

Impressão Silva
Br - 19.8.9 32.



O DIREITO DOS EMPREGADOS NO COMÉRCIO



O DIREITO DOS EMPREGADOS

NO COMÉRCIO

FOR

Altiomar Baleeiro e Luiz Viana Filho

Advogados no Fôre da Baía



1932

ALMEIDA & IRMÃO

Editores

LIVRARIA ALMEIDA — Rua dos Algodões, n. 14

BAÍA

«E' necessário, muitas vezes, dar aos textos interpretação que os acomode às exigências imperiosas do tempo e do meio.»

CARVALHO DE MENDONÇA

«Per colmare queste lacune e completare l'opera della giurisprudenza non vi ha che un rimedio:—studiare la pratica mercantile dominata com'e da grandi leggi economiche, facendo dello studio del diritto una scienza di osservazione.»

CESARE VIVANTE

Há epígrafes que valem por uma profissão de fé. As que encabeçam estas páginas nortearam a nossa travessia por entre as relações jurídicas que se propagam do «emprego no comércio», contrato quase tão velho como o proprio comércio, e, como êle, florescente sobre toda a terra.

Em nosso direito, essa figura jurídica vem regulada pelo Código Comercial, hoje maior de oitenta anos e um dos mais velhos dentre os que ainda vigoram. Estudou-a a doutrina brasileira sob as linhas mestras, clássicas, mas, nos ultimos anos, várias orientações sociais e surtos legislativos recentes, desde a promulgação do Código Civil até a da lei de nacionalização do trabalho, que apenas conta meses, despertaram problemas outrora insuspeitados.

Háde se dar um sópro de vida nova à letra vetusta do Código de 1850.

A organização das sociedades contemporâneas periclita ao ritmo disso que, em direito, se vai chamando simplesmente de «contrato de trabalho», em substituição à imprópria, mas consagrada, «locação de serviços» — locatio operarum.

Tendências a cada momento mais vultosas em prol da igualdade econômica e da coletivização dos fatores da abastança, ameaçando o equilíbrio estável do regime capitalista, cuja inteirêza, no mundo, já exhibe uma vasta solução de continuidade há quase três lustros, contêm na sua essência e no seu âmago a transformação desse «contrato de trabalho», a transvasar do leito do direito privado para espriar-se sobre as margens do direito público.

Bôa ou má, a realização do alvo dessas tendências, mais ou menos fatais num futuro talvez não longínquo, será tanto mais trágica e intolerante

quanto mais bruscamente se efetuar. Ai é que se torna indispensavel uma politica do direito. Transigir, lucidamente, gradativamente, para não precipitar a «avalanche» a que se não pode contrapor barragem. Dar pelo direito, agora, pouco e pouco, o que amanhã se não poderá recusar à força. Foi uma das diretrizes que, nos capitulos finais, adotamos, mas sempre dentro do contendo das normas juridicas.

Da grande massa de trabalhadores que exaurem cérebro, musculos e nervos, como Soldado Desconhecido da vitória econômica do Brasil, há talvez um milhão de empregados no comércio. Vivem dormindo tranquilamente sobre um terreno sísmico, na esperança que cada qual dêles tem de um dia vir a ser patrão. Escassa minoria o consegue, enquanto a maior parte avoluma a onda dos vencidos, descontentes e inadaptados de todas as profissões. Entre-

tanto, o direito, interpretado segundo as necessidades do tempo, -- e que tempo atravessamos! -- talvez lhes incutisse a consciência de que são uma classe, e de que, dentro dela, devem realizar as suas aspirações mais justas...

Baía, maio de 1932.

CAPITULO I

O contrato do emprego no comércio

Natureza mixta e típica — Preponderância variavel da locação de serviços e do mandato — Característicos — Leis reguladoras.

1. — O comércio, à frente dos negociantes propriamente ditos, mobiliza um exército de agentes auxiliares, como os corretores, leiloeiros, trapicheiros, comissários, intérpretes e prepostos. Estes ultimos, conhecidos vulgarmente por «empregados no comércio», são os mais numerosos e representam os verdadeiros trabalhadores comerciais, embora vivam relegados num segundo plano, conhecendo-se mesmo legislações que os esqueceram nos codigos e leis.

A expressão usual de «empregados no comércio», mesmo no sentido genérico, é desconhecida por completo do Codigo brasileiro que prefere outra, aliás mui própria e que, nas suas origens latinas, já se usava em sentido análogo, — a de «prepostos das casas de comércio», que contrapõe ao «preponente», ou seja o patrão, originando-se daí o nome de «preposição comercial» para o contrato que vincula este ultimo àqueles.

Reveste esse contrato o carater de locação de serviços e de mandato, forma híbrida dessas duas figuras contratuais, do que não é exemplo unico, mas tem um feitto especial, típico, assinalado por quasi todos os escritores. Tem da locação de serviços porque, nele, o preponente utiliza e até monopoliza a atividade do preposto, mediante remuneração, para o labor do comércio, e tem do mandato porque há no seu conteúdo a representação, a transmissão de poderes para que o preposto exerça atos e funções em nome do preponente, como um delegado deste.

2. — Entretanto, a preposição carece de côr estavel, não apresenta em proporções sempre idénticas esses dois contratos que o formam e nête se fundem: — ora prepondera um, ora prepondera o outro.

E' mais o mandato que se acentua no gerente, e é mais a locação de serviços que se salienta nos dactilógrafos, faturistas e outros empregados na organização interna, mas nunca uma exclui o outro e vice-versa. (1)

Por isso nem todos os locadores de serviços a negociantes, nem todos os mandatários mercantis são

(2) 1) LYON-CAEN et RENAULT, no «*Traité de Droit Commerc.*», tomo III, Paris, 1899, n. 620, escrevem que o gerente e o procurador (*fondé de pouvoir*) parece não terem outra qualidade senão a de mandatários, que, entretanto «não existe certamente no simples caixeiro». H. THOEL, no «*Tratt. di Diritto Commerciale*», trad. it. de MARGHERI, Nápoles, 1881, v. I, pgs. 242 e 243, também pensa no mesmo sentido, reconhecendo, porém, que a jurisprudencia alemã tomara outro rumo. A grande maioria, porém, reconhece mandato e representação mesmo aos simples caixeiros de banco e de serviços internos.

prepostos. Locadores de serviços, também o são os serventes e carregadores das casas de negócio, mas ninguém os tem por prepostos, como, igualmente, por tal não tem os agentes e comissários, embora desempenhem um mandato mercantil.

Existem pois traços diferenciais na preposição mercantil, quer preponderar, nela, o mandato, quer a locação de serviços. Esses traços, que não chegam a ser um pólo de discórdia entre as opiniões dos mais abalisados comercialistas, descobrem um campo de imprecisões na fixação do conceito. Todavia são quase unânimes em reconhecer o molde especial em que se fez aquele contrato, embora diverjam no pezar quanto de cada elemento formador existe nele. Estabelecem-se sutilezas e pequenas controvérsias. Uns pretendem ver na preposição comercial um contrato com duas aparências distintas ao mesmo tempo, — locação de serviços para com o proponente e mandato para com os terceiros (2). Outros accredi-

2) VIDARI, na 4.^a ed. do «Corso de Dir. Comm.», Milão, 1895, apresenta o preposto como mandatário em relação aos terceiros e locador de serviços em relação ao proponente (tomo IV, n. 3562). Houve nisso, aliás, uma ligeira modificação do seu pensamento primitivo que via «mandatario no trato com terceiros, e mandatario e locador de serviços, ao mesmo tempo, nas relações com o proponente. (*Op. cit.*, 1.^a ed., Milão, 1877, n. 233, pg. 304, do 1.^o vol.)

