

O PRINCÍPIO DA SUPLETIVIDADE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

THE SUPPLEMENTAL PRINCIPLE IN BUSINESS CONTRACTS

Fábio Ulhoa Coelho*

RESUMO

O princípio da supletividade nos contratos empresariais foi explicitado no direito brasileiro pela Lei da Liberdade Econômica de 2019. Este artigo discute a sua aplicação, tomando, por exemplo, um dispositivo das regras legais sobre o contrato de representação comercial autônoma.

Palavras-chave: Lei da Liberdade Econômica. Princípio da supletividade. Representação comercial autônoma. Direito contratual empresarial.

ABSTRACT

The supplemental principle in business contracts was made explicit in Brazilian Law by the Economic Liberty Law of 2019. This article discusses its application, taking for example a provision of the legal rules on the contract of commercial agency.

Keywords: Economic Liberty Law. Supplemental principle. Commercial agency. Business contract law.

1 INTRODUÇÃO: O PRINCÍPIO DA SUPLETIVIDADE

* Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A Lei nº 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica – LLE) contém disposições que inovaram o direito positivo, como, por exemplo, a exigência da prévia avaliação de impacto regulatório para as agências de regulação, a liberação da exploração das atividades de baixo risco de qualquer licença administrativa, a criação da sociedade limitada unipessoal, a autorização para fundos de investimento com limitação da responsabilidade dos quotistas, etc. Outras disposições da LLE, contudo, são meras explicitações do que já se encontrava implícito no direito positivo. O retorno da enunciação, em direito positivo, do princípio da autonomia patrimonial (art. 49-A do Código Civil) e a explicitação da licitude da segregação de riscos por meio de pessoas jurídicas (parágrafo único) são bons exemplos de normas da LLE que não inovaram o direito positivo, mas apenas tornaram expresso na lei o que nela já existia, embora de modo implícito.

Entre as normas da LLE que não inovaram o direito vigente (malgrado tenham alterado o direito positivo), encontram-se as disposições sobre os contratos empresariais. Entre elas, destaco o reforço da supletividade das normas de direito contratual empresarial, pelo art. 3º, VIII:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...]

VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;

[...] (BRASIL, 2019).

Esta é uma das disposições da LLE que apenas trouxeram maior clareza ao direito positivo, sem implicar nenhuma novidade frente ao que já vigorava ao tempo da celebração do Contrato objeto de consulta.¹ Por que o legislador entendeu de explicitar o que já era direito vigente? A finalidade é nítida: por ser necessário recuperar conceitos e valores que estavam se esgarçando. Conceitos e valores indispensáveis ao regular funcionamento de uma economia madura, ou seja: a segregação de riscos na pessoa jurídica é efetiva, a desconsideração da personalidade jurídica é excepcional e visa apenas à coibição de irregularidades e,

¹ Confira-se, por todos, Paula Andrea Forgioni: “o esquema proposto pelo art. 3º, VIII, da Lei nº 13.874/19 não traz grandes inovações sistêmicas: às empresas assiste a liberdade de contratar, desde que não violem regras cogentes; a autonomia privada existe e desenvolve-se no espaço que lhe é deixado pelas regras imperativas” (FORGIONI, 2019, p. 375).

sobretudo, os *contratos valem!* Os contratantes cumprem o que se obrigaram a cumprir, não podendo se liberar de obrigações assumidas consciente e livremente. E isso “aumenta o bem-estar social”.²

Desde logo, é preciso assentar que, no direito contratual empresarial, não há norma de ordem pública que se perceba de imediato. Ao contrário, como são normas que dizem respeito sempre à alocação de custos e riscos, no patrimônio de um dos empresários ou do outro, a sua disposição é absolutamente indiferente para a ordem pública. Se o recurso empresarial ficará no patrimônio deste ou daquele empresário, a função social da empresa não será comprometida, apenas mudará de centro subjetivo. Os mesmos empregos, tributos, geração de riqueza, etc., promovidos por um dos empresários contratantes, seriam proporcionados pelo outro, dependendo de quem seja o credor da prestação de acordo com a disposição legal. Raramente, portanto, o art. 3º, VIII, da LLE, deixará de incidir sobre os contratos empresariais em razão da imperatividade da norma de ordem pública.

Neste artigo, discute-se o princípio da supletividade das normas de direito contratual empresarial, tomando, por exemplo, o art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65, segundo o qual “as comissões [devidas ao representante comercial] deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias”. O art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65, abriga uma norma de natureza *supletiva*, que se aplica apenas na hipótese de omissão do contrato de representação comercial. Desse modo, as partes podem livremente contratar a exclusão da base de cálculo de determinadas incidências, como as de natureza tributária, sem que haja nisso qualquer invalidade ou ineficácia. Essa é a interpretação *correta* do dispositivo por três razões: a natureza do fato disciplinado (item 2), a classificação do contrato de representação comercial (item 3) e a interpretação conforme à Constituição (item 4).

2 SUPLETIVIDADE POR RAZÃO MATEMÁTICA

² Esclarece Ivo Teixeira Gico Júnior: “[o] inc. VIII do art. 3º da DDLE reforça que, nos negócios jurídicos empresariais, deve predominar a *autonomia da vontade*, isto é, o que foi combinado entre as partes. A regra é, pois, a primazia da vontade que apenas pode ser suplementada pelas regras de direito empresarial na ausência de manifestação de vontade ou limitada pela existência de alguma norma de ordem pública, hipótese na qual a própria sociedade terá limitado o âmbito de atuação das partes. Fora esses dois casos, repita-se, deve prevalecer a autonomia das partes, pois isso aumenta o bem-estar social” (GICO JÚNIOR, 2020, p. 178).

