíblia Sagrada, na história da Torre de Babel^[6]: quando Deus quis punir a humanidade, porque pretensiosamente pretendiam chegar ao céu, retirou-lhe a linguagem e o caos imperou. Quando não conseguirmos ter um sentido objetivo em Direito sobre palavras simples do nosso cotidiano, como “indenização”, esta(re)mos fadados à absoluta desordem. Será a “queda” da torre. Por isso que é tão necessário que se preste uma servilidade e uma lealdade canil a este bem tão precioso que nos foi legado — a linguagem.

[1] COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. **Empório do Direito**, 13 fev. 2019. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.com.br/leitura/abdpro-71-o-poder-judiciario-diante-da-soberania-popular-o-impasse-entre-a-democracia-e-a-aristocracia>>. Acesso em 3.mar.2019.

[2] Sobre esse conteúdo mínimo e a tentativa utópica de erradicá-lo, ver PINTO, Gerson Neves; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle. Os precedentes vinculantes e o problema da contingência ontológica do Direito. **Novos Estudos Jurídicos** (UNIVALI), 2019, *no prelo*.

[3] É importante esclarecer que não se está dizendo que essas espécies de contrato não possam existir ou que sejam sempre contratos de representação mascarados. A constatação específica, aqui, vai no sentido de apontar aqueles contratos genuínos de representação que recebem outro “nome” com o objetivo principal de evitar os encargos previstos na Lei 4.886/65.

[4] STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5. ed. porto alegre: livraria do Advogado, 2015.

[5] Entendo que o TJ-RS tenha referido — acertadamente — a importância da boa-fé e da função social do contrato, tal como a cirúrgica constatação do impedimento lógico de uma antecipação. Penso que esses dois argumentos são fundamentais e com eles concordo integralmente. O ponto que esse estudo traz, sobre a fidelidade às palavras, é de demonstrar que existe mais um argumento que pode ser utilizado para a resolução do caso, argumento este de ordem complementar que não exclui, mas reforça o acerto da 15ª Câmara Cível do TJ-RS.

[6] História que foi utilizada por Gadamer para embasar palestra, podendo ser consultada [aqui](#).

Date Created

23/03/2019