Entretanto, anos antes de aparecer o livro do escritor italiano, já o Supremo Tribunal de Justiça, no Rio, por acórdão de 24 de julho de 1869, firmára essa tese, que, no Brasil, é defendida por SFENCER VAMPRE, com apoio nesse julgado, (*Trat. Elem. de Dir. Comercial*, Rio, 1922, v. I, pg. 312 e nota) e por DIDIMO DA VEIGA, «*Código Com. Coment.*», Rio, 1898, v. I, pg. 164. Na Itália, além de VIDARI, veja-se D. SUPINO, «*Istituzione di Dir. Comm.*», 8.^a ed., Firenze, 1902, n. 76.

tam ver na *subordinação* do preposto ao preponente, um elemento típico e que descaracteriza o mandato para reduzir o emprego no comércio à simples locação de serviço (3). Apesar de entre estes últimos se contar o nome de Carvalho de Mendonça que, a nossos olhos, é o maior comercialista do continente americano, contestamos formalmente a tésé, até porque a locação de serviços não se caracteriza por essas relações de subordinação ou dependência, embora, às vezes, delas se acompanhe. Os médicos e os engenheiros são nada mais nem menos que locadores de serviços, simples locadores de serviço, mas ninguém afirmará que os tem por subordinados ou dependentes da clientela. Por outro lado, mais dependentes e subordinados aos patrões está outra classe de locadores de serviços, — a dos serventes, carregadores e outros trabalhadores materiais, que, entretanto, se não confunde com a dos prepostos. Essas considerações seriam bastantes, mas se pode acrescentar ainda a de que varios prepostos, pela natureza específica da sua atividade, gosam de amplo raio de ação, verdadeira autonomia, como quando se lhes comete, por exemplo, a gerencia de uma casa matriz, ou mesmo de uma sucursal em lugar afastado desta.

Certo é, pois, que, na verdadeira preposição comercial, nem o mandato exclui a locação de serviços, nem esta àquelle: — apenas, em cada caso concreto, um desses dois contratos, pela natureza especial das

3) J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, «Trat. de Dir. Com. Brasileiro», v. II, S. Paulo, 1911, n. 453, diz: «A subordinação ou dependência do preposto em relação ao preponente arreda-lhe a qualidade de mandatário, para lhe imprimir a de locador de serviços...» Veja-se ainda o n. 452, pg. 450, e ALFREDO RUSSELL, — «Curso de Dir. Comerc.», Rio, 1928, t. I, n. 314.

funções, hipertrofia-se, ocupando parte mais ou menos apreciável do outro, sem contudo o eliminar.

3. — Quais serão, pois, as linhas identificadoras do contrato de emprego no comércio? Como defini-lo?

A preposição comercial é, — a nosso ver—o contrato pelo qual uma firma, seja singular ou coletiva, admite alguém a praticar atos de comércio, ou cooperar nêles, mas exclusivamente por conta e em nome dela, por salario, durante um periodo de tempo mais ou menos longo.

Não é, portanto, um contrato de trabalho como qualquer outro. Tem objeto especial, exige a exclusiva absorção do labor de uma das partes nesse objeto e hade celebrar-se com caracter permanente ou estavel.

O objeto devera ser sempre a pratica ou a coadjuvação em atos comerciais, em nome e por conta do preponente, porque se os exercesse em nome e por propria conta, já não seria preposto, mas comerciante. E se se occupasse em trabalho outro que não o do commercio, perderia o preposto esta qualidade para se equiparar aos locadores de serviço a comerciantes, que o nosso Codigo regula em titulo diverso.

A exclusividade do serviço para um só e mesmo preponente é outro característico da preposição commercial, explicitamente contido no direito brasileiro, como no de vários outros países (1), e ao qual re-

(3) 1) O Cod. Com. Bras., art. 84, n. IV, estabelece, como sanção, que o preponente poderá despedir o preposto, sem embargo de ajuste por tempo certo, se o ultimo faz negociação por conta própria ou alheia. E' principio consagrado por vários códigos vigentes, como o alemão, § 60; italiano, art. 372; uruguáio, art. 142; chileno, art. 331, etc., muitos dos quais cominam a pena de avocar o patrão os

correm aplicadores para, nos casos controvertidos, determinar se há ou não uma preposição comercial (2).

Representação, objeto mercantil, estabilidade, exclusividade são portanto os característicos do contrato de emprego no comércio. Assim o motorista dos ascensores ou dos guindastes de armazem não é preposto porque não pratica nem coopera em atos de comércio, como também não são prepostos os guardalivros que servem a diferentes casas a um tempo ou os que prestam serviços avulsos, porque a estes falta estabilidade e aos outros exclusividade. Nesses casos, desaparece por completo a preposição comercial para deixar lugar à simples e pura locação de serviços que não está sujeita nem protegida pelas mesmas normas jurídicas da primeira.

4. — A preposição é um contrato comercial porque tem por objeto atos de comércio em sua plenitude, porque é regida por leis comerciais e tem como uma das partes, necessariamente, um comerciante.

lucros, sem responder pelos prejuizos, nos negócios feitos pelo empregado, em nome proprio ou de terceiro. A doutrina, embora nem sempre enuncie o principio, não discrepa d'ele, mesmo na França, onde a lei é omissa a respeito. Vide PARDESSUS, «Cours Droit Comm.», Bruxelles, 1842, t. I, n. 533; BOISTEL, «Cours Dr. Comm.», 4.ª ed., Paris, 1890, n. 1017; e LYON-CAEN et RENAULT, «Man. Dr. Comm.», 14.ª ed., Paris, 1924, n. 502.

2) Contestava-se, numa falência, o crédito privilegiado de um preposto, alegando-se que fôra commissário, e não empregado;— a 2.ª Camara da Corte de Appel do Rio, reconheceu a existência da preposição comercial porque o individuo em questão trabalhava privativamente para os falidos, como seu exclusivo empregado». (Acórdão de 2 de set., 1919, in «Revista Juridica», v. 17.ª; pgs. 117 e 118).

Como consequência, está sujeita à jurisdição e às regras das provas dos contratos comerciais.

Todavia há opiniões dissidentes, sobretudo na França, devido à circunstância de não ter o código de 1807 cogitado da matéria que, por isso, é regulada pelo direito civil. Ainda assim, bons escritores procuram conciliar o dissídio com a cômoda teoria dos contratos-figuras de Jano, com uma face para uma parte e outra para a parte contrária, — no caso, comercial para o preponente e civil para o preposto... Assim, o fazem Lyon-Caen e Renault (1).

5 — O proprio legislador brasileiro de 1850 reconheceu o carater inconfundível da preposição comercial, tanto assim que, ditando normas, tanto para o mandato como para a locação de serviços, apartou-as em titulos diversos, o VI e o X, regulando independentemente de uma e de outro, o regime dos prepostos, disciplinado pelo capitulo IV do tit. III, — «Dos agentes auxiliares do commercio», a par de outras pessoas que praticam atos de comércio mas que, na opinião geral, não são comerciantes.