A primeira razão pode ser facilmente percebida. Por força da *natureza* do fato disciplinado, a lei não poderia nunca estabelecer uma norma cogente. A definição da base de cálculo da retribuição devida ao representante comercial não poderia ser feita, pela lei, senão por preceito de caráter supletivo.³

É por demais evidente que o valor da comissão é definido em função de dois vetores econômicos: a base de cálculo e o percentual. Também é fácil notar que o valor da comissão não será necessariamente maior se qualquer um desses vetores for maior. Quer dizer, chega-se a resultados idênticos, na mensuração do valor da comissão, elevando-se a base de cálculo e reduzindo-se o percentual e fazendo-se o inverso, vale dizer, diminuindo aquela e aumentando esta.

Quando o valor dos tributos incidentes sobre a atividade comercial é considerado na base de cálculo, o percentual que o mercado pratica tende a ser inferior. Se desconsiderados os tributos, este tende a ser majorado, mantendo-se, no final, o equilíbrio justo para os interesses tanto dos representados como dos representantes. Matematicamente, em suma, não há como impedir a livre negociação do valor *final* da comissão entre as partes, nem mesmo predefinindo a base de cálculo.

Desse modo, o próprio fato que a norma pretende regular *escapa* a qualquer regulamentação cogente. O objetivo da lei não pode ser o de impedir a definição contratual de qualquer outra base de cálculo, simplesmente porque isso em nada alteraria o que, de fato, interessa — o valor da comissão, que, como visto, pode ser reduzido em função da prática de percentuais menores, quando eleito o faturamento bruto como base de cálculo.

Essa incontornabilidade matemática se poderá perceber na grande maioria das hipóteses de exercício da liberdade contratual entre os empresários. Sempre

³ “Para o direito privado (particularmente o civil), é importante distinguir as normas jurídicas *cogentes* e as *supletivas*. As primeiras (também chamadas de *normas de ordem pública*) são as normas cuja aplicação não pode ser afastada pela vontade dos sujeitos de direito. Trata-se de preceitos que atendem a interesses que transcendem os das pessoas diretamente envolvidas ou que pressupõem ser grandemente arriscado deixar apenas ao arbítrio do próprio sujeito a administração de alguns de seus interesses. Ao proibir o casamento de pessoas casadas, o art. 1.521, VI, do CC tutela interesse da sociedade brasileira em ver preservado determinado valor moral e cultural expresso na monogamia como base das relações matrimoniais. É norma cogente. [...] As normas *supletivas* são as que podem deixar de ser aplicadas por vontade das partes diretamente envolvidas. Destinam-se, como sua designação sugere, a suprir a vontade dos sujeitos de direito. São muito comuns na disciplina dos contratos. Considera-se, nesse caso, que nenhum valor social está em risco e as partes têm plenas condições de administrar os respectivos interesses. Assim, a norma jurídica deve cuidar apenas dos aspectos a respeito dos quais, por desatenção ou intencionalmente, não houve manifestação de vontade” (COELHO, 2020, p. 97-98).

será possível encontrar-se um arranjo diferente da lei, porque, no fundo, do que se trata invariavelmente é de alocação de riscos e custos no patrimônio de um ou de outro contratante. As partes, na grande maioria das vezes, conseguirão encontrar, por meio do contrato empresarial, alocações diferentes das estabelecidas em lei, tornando matematicamente supletiva a aplicação desta.

3 SUPLETIVIDADE POR RAZÃO DA CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO

A segunda razão que sustenta a natureza supletiva do art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65 diz respeito à classificação do contrato de representação comercial.

A representação comercial é um contrato empresarial de colaboração. Nesses contratos, há certa subordinação entre os contratantes, que não é, e não pode ser, de índole pessoal (sob pena de configurar mascaramento fraudulento de relação empregatícia), mas tem a natureza empresarial. Subordina-se, em outros termos, não a pessoa do contratante, mas a empresa por ele explorada.

A atividade do representante comercial é sempre a de colaborar para a criação, ampliação ou consolidação do mercado do produto fabricado ou comercializado pelo representado. Trata-se de atividade econômica, que pode ser exercida tanto por uma pessoa física, agindo isoladamente, como por pessoa jurídica, titular de uma empresa complexa. Nos dois casos, a *atividade* do representante comercial, por mais exígua que seja, deve ser organizada de acordo com as instruções do representado.

A autonomia de que goza o representante é pessoal e jurídica, mas não haveria como ele desenvolver a sua atividade se não se sujeitasse às orientações, de cunho organizativo, dessa atividade, emanadas do representado.

3.1 Representação comercial como contrato empresarial de colaboração

Os contratos de colaboração⁴ se inserem no contexto de instrumentalização do escoamento de mercadorias.⁵ Por meio dos contratos de colaboração, os

⁴ Juan M. Farina prefere denominar essa categoria negocial como “contratos de comercialização por terceiros”, para evitar-se a confusão conceitual que gira em torno da expressão “distribuição”. Para o jurista argentino, “estos contratos presentan las siguientes características: a) existencia de dos

empresários articulam suas iniciativas e esforços com vistas à criação ou consolidação de mercados consumidores para certos produtos — em proveito da atividade dos dois. O traço essencial dessa categoria de contratos mercantis é exatamente a articulação entre as empresas das partes contratantes (no mercado, usa-se a expressão “parceria”).