Outras legislações porem, subordinam a preposição à seção do mandato, afastando-se do sistema iniciado pelo código espanhol de 1829, e seguido pelo nosso com louvores de Carvalho de Mendonça (1).

(4) 1) «Traité», cit., v. III, n. 521. No «Manuel», tambem cit., n. 500, reafirma o ponto de vista ali resumido, justificando a comercialidade, em relação aos patrões, pela teoria do accessório. É puramente civil, para ambas as partes, segundo THALLER, «Traité Elem. Dr. Comm.» 7.^a ed. atualizada por PERCEROU, Paris, 1925, n. 29.

(5) 1) Nisso, como em varios outros pontos, inspirou-se o nosso legislador no Cod. comercial espanhol de 1829, que, no livro I, trazia um titulo, o III, dos «Officios auxi-

6 — Nos últimos tempos, avolumam-se correntes doutrinárias visando estabelecer nítidas distinções entre o mandato e a representação, destruindo portanto o princípio de que esta é elemento essencial do primeiro. Essa tendência terá sensível importância para o contrato de emprego no comércio, tanto assim que Vivante já disciplina toda a matéria desse vínculo obrigacional sob a rubrica de «Rappresentanza», e, como varios outros escritores, afirma á face do direito expresso italiano que pode haver mandato sem representação, e vice-versa. (1)

A' luz do direito brasileiro, escrito, parece-nos indefensável a independência da representação voluntária. Ela, no sistema pátrio, é parte integrante do mandato. Tanto o Código Commercial, no artigo 140, como o Código Civil, nos artigos 1288 e 1307, exigem expressamente que o mandatário pratique os atos *em nome do mandante*. E' verdade que se poderá opor a circunstância de ter o artigo 149 do Código Commercial responsabilizado o mandante pelos atos do mandatário, dentro dos limites do mandato, «ou este obre em seu próprio nome, ou em nome do comitente». Crêa-se aí, apenas, uma presunção de direito

liarea del comércio, y sus obligaciones respectivas». Entretanto, a Espanha repudiou o sistema na reforma de 1886, como Portugal na de 1888, tendo, ambos, símiles nos códigos da Itália, Romania, Chile, México, Suíça (Cod. fed. de obrig.), etc. O nosso sistema é adotado nos códigos da Alemanha, Argentina, Uruguai, Hungria, Venezuela, etc. Um terceiro grupo de países, ou não dispõe nada sobre prepostos (França, Holanda, Grécia, Turquia, etc.) ou dispõe em leis especiais, como a Austria (lei de 16 de jan. 1910), Suécia (lei de 13 de jul. 1887 sobre registros de comércio provendo também sobre gerentes), etc.

(6) 1) O Cod. civil ital., no art. 1737, limita-se a dizer que, no mandato, uma pessoa celebra atos *por conta de*

em prol da boa fé de terceiros, cominando-se, não obstante isso, que «ficará, porem, o mandatário pessoalmente obrigado se obrar no seu proprio nome, ainda que o negocio seja de conta do comitente» (art. 150).

Assim, quando se diz que a preposição comercial resulta da aliança da locação de serviços com o mandato, neste se compreende igualmente o instituto da representação.

7. — No direito brasileiro, o contrato de emprego no comércio é regulado, como já vimos, pelo código comercial de 1850. Algumas normas do Código Civil lhe são applicaveis subsidiariamente. Outras leis especiaes têm igualmente vigencia sobre a matéria, que, no momento em que escrevemos, está às vespervas de ser disciplinada ainda por decretos do Governo Provisório, ora em estudo. Alem dos dois códigos, possuem disposições applicáveis à preposição comercial:

—Dec. n. 4.057, de 14 de janeiro de 1920 que extinguiu as classes de despachantes geraes e caixeiros despachantes;

—Dec. n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927, que consolida as leis de assistencia e proteção a menores;

outra, sem exigir, portanto, que o faça em nome desta. A letra da lei, ai, é propicia à tése a que nos referimos no texto, cuja defesa, no direito comercial, é feita vigorosamente por VIVANTE, «Tratt. di diritto Commerc.», 5.ª ed., Milão, 1922, v. I, n. 246 e seg., e ALFREDO ROCCO, «Principios de Dir. Commerc.», trad. port. de GABRAL MONCADA, S. Paulo, 1931, n. 80 e seg.

c) os falidos, a partir da declaração de falência até a primeira assembleia de credores;

d) os funcionários publicos de fazenda.

Em determinadas circunstancias, quanto à proporção no quadro de empregados de cada estabelecimento, tambem não podem ser prepostos os estrangeiros residentes há menos de dez anos no país.

9. — A restrição, quanto à idade, é geral.

Não podem ser empregados no comércio, em absoluto, os menores de doze anos, porque aos individuos que não tiverem atingido essa idade é proibido todo e qualquer trabalho no território da República, nos termos do artigo 101 do Código de Menores, ou seja a consolidação de todas as leis de assistência e proteção a menores, baixada com o dec. n. 17.943 A, de 12 de outubro de 1927.

Não é licito, ainda, tomar por empregados de comércio, como de qualquer outro serviço, os menores de 14 e maiores de 12 anos que não tenham completado a instrução primária, salvo, excepcionalmente, mediante licença da autoridade competente, quando for indispensavel para subsistencia dos próprios menores, ou de seus pais e irmãos, contanto que recebam a instrução escolar possível. (art. 102).

Em qualquer hipótese o patrão que admitir a seu serviço menores de 18 anos é obrigado a exigir deles certificado de aptidão fisica subscrito por medico que oficialmente tenha qualidade para fazê-lo (art. 105).

Os patrões que infringirem essas regras legais são passíveis de multas de 50 a 500\$, por menor que

tiver empregado, não podendo porem o total exceder de 3:000\$, e, em caso de reincidência, á multa poderá a autoridade competente adicionar a pena de prisão celular de 8 dias até três meses (art. 110).

Tambem não poderão os preponentes ocupar as raparigas de menos de 18 anos, nem os rapazes de menos de 16, na venda de quaisquer objetos ou qualquer serviço nos teatros e outras casas de diversões, sendo que a proibição relativamente aos cafés concertos e *cabarets* vai até a maioria (art. 111, «in fine»).

Essa interdição do trabalho infantil, sobretudo na indústria, corresponde a um movimento legislativo moderno que se propagou por todos os países civilizados e atende a diferentes alvos de higiene, instrução, combate ao *chômage*, preservação física e moral. Várias conferencias e convenções internacionais, e dentre ellas a de Washington, de 1919, a que se vinculou o Brasil, estudam os problemas correlativos, de modo que a adoção desse direito novo, nessa matéria como em outras, não desfavoreça os Estados pioneiros pela concorrência desigual dos que se abstêm de medidas idênticas.

Incontestado e incontestavel, o progresso juridico e social representado por essas leis, não se deve porem esquecer as condições especiais de cada país que nem sempre pode adotar, sem adaptar...

No Brasil, quando se discutia o projeto do Código de Trabalho que disciplinava tanto o industrial como o comercial, esses limites de idade foram motivos da crítica de Afranio Peixoto, que, a outros braços de cultura, renne o de estudioso dos problemas sociais. Ponderava o deputado baiano que a falta de difusão do ensino, sobretudo lóra das capitais, comprometia a disposição benéfica, transformando-a em

ponte para a vadiagem, mendicância,—senão para o crime—já que se fechava á adolescencia as portas dos estabelecimentos de trabalho. Essa opinião suscitou, na Câmara dos Dêputados, memoraveis debates com Carvalho Neto, representante de Sergipe e relator do projeto combatido (1).

A despeito da letra severa do Código de Menores, a verdade é que, frequentemente, se vêem menores entregues a fainas excessivas, mesmo nas capitais e grandes cidades brasileiras. Todavia háde se dar razão a Afranio Peixoto e reconhecer que peor seria se se entregassem ao crime, á vadiagem ou á mendicância... Nem tanto, nem tampouco:—permita-se o trabalho, mas com as cautelas que a hygiene, a de-cência e o interêsse social aconselharem, dando-se relativa elasticidade á lei expressa.

10. — Nos termos das leis brasileiras, civis e comerciais, ninguem pode commerciar nem exercer mandato antes dos 18 anos.

Evidentemente, o preposto commercial, sobretudo em certas funções específicas, pratica atos de commercio e desempenha o mandato inherente á sua actividade. Mas nenhuma lei o proíbe dos 14 aos 18 anos. E' licita a sua atuação nesse periodo da vida, porque o véto legal se refere aos atos por conta própria e o preposto só age por delegação do preponente, por conta e sob a immediata responsabilidade deste. O mesmo se dirá do mandato:—desde que o limite de idade consiste numa proteção ao menor, pouco im-

(9) 1) Esses debates hoje se acham reunidos em volume: CARVALHO NETO, «Legislação do Trabalho—Polémica e Doutrina», Rio, 1926, pgs. 90, 91, 100 e outras. AFRANIO PEIXOTO.—«Marta e Maria», Rio, 1930 (aliás impresso em Lisboa), pgs. 205 e seg.; 357 e seg.

porta que desempenhe a preposição comercial, já que todas as responsabilidades dela decorrentes vão para o patrimônio dos patrões, que, se escolherem menores, jamais poderão contra eles exercer ações regressivas, salvo o caso de emancipação. Aliás o código civil permite expressamente aos maiores de 16, mesmo não emancipados, o desempenho de mandato, sem prejuízo da proteção que dá aos menores nas obrigações civis (C. Civ., art. 1298).

Todavia, era de desejar-se que lei expressa vedasse o exercício da gerencia aos que não tivessem capacidade plena, como fazem algumas legislações estrangeiras.

11. — E' geral tambem a interdição da atividade das mulheres casadas, não autorizadas pelos respectivos maridos, porque o Código Civil dá a estes o direito de conceder, como o de revogar a autorização para exercerem profissões (arts. 233, IV; 242, VII), invalidando os atos delas praticados sem esse consentimento (art. 252). Entretanto, o defeito dos atos decorrentes do exercício da preposição mercantil pela mulher casada, não autorizada, jamais prejudicará terceiros: — só o preponente sofrerá as consequências dêles. Não poderá, por exemplo, acioná-la e fazer efetiva sobre os bens do casal a responsabilidade dos prepostos pelos danos trazidos ao preponente, segundo o art. 78 do código comercial.

A autorização marital, tanto pode ser outorgada por instrumento publico como pelo particular, inclusive cartas, mas sempre autenticados, e será presumida legalmente se a esposa se entregar ao exercício do emprego ou de outra profissão, por mais de 6 meses, fóra do lar conjugal (C. Civ., art. 247, § un.). O juiz poderá supri-la se o marido não ministrar

meios de subsistência à mulher ou aos filhos. (art. 245, II).

12. — A proibição, aos falidos, de exercerem a preposição comercial no período que vai da publicação da sentença declaratória da quebra até a primeira assembléa de credores, infere-se a *contrario sensu* do art. 40 do Dec. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929, que permite o exercício do comércio «ou qualquer indústria ou profissão» depois dessa assembléa. Justifica-se aliás pela necessidade de pôr o falido, naquele período, à inteira disposição do Juízo e do síndico, para o cumprimento dos diversos deveres que a lei lhe impõe, debaixo de pena até de prisão, garantindo-lhe todavia uma remuneração, *ex-vi* do art. 42 do Decreto citado se fôr diligente no cumprimento de seus deveres e auxiliar o síndico com lealdade e zelo, e se a massa a comportar.

13. — Já pelo interesse publico que exige dos funcionários dedicação e pontualidade no cumprimento dos seus deveres, o que se não poderia conseguir se repartissem o seu labor com o comércio, já para salvaguarda da moralidade administrativa, que necessita de ser servida por individuos independentes e sem ligações com os contribuintes, existe, para o pessoal das repartições de fazenda, a proibição de empregar-se no comércio.

A Nova Consolidação das Leis das Alfandegas e Mesas de Rendas, de 13 de abril de 1894, aliás mero ato ministerial, sem autorização legislativa—véda ao funcionário de fazenda, sob pena de demissão, o «*empregar-se em serviço comercial*», acrescentando

Waldemar Ferreira que «o texto não dá margem para qualquer duvida». (1)

14. — Quanto aos estrangeiros, não há propriamente uma proibição, mas uma limitação: em cada estabelecimento comercial, de acôrdo com o dec. n. 20.291, de 12 de agosto de 1931, sempre que houver mais de cinco empregados, somente um terço poderá ser de estrangeiros, mas se consideram equiparados aos brasileiros os que tiverem mais de 10 anos de residência na República.

Em outra parte deste livro, estudaremos mais minuciosamente este assunto.

15. — As limitações à liberdade de profissão, como as restrições à capacidade civil ou comercial, são de direito expresso, abrangem somente os casos enunciados, e, portanto, se não podem dilatar por analogia, ainda que persistam os mesmos motivos inspiradores do veto legal (1). Portanto, não se poderá sustentar que se acham proibidos de exercer a profissão de empregado de comércio, os indivíduos que, pelo Código Comercial, não podem ser comerciantes, alguns dos quais debaixo de sanções do Código Penal comum e do militar, como oficiais e praças de terra e mar, embora repugne ao senso comum o desempenho simultâneo das duas funções.

(13) 1) WALDEMAR FERREIRA, «Manual do Comerciante», S. Paulo, 1929, 3.^a ed., pg. 51.

(15) 1) WALDEMAR FERREIRA, *Op. cit.*, pg. 50, no mesmo sentido.

CAPITULO III

O Início e o fim do contrato

Instrumentos particulares — Nomeações escritas — Ajuste verbal — Meios de prova — O fim quando não há prazo fixo — Rescisão nos de prazo determinado — Publicidade — Convenções coletivas — Funcionarios do Banco do Brasil.

16. — O legislador brasileiro, no proposito de salvaguardar os interesses tanto das partes contratantes como de terceiros, sobretudo os destes, estabeleceu o principio legal de que a admissão dos empregados de comércio teria começo de prova escrita com a devida publicidade em registros competentes.

Se o cumprimento dessa exigência da lei traz inestimavel segurança para o comércio em geral, e para o publico que com ele trata, não se poderá negar que preponente e preposto viriam a ser igualmente beneficiados se precedessem ás relações entre um e outro a consignação escrita das clausulas que se outorgassem de parte a parte, evitando futuras e irritantes controvérsias acerca do «quantum» dos salários, data de início, espécie dos serviços, existência de porcentagens e outras dúvidas de que nos dão

atestado, na vida pratica, es julgados dos tribunais sobre a matéria.