Existe contrato de colaboração, assim, quando um dos empresários assume a obrigação contratual de ajudar a formação ou ampliação do mercado consumidor do produto fabricado ou comercializado pelo outro. A colaboração empresarial, quando as partes cumprem as obrigações assumidas em contrato, proporciona ganhos para os dois empresários envolvidos: o colaborador e o fornecedor. De um lado, o colaborador, ao assumir a obrigação de criar, ampliar ou consolidar o mercado consumidor para os produtos do fornecedor, ganha somente se cumprir essa obrigação. Quanto maior e mais forte for o mercado para os produtos do fornecedor, mais elevado será o lucro do colaborador.⁶ De outro lado, o fornecedor, que assume

empresas u organizaciones independientes; b) relación contractual bilateral; c) posibilidad de que la empresa productora celebre múltiples contratos de esta naturaleza; d) vínculo de cooperación (o colaboración); e) permanencia; y f) finalidad (esto es, la colocación en el mercado por parte de una empresa de los bienes o servicios que produce la otra)” (FARINA, 1994, p. 379-380).

⁵ Como destaca Luís Ângulo Rodríguez, da Universidade de Granada, Espanha, “alguns empresários têm feito da colaboração seu próprio negócio, o objeto de sua atividade mercantil”; para ele, “la actividad mercantil resulta propicia para la prestación y la obtención de colaboraciones ajenas, crecientemente estipuladas por la complejidad y especialización de muchas de las operaciones que la integran. De ahí que incluso algunos empresarios hayan hecho de la prestación de tales colaboraciones su propio género de comercio, el objeto de su actividad mercantil misma” (RODRIGUEZ, 1995, p. 351).

⁶ “São duas as formas de colaboração empresarial no escoamento de mercadorias. Na primeira, um dos empresários contratantes (o *colaborador*) compra, em circunstâncias especiais, a mercadoria fabricada ou comercializada pelo outro (o *fornecedor*) para revendê-la. Nesse grupo, inserem-se os contratos de *distribuição-intermediação* e de *concessão mercantil*. O distribuído ou o concedente vendem seus produtos, respectivamente, ao distribuidor ou ao concessionário, e estes, por sua vez, os revendem aos consumidores. Tal primeira modalidade de articulação de esforços empresariais realiza-se *por intermediação*, isto é, as partes do contrato de colaboração ocupam elos distintos da cadeia de circulação de mercadorias. Já na segunda forma de colaboração, os contratantes não realizam contrato de compra e venda mercantil; o colaborador busca empresários interessados em adquirir as mercadorias fabricadas ou comercializadas pelo fornecedor. Contratam a compra e venda do interessado localizado pelo colaborador e o fornecedor. É o caso dos contratos de *mandato*, *comissão mercantil*, *agência*, *distribuição-aproximação* e *representação comercial autônoma*. Tomando-se este último como exemplo: a compra e venda mercantil é realizada entre o representado e terceiro, cujo interesse no negócio foi motivado ou identificado pelo representante comercial. Na segunda modalidade de colaboração empresarial, esta não se manifesta pela intermediação econômica, mas *por aproximação*, ou seja, só uma das partes (o mandante, comitente ou representado) é elo da cadeia de circulação de mercadorias. Na colaboração por intermediação, o colaborador ganha o lucro gerado pela atividade de comercialização dos produtos adquiridos do fornecedor. O distribuidor, por exemplo, paga pela mercadoria preço inferior ao que cobra na revenda. A diferença deve cobrir os seus custos e proporcionar-lhe lucro. O distribuído não o remunera pela colaboração. Em igual situação encontram-se concedente e concessionário: este último ganha ao lucrar na exploração da atividade econômica objeto de concessão e não recebe nenhuma remuneração daquele. Já na colaboração por aproximação, o colaborador tem direito a

a obrigação de prover o mercado com os produtos demandados, viabiliza, por meio da atividade desenvolvida pelo colaborador, sua comercialização e, com isso, seus lucros.⁷

A representação comercial autônoma, em suma, é contrato empresarial, isto é, constituinte de vínculos obrigacionais *entre empresários*, em que um deles (o representante) assume obrigação de criar, ampliar ou consolidar, por meio de sua atividade econômica, o mercado consumidor para os produtos do outro (o representado).⁸ A empresarialidade é sua marca de essência, o elemento invariável que se encontra em qualquer manifestação desse negócio jurídico, cuja natureza é a de um contrato de *colaboração empresarial*.⁹

Elemento comum a qualquer espécie de contrato de colaboração é a *subordinação* da empresa do colaborador (representante) à do fornecedor (representado).¹⁰ A atuação articulada (ou “parceria”) entre dois ou mais empresários deve, por medida de racionalidade, ser orientada por um deles. Não haveria, a

remuneração, a ser paga pelo fornecedor. Geralmente o seu valor é proporcional ao preço das mercadorias nas vendas por ele viabilizadas e, por isso, denomina-se *comissão*. O comprador paga o preço ao fornecedor, que (por assim dizer) repassa uma parte ao colaborador. Assim, o [colaborador] encaminha ao [fornecedor] a proposta de compra dos produtos deste último e, caso esta seja aceita e o contrato concluído, tem direito de receber um percentual do valor da venda” (COELHO, 2021, p. 102-103).

⁷ “La noción de colaboración es amplia en el derecho moderno, y nace de la necesidad de descentralización y complementación que tiene una empresa productora de bienes o servicios, para colocar sus productos en uno o más mercados, función esta última, que asume la empresa colaboradora” (FARINA, 1994, p. 380).

⁸ O representante comercial, por mais exígua que a sua empresa seja, é empresário. A doutrina brasileira não tem mais dúvidas quanto a isso, desde a edição da Lei nº 4.886/65. Rubens Requião é categórico, ao comentar essa lei: “Temos sustentado, de nossa parte convictamente, que o representante comercial é um comerciante, em toda a extensão da palavra. [...] O art. 1º da Lei sob comentário, ao definir a atividade do representante comercial, enuncia que a exerce a pessoa jurídica ou pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de *negócios mercantis*... Coloca, assim, a norma legal a representação comercial a serviço somente dos *negócios mercantis*, excluindo, por conseguinte, da atividade os *negócios civis*. Absurdo seria que a doutrina, numa impossível assimetria, fosse considerar a representação comercial uma atividade civil, porém destinada exclusivamente à realização de *negócios mercantis*... Além disso, o art. 4º exclui do exercício dessa atividade ‘o que não pode ser comerciante’” (REQUIÃO, 1983, p. 35). Onde o jurista paranaense se refere a “comerciante”, deve-se considerar, desde a entrada em vigor do Código Civil, em 2003, a referência feita a “empresário”, conceito do qual aquele é precursor. No mesmo sentido do entendimento de Rubens Requião é o de Fran Martins (1977, p. 340).

⁹ Leciona Rubens Requião: “no que concerne à atividade de representação comercial, entre representante comercial e representado se estabelece um relacionamento íntimo, o mais das vezes um elo de colaboração, fidelidade e lealdade. O fato de o representante comercial ser jurídica e economicamente autônomo e independente ativa esse elo de confiança recíproca e colaboração, para que a atividade prospere harmonicamente. Ora, o representante comercial, embora autônomo, é um colaborador ativo da empresa. Em direito comercial, são eles chamados e classificados como ‘auxiliares independentes’, ao lado dos corretores de mercadorias, de navios e dos leiloeiros” (REQUIÃO, 1986, p. 298).

¹⁰ “La empresa colaboradora, por lo común, se encuentra subordinada económicamente respecto de la productora” (FARINA, 1994, p. 381).

rigor, nenhuma combinação de esforços se cada empresário fosse inteiramente livre para decidir os rumos de sua empresa na comercialização do produto. Para que exista a colaboração, é necessária a orientação geral por conta de um dos contratantes (fornecedor), à qual se submete o outro (colaborador) por força do contrato que assina. As partes mantêm plena autonomia como sujeitos de direito, e muitos dos aspectos da organização empresarial do colaborador são definidos exclusivamente por ele, sem nenhuma ingerência do fornecedor. Mas, no essencial, a empresa do colaborador é organizada de acordo com as orientações do fornecedor.

A subordinação própria dos contratos de colaboração não pode ser, por evidente, *pessoal*. Nesse caso, o contrato perderia sua natureza empresarial e seria um verdadeiro contrato trabalhista, caracterizando o vínculo empregatício.¹¹ Nos contratos de colaboração empresarial, há subordinação *empresarial*, isto é, a *empresa* explorada pelo colaborador (tenha ela maior ou menor empresarialidade) deve ser organizada de acordo com as instruções emanadas pelo fornecedor.

Mas essa subordinação empresarial, é imprescindível ressaltar, não torna o colaborador um contratante hipossuficiente, nem vulnerável. É necessário prestar atenção às diferenças na assimetria entre os contratantes, de modo a compreender que o representante comercial, como empresário, não se encontra na mesma situação assimétrica de empregados e consumidores.

3.2 Assimetria das partes dos contratos empresariais

Há certas categorias contratuais, em que os contratos são inexoravelmente *assimétricos*, no sentido de que as partes contratantes estão sempre em desigualdade. O contrato de trabalho é inescapavelmente assimétrico, assim como o contrato de consumo. O trabalhador, naquele, e o consumidor, neste, estão em

¹¹ Como assevera Orlando Gomes: “A independência de ação do agente permite distingui-lo do *empregado*. Não há subordinação hierárquica na relação do representante comercial com o preponente; quando existe, o contrato passa a informar uma relação de emprego. Subordinação inexistente, em princípio, se entendida na acepção estrita de vínculo de natureza pessoal que implica direção dos serviços a serem prestados. Subordinação, entretanto, existe porque o trabalho do agente há de ser executado conforme as instruções do preponente, a quem deve, a mais, prestar contas da atividade exercida, embora, no seu exercício, goze o agente de autonomia. Tanto não existe a dependência pessoal que uma pessoa jurídica pode ser agente, o que não se admite no contrato de trabalho, no qual o serviço há de ser prestado necessariamente por pessoa física” (GOMES, 1984, p. 410). Convém ressaltar que o jurista baiano considerava sinônimas as expressões “agente” e “representante comercial”.

patente e incontornável desigualdade com o outro contratante, o empregador e o fornecedor.