Demais, o custo dessa formalidade é infimo, sujeito que se acha o ato a simples sêlo fixo e podendo ser realizado por instrumento particular, em cujo número, dada a commercialidade do contrato, se devem incluir as simples cartas missivas. Basta que essas tenham sufficiente clareza para que de seus termos se possa apreender o conteúdo da estipulação.

17. — Por lei, a admissão dos empregados de comércio se fará, nomeando-os o patrão numa carta que lhes deverá entregar antes do ingresso no serviço, para ser inscrita na Junta Commercial, que, hoje, desempenha as funções outrora cometidas aos Tribunais de Comércio.

E' isso disposição expressa do art. 74 do Codigo Commercial, attingindo «todos os feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos das casas de comércio», sob «pena de ficarem privados dos favores por este Codigo concedidos aos de sua classe».

Essa carta de nomeação, registrada ou mesmo sem registro, caiu em desuso, se é que, em algum tempo, chegou a ter uso. Todos os escritores notam esse fato que é atestado também official e officiosamente, reconhecendo-se que a pratica repudiou a lei (1).

(17) 1) Todos os commercialistas patrios, a partir do Tratado de Carvalho de Mendonça, inclusive as novas edições das obras anteriores. Vide ainda Ac. da 2.^a Cam. Corte Apel., de 3 de junho 1910, *in* Rev. Dir., v. 17^o, pg. 178; Atestado da Junta Commercial de S. Paulo, de 11 de out. 1907, no «D. Ofic.», local, de 30 de out. 1907; Aviso firmado pelo Cons. Rui Barbosa, quando Ministro da Fazenda, e o resumo dos debates na 3.^a Cam. C. Apel., no caso *Olga Andrews versus Petitjean & Co.*, *in* «A Noite», do Rio, ed. de 10 de set. de 1928.

A própria sanção legal,—a perda dos favores que o Código Comercial concede aos prepostos e que o Aviso VII, de 6 de julho de 1857 diz serem os das disposições dos arts. 79, 80, 81 e 876 § 3 (este hoje substituído por lei especial acerca de falencias),—desapareceu do direito em vigor, não só porque o Dec. n. 5.571, de 13 de novembro de 1928, declarou que «as vantagens conferidas aos prepostos de comércio independem da nomeação por escrito, a que se refere o art. 74 do mesmo Código», como por haver jurisprudência pacífica de que o privilegio do credito dos empregados nas quebras dos patrões e o uso da ação sumária para reclama-lo em juizo não se compreendem entre aqueles favores.

Entretanto, não se deve esquecer de que a exigência da nomeação escrita e seu registro nas Juntas Comerciais permanecem em pleno vigor, e, se reduzido interesse nêles têm hoje os prepostos, que, com a sua falta, nada perdem, persiste para os patrões o dever de outorgá-la antes do exercício do empregado, inscrevendo-a dentro dos 15 dias uteis após a data desses documentos, *ex-ut* do art. 10 n. 2 do Código Commercial. Não há penalidades contra qualquer das partes contratantes, mas subsiste o dever de cumprir a lei, cuja disposição, nesse ponto, é prudentíssima.

Demais, a derogação da parte final do art. 74 do Código de Comércio visou apenas proteger os prepostos, já que, representando a parte menos poderosa no contrato de emprego, não teriam probabilidade de exigir dos patrões, com segurança, a carta, resultando disso beneficiar-se o culpado com a sua omissão, o que não é suportavel pelo direito.

18. — Desse desuso das cartas de nomeação e dos contratos escritos, resultou consolidar-se nas

praças brasileiras o costume de serem os empregados de comércio tratados por ajuste verbal entre eles e o preponente, ou, em lugar deste, outro preposto que o representa com poderes de gerência, tornando-se perfeita a estipulação com o começo de exercício das funções no serviço efetivo do negócio. Entretanto, o convite, consulta ou nomeação feitas por cartas, telegramas ou meio diverso de comunicações a alguém, quando inequívocas e seguidas de aceitação expressa, ou tacita pelo exercício do cargo, crêam o vínculo obrigacional, ainda que se não estipulasse o salário, pois a preposição, como todos os contratos comerciais, não se deve presumir gratuita, nem mesmo em relação aos aprendizes.

As procurações, que, às vezes, os preponentes outorgam aos prepostos, sobretudo aos gerentes e caixeiros viajantes, raramente servem de títulos de nomeação, até porque, em geral, só se passam a empregados que, depois de uma permanência mais ou menos longa no serviço, mereceram a confiança dos chefes da casa.

19 — A falta de convenção escrita com os prepostos não os deve prejudicar nos litígios que vieram a ter com os preponentes em razão do contrato que os ligou. Admitir-se-ão todas as provas possíveis, entre as quais as presunções.

É certo que nas obrigações civis superiores a 1.000\$000 e nas comerciais excedentes de 400\$000 se não admite, por expressas disposições de leis, a prova exclusivamente testemunhal. Mas, nos contratos de trabalho, em geral, a própria natureza da prestação e os usos profundamente arraigados, muitas vezes oriundos de consideração éticas, nem sempre toleram o ajuste previo, tanto assim que a doutrina tem chegado

A própria sanção legal,—a perda dos favores que o Código Comercial concede aos prepostos e que o Aviso VII, de 3 de julho de 1857 diz serem os das disposições dos arts. 79, 80, 81 e 876 § 3 (este hoje substituído por lei especial acerca de falencias),—desapareceu do direito em vigor, não só porque o Dec. n. 5.571, de 13 de novembro de 1928, declarou que «as vantagens conferidas aos prepostos de comércio independem da nomeação por escrito, a que se refere o art. 74 do mesmo Código», como por haver jurisprudência pacífica de que o privilegio do crédito dos empregados nas quebras dos patrões e o uso da ação sumária para reclamá-lo em juízo não se compreendem entre aqueles favores.

Entretanto, não se deve esquecer de que a exigência da nomeação escrita e seu registro nas Juntas Comerciais permanecem em pleno vigor, e, se reduzido interesse nêles têm hoje os prepostos, que, com a sua falta, nada perdem, persiste para os patrões o dever de outorgá-la antes do exercício do empregado, inscrevendo-a dentro dos 15 dias uteis após a data desses documentos, *ex-vi* do art. 10 n. 2 do Código Comercial. Não há penalidades contra qualquer das partes contratantes, mas subsiste o dever de cumprir a lei, cuja disposição, nesse ponto, é prudentíssima.

Demais, a derrogação da parte final do art. 74 do Código de Comércio visou apenas proteger os prepostos, já que, representando a parte menos poderosa no contrato de emprego, não teriam probabilidade de exigir dos patrões, com segurança, a carta, resultando disso beneficiar-se o culpado com a sua omissão, o que não é suportável pelo direito.

18. — Desse desuso das cartas de nomeação e dos contratos escritos, resultou consolidar-se nas

praças brasileiras o costume de serem os empregados de comércio tratados por ajuste verbal entre eles e o preponente, ou, em lugar deste, outro preposto que o representa com poderes de gerência, tornando-se perfeita a estipulação com o começo de exercício das funções no serviço efetivo do negócio. Entretanto, o convite, consulta ou nomeação feitas por cartas, telegramas ou meio diverso de comunicações a alguém, quando inequívocas e seguidas de aceitação expressa, ou tácita pelo exercício do cargo, criam o vínculo obrigacional, ainda que se não estipulasse o salário, pois a preposição, como todos os contratos comerciais, não se deve presumir gratuita, nem mesmo em relação aos aprendizes.