Já o contrato empresarial *pode*, ou não, ser assimétrico. Em geral, o que o caracteriza é a simetria, mas há determinados contratos específicos, em que os contratantes, embora empresários, estão em desigualdade. Mas — e, aqui, há de se pôr muita ênfase —, a *assimetria* reveste-se de características extremamente diversas, em cada uma destas três hipóteses. E é necessário que se preste bastante atenção a essas diferenças, para não se distorcer a disciplina jurídica aplicável a cada caso.

Em outros termos, o fundamento da assimetria no contrato de trabalho é diferente do da assimetria no contrato de consumo; e estes se diferenciam do fundamento da assimetria nos contratos empresariais em que a circunstância se manifesta. No contrato de trabalho, a assimetria está relacionada à necessidade do trabalhador. A grande maioria das pessoas precisa trabalhar para ganhar dinheiro para se sustentar e à família. Não há outra opção para elas, senão a de arrumar um emprego e submeter-se à relação jurídica de assimetria. Precisam disso. Tirando os profissionais liberais, os empresários e os herdeiros de fortunas, as pessoas precisam ter emprego (privado ou público) para viverem, criarem os filhos e ajudarem os pais idosos. A base da assimetria, no contrato de trabalho, é a necessidade. Chama-se de *hipossuficiência*.

No contrato de consumo, a assimetria tem fundamento diverso. Não se trata propriamente ou invariavelmente de necessidade, posto que boa parte do que consumimos corresponde a querências, ou seja, algo de que podemos prescindir, mas desejamos ter. Parte dos atos consumistas que praticamos visa a atender nossas necessidades, algumas prementes, mas isso não é característico de todos os contratos de consumo. O elemento que sempre se encontra em qualquer relação de consumo, caracterizando a assimetria, é o déficit de informações. Numa relação de consumo, uma das partes tem todas as informações sobre o objeto contratado. Trata-se do fornecedor, em geral, empresário, que conhece a mercadoria ou o serviço que coloca no mercado. Mas o consumidor tem apenas as informações sobre o objeto contratado que tiverem sido fornecidas pelo outro contratante. Por mais informado que seja, o consumidor não conhece a mercadoria ou o serviço adquirido como o fornecedor; e, mais que isso, dependeu essencialmente dos dados disponibilizados pelo outro contratante, para tomar sua decisão acerca do ato de

consumo. A base da assimetria no contrato de consumo, assim, é o *déficit de informações* do consumidor. Por isso, a lei reserva designação diversa para a situação. O consumidor não é *hipossuficiente*, como o trabalhador; ele é *vulnerável*.

A assimetria, quando existe, no contrato empresarial, não tem por fundamento nem a necessidade (típica da hipossuficiência), nem o déficit de informações (marca da vulnerabilidade). O empresário não entra numa relação empresarial assimétrica porque precisa. A grande maioria das pessoas *precisa* de um emprego e, por isso, se submete à situação assimétrica. Mas ninguém *precisa* ser empresário; não no mesmo sentido da constrição material que alcança quase toda a população. Quando alguém decide empresariar, não o faz por não dispor de outra opção para sustentar-se e à família. Não está sem alternativa, como estão os trabalhadores. Empresaria porque quer. Se for pessoa avessa a riscos ou não tiver tino empresarial, empresariar não lhe parecerá uma atraente forma de vida, mas isso apenas confirma que não existe a *necessidade* nos fundamentos da assimetria dos contratos empresariais.

Também não se encontra, na base da assimetria empresarial, nenhum déficit de informação. Ao contrário, é inconcebível um empresário que desconheça seu negócio, não tendo sobre os produtos ou serviços que fornece as mais amplas e consistentes informações. Um concessionário de veículos automotores não pode desconhecer os automóveis que revende. Até mesmo para cumprir o dever de informar os consumidores, que a lei lhe impõe como contrapartida aos direitos dos consumidores (CDC, arts. 6º, III, e 9º), o empresário não tem como se furtar a se informar plena e adequadamente sobre o objeto do contrato celebrado com outro empresário.

O que marca a assimetria, em alguns contratos empresariais, é a organização da empresa de um dos empresários contratantes de acordo com as orientações do outro. É descabido falar em empresário *hipossuficiente* (não está premido por nenhuma necessidade que o impele a contratar) ou em empresário *vulnerável* (tem o dever de conhecer tudo sobre o objeto do contrato).

A assimetria no contrato de colaboração (incluindo a representação comercial) decorre da obrigação contratual de organizar a empresa de acordo com as orientações emanadas de outro empresário. A assimetria é uma autolimitação, assumida de livre vontade, na prerrogativa de organizar a atividade empresarial.

Porém, não se pode perder de vista que nenhum empresário está *premid* a organizar a empresa seguindo as instruções de outro. A assimetria é sempre uma *decisão empresarial*. O empresário celebra um contrato assimétrico com outro porque, ao avaliar as alternativas de negócio, entendeu como adequada aos seus interesses a exploração da empresa organizada de acordo com as instruções recebidas (franquia, distribuição, representação comercial, etc.). É uma decisão que, como qualquer outra de natureza empresarial, vem acompanhada de *riscos inerentes*. Ao sopesar seus interesses, custos e benefícios, vantagens e desvantagens, o empresário não pode deixar de considerá-los. A assimetria, em suma, é uma decisão empresarial e, como tal, necessariamente arriscada.

Se a assimetria consistente na hipossuficiência (necessidade) e na vulnerabilidade (déficit de informações) demanda do legislador normas cogentes sobre a existência e extensão de direitos contratuais do empregado e do consumidor, respectivamente, a assimetria nos contratos empresariais decididamente não reclama a mesma solução legislativa.

Muito ao contrário, tendo em vista que a assimetria típica de *alguns* contratos empresariais sempre pressupõe uma decisão empresarial prévia, de livre escolha, no sentido de explorar atividade sujeita às orientações de outro empresário, a solução legislativa mais adequada é a da supletividade das normas atinentes à existência e extensão dos direitos e obrigações contratados.

4 SUPLETIVIDADE EM RAZÃO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO

O art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65 não pode ser senão uma disposição supletiva por imperativo constitucional. E aqui se chega à terceira (e, seguramente, a mais importante) razão para se interpretar o dispositivo em foco como norma de caráter supletivo: a interpretação conforme a Constituição.

Sempre que houver dúvida sobre a interpretação de uma lei ordinária, deve prevalecer a interpretação compatível com os preceitos constitucionais. Quando a incompatibilidade entre a lei ordinária e a Constituição é insuperável, a primeira, em razão do assentado princípio da hierarquia das normas, que o constitucionalismo da Era Moderna semeou e disseminou, é inválida e, pelos meios processuais adequados — é dizer, por ação ou exceção —, deve ser expurgada da ordem

jurídica. Mas não sendo a incompatibilidade absoluta, recomenda a moderna exegese que se encontre uma solução que, ao mesmo tempo, resguarde a lei ordinária do irretornável destino da invalidação e garanta a supremacia dos preceitos constitucionais.

A lei ordinária veicula critério de solução de conflito de interesses que o legislador, no uso de sua competência, considerou pertinente, ajustado às circunstâncias do fato a cuja aplicação se direciona. Se não atentou às balizas postas pelas normas constitucionais, isso somente deve conduzir ao completo afastamento da solução engendrada no plano da lei ordinária caso não seja minimamente conciliável com os ditames constitucionais. Em outros termos, deve-se sempre tentar “salvar” a norma ordinária, interpretando-a em conformidade com a Constituição.

Deve-se presumir — e este é um dos pilares da própria democracia, expresso na tripartição constitucional dos poderes¹² — que o legislador não quis nunca afrontar a Constituição; que, em seu labor de criação do direito, manteve-se invariavelmente nas cercanias da ordem jurídica a que serve. Importa recusar, na medida do possível, juridicamente, qualquer entendimento da ordem positivada que parta da presunção inversa, vale dizer, da que o legislador teve a intenção de transgredir os limites de sua competência e desafiar o constituinte.¹³

Nesse contexto, a hermenêutica vem construindo o que se convencionou chamar de “interpretação conforme à Constituição”. Visa, como regra de interpretação de normas jurídicas, fazer convergirem dois princípios fundamentais do

¹² A relação entre o princípio democrático da tripartição dos poderes e a interpretação conforme à Constituição é, de certo modo, acentuada por André Ramos Tavares: “O tema da ‘interpretação conforme à Constituição’ enquadra-se no estudo das técnicas de decisão operadas pela jurisdição constitucional. Não se trata propriamente de uma forma de interpretação da Constituição, mas sim das leis. Assim, quando uma norma infraconstitucional contar com mais de uma interpretação possível, uma (no mínimo) pela constitucionalidade e outra ou outras pela inconstitucionalidade, múltipla interpretação dentro dos limites permitidos ao intérprete, este deverá sempre preferir a interpretação que consagre, ao final, a constitucionalidade. E isso é assim porque as leis são consideradas expressão da vontade popular e, pois, se possível, devem ser preservadas pelo Judiciário” (TAVARES, 2008, p. 87).

¹³ A relação entre a presunção de constitucionalidade das normas ordinárias e o princípio hermenêutico aqui em exame é objeto de destaque por Alexandre de Moraes: “a supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim, sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico” (MORAES, 2007, p. 11).

direito: o da supremacia da Constituição e o da preservação da norma (este último também referido, por vezes, como *princípio do máximo aproveitamento dos atos normativos*).¹⁴ A *interpretação conforme à Constituição* é, em última análise, expressão imediata de um método hermenêutico bastante conhecido e respeitado pela unanimidade dos julgadores e doutrinadores brasileiros: o da *interpretação sistemática*.¹⁵ Tão celebrada e cultuada é a interpretação sistemática que alguns autores chegam a considerá-la o “método por excelência”, por ser o *único* dos critérios de interpretação que admite emprego isolado.¹⁶

Em suma, sempre que a lei ordinária comportar mais de uma interpretação, deve prevalecer a que melhor se coaduna com os princípios e preceitos constitucionais. Todos alertam que não cabe forçar uma interpretação não comportável pela norma flagrantemente inconstitucional apenas com o objetivo de conferir-lhe constitucionalidade. Corresponderia a uso indevido da *interpretação conforme a Constituição*, convolvando o Judiciário em verdadeiro Poder Legislativo.