As procurações, que, às vezes, os preponentes outorgam aos prepostos, sobretudo aos gerentes e caixeiros viajantes, raramente servem de títulos de nomeação, até porque, em geral, só se passam a empregados que, depois de uma permanência mais ou menos longa no serviço, mereceram a confiança dos chefes da casa.

19 — A falta de convenção escrita com os prepostos não os deve prejudicar nos litígios que vieram a ter com os preponentes em razão do contrato que os ligou. Admitir-se-ão todas as provas possíveis, entre as quais as presunções.

É certo que nas obrigações civis superiores a 1:000\$000 e nas comerciais excedentes de 400\$000 se não admite, por expressas disposições de leis, a prova exclusivamente testemunhal. Mas, nos contratos de trabalho, em geral, a própria natureza da prestação e os usos profundamente arraigados, muitas vezes oriundos de consideração éticas, nem sempre toleram o ajuste previo, tanto assim que a doutrina tem chegado

à conclusão de ser necessário atribuir-se fé às declarações de certos profissionais, que, d'outra forma, não alcançariam elementos para exigir judicialmente o que lhes é devido. Esse princípio, em relação aos médicos, por exemplo, já se pode considerar consagrado.

Certamente que a atividade profissional dos clínicos se exercita em circunstâncias diversas daquelas que rodeiam a preposição comercial, mas uma e outra, sendo variedades contratuais onde se contem a locação de serviços, encontram uma disposição comum no artigo 1.218 do Código Civil que, ao estabelecer o arbitramento para fixar as retribuições aos locadores de serviços quando não as tenham estipulado, evidentemente estabeleceu uma exceção ao princípio do rigor na prova dos contratos superiores às bases de 400\$000, no comércio, e de 1:000\$000, no civil. Além disso, o negociante, por lei, está adstrito ao registro da nomeação, ao lançamento de todas as verbas nos seus livros, a um sistema de inscrições e de publicidade, cuja falta o não deve beneficiar, acrescentando que a situação de subalternidade dos prepostos lhes impossibilita a energia de reclamar atos de segurança dos seus direitos.

20. — Vai angariando adesistas o sistema de tomar o preponente os seus empregados por meio de propostas, segundo formulas impressas de «pedidos de emprego», assignadas pelos ultimos, depois de preencherem minucioso questionário acerca de seus precedentes, aptidões, relações, pessoas abonadoras, dados fisicos e morais, etc. De posse dessas formulas e depois de obter informações favoraveis dos candidatos, o preponente os admite ao serviço, presumindo-se aceitas por ambas as partes as clausulas

impressas, relativas à economia e disciplina internas do estabelecimento, sempre que não forem contrarias à ordem publica.

Como tais, e portanto nulas, devem ter-se as em que o preposto declarar abrir mão do seu direito a ferias, ao privilégio do seu crédito na falência, ou aos favores de que tratam os artigos 79, 80 e 81 do Código Commercial, emfim aquelas em que o preponente pretender a ineficácia da proteção legal do trabalho.

Esse sistema de recrutar prepostos foi introduzido no comércio nacional por varias sucursais de casas estrangeiras, sobretudo inglêsas e americanas, e tem merecido justa adoção, ressalvada todavia a fraude à lei nas clausulas pouco antes referidas, de que já tivemos oportunidade de observar alguns casos (1).

(20). 1) Numa ação proposta perante a justiça da Bahia contra «The Texas Co. (Sth. America) Lt.» para compeli-la a cumprir o artigo 79 do Cod. Comerc., a ré exhibiu uma dessas formulas, assignada pelo preposto, onde se liam as seguintes clausulas: «Concordo em submeter-me a exame medico, quando solicitado pelo facultativo da Companhia, sujeitando-me a deixar o serviço, se o resultado não fôr satisfatorio. Em caso de admissão, se a qualquer tempo vier formular reclamação contra a Cia. por offensa fisica, comprometo-me a sujeitar-me a exame medico por 1 ou mais profissionais, à escolha da Cia., e tantas vezes quantas me for exigido, *valendo a falta ou recusa da minha parte pela renuncia a tal reclamação e desistencia de qualquer ação judicial que por acaso tenha intentado.* Caso a Cia. venha a estabelecer algum seguro contra accidentes, de acordo com a lei por ventura em vigor, concordo em aceitar tal seguro, desistindo de qualquer ação de indenização. Se vier a ser empregado pela Cia., neste ou noutro posto, concordo que tal emprego possa ser dado por terminado pela Cia. a qualquer tempo, sem responsabilidade para a mesma por ordenados ou salarios alem dos que forem vencidos até a data da terminação do emprego.»

O Banco do Brasil escolhe os seus empregados por meio de concursos periodicos, submetendo-os a um regimento interno, cuja obrigatoriedade, nos dispositivos favoraveis aos prepostos, ainda que obscuros, já foi julgada por tribunais.

21. — O fim do contrato de preposição commercial depende de ter êle praso determinado ou não. Em qualquer caso, a preposição não se poderá contratar por mais quatro anos, depois dos quais dar-se-á por finda, ainda que o contrário se haja estipulado. Evidentemente, poderá o empregado permanecer no serviço depois de quatro anos, mas fará se o quizer, não sendo cabível qualquer procedimento para compeli-lo a indemnizar o inadimplemento de clausula em que houvesse pactuado praso maior.

Assim, por força do artigo 1.220 do Codigo Civil, perfeitamente applicavel á especie, supriu-se uma lacuna do Codigo Commercial. Antes, porem, já se expuzera o principio de que se não podem contratar os serviços de alguem senão por tempo limitado, em atenção á liberdade humana, direito inalienavel e personalissimo, mas não havia um criterio seguro para estabelecer-se o praso maximo.

Essa disposição do Codigo Civil tem o fim de proteger o trabalhador,—empregado de comercio ou qualquer outro,—mas é tambem invocavel pelo preponente, que, por isso, poderá exonerar-se das obrigações resultantes de um contrato por praso maior, uma

O Superior Trib. de Just. da Bahia, mui justamente, condenou a ré, a despeito dessa clausula, de certo nula. Outra companhia, sucursal de uma das maiores produtoras de querozene e gazolina, inclui nas formulas renuncia expressa dos arts. 79, 89 e 81 do Cod. Commercial.

vez cumprido no limite legal. Deve entender-se a regra não como trazendo uma rutura fatal aos contratos de trabalho, depois de decorridos quatro anos, mas, no sentido de, após esse lapso de tempo, transformar a estipulação com praso fixo em ajuste por tempo indeterminado. E' a interpretação logica e que harmoniza o interesse publico com o das partes contratantes.

22. — A falta de estipulação de praso, equivalente à clausula de praso indeterminado, como esta, não tem por consecuencia facultar ás partes a rutura do vinculo contratual a qualquer momento. Não podem fazê-lo senão depois de um aviso previo, com antecedencia nunca inferior a trinta dias. Gosam pois as partes, na preposição comercial, de um praso de aviso muito mais longo que o prescrito para o mesmo fim pelo Codigo Civil, o qual não excede de 8 dias.

Pode succeder, porem, que o patrão seja obrigado a guardar praso maior que o de trinta dias, imposto pelo artigo 81 do Codigo Comercial. Assim acontece quando o preposto sofre acidente imprevisto e inculpado, caso em que, somente depois de esgotados os três meses, durante os quais não perde o direito à percepção dos salarios, nos termos do artigo 79 do referido código, ou depois de cessados, antes do trimestre, os efeitos do mesmo acidente, poderá o patrão participar-lhe o seu proposito de despedi-lo.

Se o preponente não faz o aviso, está obrigado ao pagamento de mais um mês, alem do salario vencido ao tempo da despedida. Pode porem o patrão exigir que o preposto se retire «in continenti» do serviço, pagando-lhe, com a remuneração já vencida, a que viria a ganhar durante os trinta dias immediatos.

Conquanto a lei o não dissesse, o abandono do

serviço pelo preposto, com inobservancia do artigo 81 do Codigo Commercial, obriga-o a indemnizar ao patrão as perdas e danos que este por ventura prove ter experimentado com isso.

Pensa Carvalho de Mendonça que, para se atender à real finalidade daquele dispositivo, deverá o preponente, além do aviso, facilitar ao preposto o tempo necessario às providencias indispensaveis à obtenção de outro emprego, permitindo-lhe sair para essas «démarches» (1) durante algumas horas, dentre as do expediente da casa.

23. — Havendo tempo prefixado à duração do emprego no comércio, a regra será naturalmente o escoamento do praso, cujo termo dará por findo de pleno direito o vínculo obrigacional. Mas, se o preposto, após esse termo, continuar no serviço do patrão, entender-se-á que persistem as condições anteriores acerca de salarios, natureza dos serviços e outras porventura existentes, porem por tempo indeterminado, de sorte que, tanto éle como o preponente, daí por diante, poderão interromper as suas relações observando as formalidades de aviso previo que já estudamos no numero 22.

Mas o Codigo Commercial, nos artigos 83 e 84, estabelece exceções àquela regra, mercê das quais preposto e preponente poderão quebrar o trato, a despeito de existir praso determinado.

24. — Não será arbitraria a inobservancia por parte do empregado sempre que se fundar em injuria feita pelo preponente à seguridade, honra ou inte-

(22). 1) *Op. cit.*, v. II, n, 469, pg. 472, nota I.

resses seus ou de sua familia (Codigo Commercial, artigo 83).

«Injúria», aí, não tem o sentido restrito em que o vocábulo é usado modernamente e que o limita a certa figura criminal de infrações contra a honra e reputação.

Se se dêsse o sentido que a palavra tem no Codigo Penal, ou mesmo no Codigo Civil (art. 1.547), o texto do Codigo Commercial teria escassa applicação e sancionaria as mais revoltantes lezões do direito dos empregados no comércio, o que se não pode supor no espirito do legislador de 1850, que, na matéria, se mostrou mais esclarecido e progressista que o da Republica, na codificação de 1916 (1).

O artigo 83 do Codigo Commercial devolveu à palavra «injúria» a significação genérica dos juristas romanos,—aquilo que se fez «*non jure*», e quiz nela compreender todas as violações do direito, ou da letra do contrato, ou da boa fé, abrangendo a universalidade das hipoteses, sem descer a casuismos limitativos e perniciosos.

Essa interpretação, unica que nos parece verdadeira, dará ao texto o maximo de elasticidade, como dêle estão a pedir os casos correntes da vida ordinaria, exhibindo variadissimas hipoteses de inadimplemento por parte dos patrões, nas quais a equidade indica o legitimo cabimento da rescisão por parte dos empregados.

(24). 1) O Projeto de Clovis Bevilacqua, no art. 1.369, trazia uma disposição identica à do art. 79 do Cod. Comerc., e outras de proteção ao trabalho (arts. 1.370, 1.379, 1.381, 1.383, etc.). Essa materia foi logo objeto de cortes parciais pela Comissão nomeada por Epitacio Pessoa (art. 1.391 e seg. do Projeto revisto) e finalmente não logrou vir a ser lei.

Creemos ter em Clovis Bevilaqua apoio valioso a essa opinião, pois, comentando o artigo 1.226 do Código Civil, escreveu que «constituem este artigo e o de numero 1.229 os mais salientes defeitos desta secção», ao passo que, «em relação aos feitores, guarda-livros e caixeiros, há, no Código Commercial, o artigo 83, que, em síntese, diz o suficiente» (2).

Não se conceberá, por exemplo, que o preposto persevere no serviço se o patrão lhe não paga pontualmente os salarios, segundo o contrato ou segundo o estilo do lugar, ou se lhe dobra o serviço. Carvalho de Mendonça, conquanto não desse ao texto o sentido que enunciamos, compreendeu o alcance de firmar essa possibilidade perfeitamente jurídica e legal da rescisão por parte do preposto que não é remunerado em dia, porque, «sendo bilateral o contrato de preposição, a falta de cumprimento da obrigação por parte de um dos contratantes justifica o não cumprimento pelo outro» (3).

Vê-se, nesse exemplo, um caso que se hade filiar aos de injuria feita aos interesses do preposto, de conformidade com a significação ampla do vocabulo, sem o que se chegaria ao absurdo de permitir a lei que alguém fosse compelido a trabalhar sem a contra-prestação estipulada.

Do que expuzemos, concluir-se-á que se não devem ter as hipoteses previstas nas alneas dos artigos 1.226 e 1.229 do Código Civil como subsidiarias dos artigos 83 e 84 do Código de Comercio, mas como já contidas, de modo geral, nestes ultimos dispositivos,

2) CLOVIS BEVILAQUA, — «Cod. Civil Coment.», Rio, 1917, v. IV, pgs. 411 e 410.

3) CARV. DE MEND., *Op. cit.*, v. II, n. 470, pg. 473, nota 5.

que, além delas, guardam espaço para todos os outros casos que juridicamente a elles se ajustem.

25. — Se bem que o emprego no comércio, em nosso Código Commercial, não fosse tratado no Título que rege os contratos e obrigações mercantis, alonga-se até elle, a nosso ver, o principio do artigo 121, ou seja a applicação das regras e disposições do direito civil para os contratos em geral.

Partindo desse principio, vigoram acerca da preposição mercantil não só as disposições do Código Civil sobre obrigações e contratos como, especialmente, aquellas referentes á locação de serviços que não forem contrarias aos dispositivos expressos do Código Commercial. Não contrariam as disposições deste ultimo as que o ampliam com a mesma finalidade ou suprem, subsidiariamente, as suas omissões, como a do artigo 1.220 que limitou a 4 anos o maximo dos prazos de locação de serviços..

E se não bastassem esses elementos de hermenéutica, vivemos num tempo em que a interpretação «praeter legem» é francamente acolhida pelos estudiosos, havendo mesmo correntes que a exaltam «contra legem», em beneficio da equidade e da ação socializadora do direito.

Por outro lado, ao tempo da elaboração do Código de 1850, o nosso direito se achava nos primordios de sua evolução, sobretudo o civil que, a essa época, era a Babel que Teixeira de Freitas, por um esforço titanico, deveria filtrar e sistematizar na «Consolidação». Eramos um povo que ainda parasitava na escravidão e praticava o trafico à sombra do Poder Publico, que fingira abolí-lo. A nossa consciencia juríca não poderia sentir, então, a dignidade do trabalho e o dever de protegê-lo eficazmente. As normas

jurídicas não se interpretam com a mentalidade do tempo em que foram elaboradas, mas com a da hora e do meio em que vive o aplicador da lei. Só isso permitiria a longevidade dos códigos franceses, através de mais de cem anos.