¹⁴ No dizer de Celso Bastos: “A interpretação conforme à Constituição encontra suas raízes na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Não resta dúvida de que a norma para ser constitucional há de ter pelo menos um dos seus sentidos em consonância (compatível) com a Lei Maior. O princípio da interpretação conforme à Constituição tem sua particularidade fixada, nos recursos que a Corte Suprema vai buscar para apurar essa conformidade. Trata-se de um recurso extremo que busca dotar de validade a norma tida como inconstitucional. O intérprete depois de esgotar todas as interpretações convencionais possíveis e não encontrando uma interpretação constitucional da mesma, mas também não contendo a norma interpretada nenhuma violência à Constituição Federal, vai verificar-se se é possível pelo influxo da norma constitucional levar-se a efeito algum alargamento ou restrição da norma que a compatibilize com a Carta Maior. Todavia, tal alargamento ou restrição da lei não deve ser revestido de uma afronta à literalidade da norma ou à vontade do legislador. Pode-se dizer que graças a sua flexibilidade, o princípio da interpretação conforme à Constituição permite uma renúncia ao formalismo jurídico e às interpretações convencionais em nome da ideia de justiça material e da segurança jurídica, elementos tão necessários para um Estado democrático de direito” (BASTOS, 2008, s.p.). E, na obra escrita em coautoria com Ives Gandra Martins, sintetizou: “[...] Por força deste princípio de interpretação conforme à Constituição, *[deve-se]*, dentro do possível, elastecer ou restringir a norma de modo a torná-la harmônica com a Lei Maior. Na verdade, esta interpretação conforme à Constituição vai além da escolha entre vários sentidos possíveis e normais de qualquer preceito, para distender-se até o limite da inconstitucionalidade. Aqui, tenta-se encontrar, neste espaço, um sentido que, embora não o mais evidente, seja aquele sem o qual não há como ter-se a lei compatibilizada com a Constituição” (BASTOS; MARTINS, 1988, v. 1, p. 351).

¹⁵ Ensina Karl English: “[...] pressupõe-se, portanto, um sentido literal não unívoco, e não se opera *contra* o sentido literal que diretamente se obtém através da interpretação ‘gramatical’ da lei. Todavia, na medida em que por esta forma se realiza uma ‘interpretação conforme à Constituição’, esta traduz-se afinal em que a ‘referência do sentido de cada norma ao ordenamento jurídico global [...] chama a campo uma ‘interpretação sistemática’, fá-la correr em auxílio da pura ‘interpretação gramatical’, e é ainda ela quem decide em último termo’ — pelo que o que aí há de particular é o fato de aquela referência ou conexão de sentido render tributo simultaneamente à elevada hierarquia e à grande capacidade irradiante da Constituição” (ENGLISH, 1988, p. 147-148).

¹⁶ Por exemplo, Paulo de Barros Carvalho: “o critério sistemático da interpretação envolve os três planos [sintático, semântico e pragmático] e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque antessupõe os [critérios] anteriores. É, assim, considerado o método por excelência” (CARVALHO, 2004, p. 101).

Quando a incompatibilidade é absoluta, insuperável, não há exegese apta a salvar a lei ordinária. Mas não havendo qualquer vício de constitucionalidade imediatamente derivável da literalidade da norma, sua interpretação sistemática indicará a melhor inteligência na conformidade à Constituição.

A interpretação de qualquer norma de direito privado deve buscar, portanto, a *conformidade* com a Constituição Federal. Interpretar preceito de nível ordinário de modo incompatível com a Carta Magna conduz diretamente a distorções comprometedoras da hierarquia normativa e da sistematicidade do ordenamento jurídico. E na *interpretação conforme à Constituição* de preceitos de direito privado, avulta a compatibilização entre estes e a consagração do primado da liberdade de iniciativa e competição. O art. 170 da Constituição Federal, em seu *caput* e no inciso IV, ao definir os princípios gerais da ordem econômica, reservou à liberdade de iniciativa e competição um papel central. É certo que esses princípios de organização da economia são, hoje, temperados pelos princípios de maior envergadura, tais a função social da propriedade, valorização do trabalho humano e outros. Mas, nas relações entre os agentes que exploram atividades econômicas (inclusive, as comerciais), imperam tais princípios.

No que diz respeito às normas sobre *contratos* privados entre os agentes econômicos, a *interpretação conforme a Constituição* conduz, na dúvida, o intérprete à sua classificação como supletivas da vontade das partes, em vista exatamente dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e concorrência.

Ao fundar a ordem econômica no primado da liberdade de iniciativa e competição, a Constituição assegura aos contratantes o direito de livremente pactuarem suas “remunerações”, termo genérico que abrange o preço dos produtos, juros dos empréstimos, honorários de serviços de profissionais liberais, comissões do representante comercial, etc.

Não há liberdade de iniciativa e competição onde os agentes econômicos não forem *inteiramente* livres para praticarem as “remunerações” de seu interesse. Somente o mercado, isto é, a inexistência de outros agentes econômicos interessados em pagar a “remuneração” pretendida, pode constranger essa liberdade. O congelamento, tabelamento ou qualquer outro tipo de interferência do Poder Público nos preços praticados no mercado não pode ter natureza permanente. Para que sejam constitucionais, tais medidas devem ser necessariamente temporárias.

A remuneração do representante comercial pelos serviços de aproximação que presta ao representado é, economicamente falando, um *preço*. Impera, no regime econômico caracterizado pela liberdade de iniciativa e competição, a liberdade plena de definição dos preços pelos agentes diretamente envolvidos. A lei ordinária não pode interferir nessa matéria em caráter permanente, sob pena de ostentar o inarredável vício de inconstitucionalidade, por afronta ao art. 170, *caput*, e seu inciso IV, da Constituição Federal.

Por essa razão, o art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65 só pode ser interpretado, em conformidade com a Constituição, como norma de natureza supletiva, que se aplica apenas quando os contratantes de contrato de representação comercial não trataram especificamente da definição da base de cálculo das comissões. Esse preceito não tem aplicação, portanto, quando o contrato é expresso ao definir essa base, tendo, então plena liberdade para nela incluir ou excluir quaisquer valores.

5 CONCLUSÃO

Por esses três fundamentos (natureza do fato regulado, classificação do contrato e interpretação conforme a Constituição), não há como interpretar o art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65 como tendo senão natureza inescapavelmente *supletiva*. Não há, por conseguinte, nenhuma possibilidade de “contradição” entre o disposto na lei e o contratado entre as partes de um contrato de representação comercial em que se estabelecesse, por exemplo, a exclusão de tributos da base de cálculo das comissões. Uma contradição seria elemento imprescindível a qualquer forma de invalidação dessa cláusula do negócio jurídico (por nulidade ou anulabilidade).

Os empresários que contratam a exclusão dos impostos da base de cálculo das comissões devidas por representação comercial não estão “contrariando” o previsto no art. 32, § 4º, da Lei nº 4.886/65, simplesmente porque essa norma só teria aplicação caso eles não tivessem contratado nada a respeito. As cláusulas dos contratos de representação comercial celebrados pela consulente que excluem da base de cálculo das comissões os tributos incidentes na operação são, portanto, plenamente válidas, eficazes e vinculantes.

Ainda que superadas todas as questões precedentemente examinadas, restaria, a dar integral amparo à cláusula contratual que exclui da base de cálculo

das comissões os tributos incidentes sobre a operação, o próprio conceito legal de “valor total das mercadorias” empregado no § 4º do art. 32 da Lei nº 4.886/65.

Por “valor total das mercadorias” deve-se entender a soma do custo de produção ou aquisição e o lucro bruto do representado. Em outros termos, deve-se considerar aquele valor que o empresário *embolsa* graças ao trabalho do representante. Não se confundem, assim, de um lado, o “valor total das mercadorias” e, de outro, o “valor da nota fiscal”. Desse modo, os tributos incidentes sobre a operação não integram o conceito de “valor total das mercadorias”, já que não é valor *embolsado* pelo representante, mas simplesmente *repassado* ao fisco. O representante não deve receber nenhuma comissão sobre os impostos incidentes na operação porque de seu trabalho nenhum resultado adveio para a atividade do representado relativamente a essa parte do valor da nota fiscal.¹⁷

Assim, independentemente de todos os aspectos acima assinalados, também em função da extensão do conceito legal abrigado no dispositivo em foco da lei de representação comercial, as cláusulas contratuais inseridas que excluem os tributos da base de cálculo das comissões têm plena validade e eficácia.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89/as-modernas-formas-de-interpretacao-constitucional>. Acesso em: 10 maio 2023.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

¹⁷ Ricardo Nacim Saad afirma sobre a questão: “O § 4º diz que as comissões deverão ser calculadas pelo valor total das mercadorias. E o que vem a ser *valor total das mercadorias*? O seu custo de produção ou aquisição, acrescido do lucro do vendedor. Assim, na mediação realizada pelo representante, e da qual resultou venda, o representado recebe apenas o valor das mercadorias, cabendo ao representante uma comissão, calculada sobre esse valor. De fato, da nota fiscal de venda, além do valor da mercadoria, que representa apenas um dos itens, constam os tributos incidentes sobre a operação (IPI e ICMS), além de frete e seguro, estes quando de responsabilidade do representado. Quer isto dizer que o preço pago pelo comprador é o somatório de todos os valores constantes do documento fiscal, do qual resulta que o valor total das mercadorias e o preço do produto vendido são coisas distintas, tanto que tributos, frete e seguro são repassados pelo representado à Fazenda Pública, ao transportador e à Companhia de Seguros. Em suma, dos valores que integram a nota fiscal somente o relativo ao da mercadoria pertence ao vendedor. Segue-se que tributo não deve ser considerado como parte integrante da base de cálculo da comissão” (SAAD, 2008, p. 69).

BRASIL. Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 2019 - Edição extra-B. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 10 maio 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2020. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 20. ed. São Paulo: RT, 2021. v. 2.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1988.

FARINA, Juan M. *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

FORGIONI, Paula Andrea. *Comentários à lei da liberdade econômica*. Coordenação de Floriano Peixoto Marques Neto, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Rodrigo Xavier Leonardo. Vários autores. São Paulo: RT, 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Declaração de direitos de liberdade econômica*. Vários autores. Organização de André Santa Cruz, Juliana Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban. Salvador: Jus Podivm, 2020.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações mercantis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial (estudos e pareceres)*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 3.

REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

RODRÍGUEZ, Luís Ângulo. Contratos de colaboración. *In*: SÁNCHEZ, Guillermo J. Jiménez. *Lecciones de derecho mercantil*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

SAAD, Ricardo Nacim. *Representante comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.