A aplicação do direito civil, porém, só prevalecerá quando não contrariar a letra expressa do Código Comercial, e, por isso, as soluções para o caso de inadimplemento diferem profundamente entre as relações do emprego no comércio e da locação de serviços. Assim, nos casos do art. 1.226 ns. I e II do Código Civil, o locador tem apenas direito à remuneração vencida e fica desobrigado para com o locatário, ao passo que a mesma hipótese, na preposição comercial acarreta ao preponente o dever de pagar os salários durante o impedimento. até o terceiro mês, salvo se o exercício das funções públicas foi de livre escolha.

Por outro lado, o Código Civil não é equitativo em relação aos trabalhadores que ficam sujeitos a perdas e danos se rompem o contrato e têm apenas metade do que viriam a ganhar se o patrão os despedir antes do prazo, pois, em caso idêntico, o preposto poderá pleitear a exata indenização dos prejuízos que lhe resultem, a juízo de arbitradores (Cod. Comercial, art. 82). Nestes casos, há jurisprudência reconhecendo ao preposto direito a todos os meses a vencer até o fim do contrato, excluindo-se a falência do número dos casos de força maior que poderiam desobrigar o preponente (1).

(25). 1) Um preposto fôra contratado na Alemanha para servir no Brasil, pelo prazo de 3 anos, garantindo-se-lhe ainda a viagem de volta, após esse decurso de tempo. Sobreveio a falência, e o síndico, sob fundamento de força

Entretanto, têm aplicação ao contrato de emprego no comércio as disposições que melhor assegurem a finalidade da lei comercial, lacunosa por sua propria natureza, e correspondam ao anseio social do momento presente, como as dos artigos 1.218, 1.220 e 1.227, 1.^a parte, do Código Civil. Assim, por inferencia deste Código, parece-nos que o preposto, rescindindo por injuria sofrida na sua seguridade, honra ou

maior previsto no art. 1.229 do C. Civil, pretendeu a exclusão do credito do empregado, que se habitara como privilegiado pelos salarios a vencer. A sentença favoravel ao sindico foi reformada pelo acordão seguinte que se transcreve por não ter sido publicado em nenhuma revista, apesar de conter assunto pouco estudado até agora:

"... Nos termos do art. 47 da L. n. 5.746, de 9 de dez. de 1929, os contratos bilaterais não são resolvidos pela falencia. No caso trata-se de um contrato desta natureza.—preposição comercial.

A massa, como representante do falido, está na obrigação de cumpri-lo, ou responderá por perdas e danos.

Mas, na hipotese, as perdas e danos já estão predeterminados pela estipulação do salario à razão de 750\$000 mensais e o custo da passagem à Europa, avaliada em 1.500\$000.

Liquido e incontestavel afigura-se o direito do Agravante, e por isto dão provimento ao recurso, para reformar o despacho agravado e mandar que o agravante seja admitido ao passivo da falencia como credor pela importancia de 16.500\$000.

A sua categoria sera de quirografario, por não se tratar de salario vencido, nos termos do art. 91 letra "d" n. da citada lei. Custas pelo agravado.

Baia e Superior Tribunal de Justiça, 29 de agosto de 1930. *Assinados*) Pedro Ribeiro, Pres.—Sales Moniz, Relator—E. Pondé, vencido—Alvaro de Faria—Filinto Bastos—Montenegro Junior, vencido—Paulo Teixeira—Duarte Guimarães—Arthur de Lemos—Santos Cruz—Aristides de Queiroz. (Agravado da Capital, n. 2.767, Hellmuth Siegner, Agte. e Massa Fal. de Kalkmann, Irm. Lt., Agravada.)

interesses, o contrato de emprego, poderá cumular a sua pretensão com perdas e danos, embora não conheçamos nenhum julgado pró ou contra esse ponto de vista.

26. — Pelo artigo 84 do Código Comercial, terá o patrão motivos suficientes para despedir os prepostos, sem embargo de ajuste por tempo certo:

- I) pelos mesmos motivos do art. 83;
- II) incapacidade para desempenhar os deveres e obrigações a que se sujeitaram;
- III) todo o ato de fraude ou abuso de confiança;
- IV) negociação por conta própria ou alheia, sem permissão do preponente.

A alínea segunda refere-se á incapacidade *profissional*, ou seja a imperícia do empregado nos serviços a que se obrigou, como se, por exemplo, alguém se inculcasse para guarda-livros e nada entendesse de escrituração mercantil. Já vimos que a menoridade, fóra dos casos da lei, não impossibilita o exercício da preposição comercial, e, salvo a hypothese de ter o preposto occultado essa circumstancia, não poderá o preponente valer-se dela para quebrar o contrato com o menor.

A probidade no trato dos negócios do patrão, a dedicação exclusiva de seus serviços a esses negócios, são deveres inherentes ao contrato de emprego no comércio, e, portanto, bem andou o legislador em facultar ao preponente a despedida se, a êles, é refractario o preposto.

27. — Adverte Carvalho de Mendonça que, nos casos de pretender o patrão dissolver o contrato de praso certo, só poderá fazê-lo por sentença judicial, e, portanto, deve licenciar o preposto, depositando os salários à medida que se forem vencendo até que se decida o pleito (1). Parece-nos todavia que é dispensável o depósito, a partir do dia em que foi citado o preposto para a ação de rescisão. Não há, pelos menos, base legal para essa exigência.

28. — Ao nosso direito comercial não rupugnam convenções entre patrões e empregados especialmente para o desempenho ou cooperação num determinado serviço, como, por exemplo, uma transação individual ou a introdução de certos artigos numa região, ou a montagem de sucursais, ou ainda a compra de certa massa falida para venda imediata em lotes ou a retalho. Nesses casos, a duração dos serviços está condicionada ao desempenho integral do negocio contratado, e, antes dele, não se poderá despedir o preposto, ou despedi-lo o patrão, exceto naquelas hipoteses em que um ou o outro poderiam fazê-lo se houvesse praso prefixado.

Em qualquer caso, após quatro anos, ambas as partes têm a faculdade de dá-lo por findo, ainda mesmo que o serviço se não tenha ultimado.

Já tivemos oportunidade de assinalar como uma das características da preposição comercial a estabilidade do preposto no serviço do patrão. Assim, perderia o carater de perfeita preposição o pacto para simples trabalho avulso, eminentemente transitorio, como a chamada de um guarda-livros para um balanço

(27). 1) *Op. cit.*, v. II, n. 470, pg. 473.

ou qualquer serviço outro, breve e passageiro por sua própria natureza.

29. — A lei, que prescreveu solenidade para o início da preposição comercial, ordenando que o precedesse a outorga de uma carta de nomeação para ser inscrita nas Juntas Comerciais, foi omissa acerca da publicidade do seu termo, talvez mais importante para os interesses de terceiros que a do começo. Teixeira de Freitas julgou-a dispensada por isso, mas a prudência por um lado, e a prática mercantil por outro aconselham que se torne publica, através da imprensa, a cessação do exercício das funções de empregados, sobretudo daqueles que tiveram poderes de gerência ou de praticar atos jurídicos fóra do estabelecimento. Em outra parte deste livro voltaremos ao assunto.

30. — No Brasil, por enquanto, são inteiramente desconhecidas, no comércio, as convenções ou *contratos coletivos de trabalho*, figura contratual «sui generis», cuja natureza jurídica ainda não está bem definida, apesar de estudada em dezenas de obras recentes na Europa.

Oriunda das condições económicas suscitadas pela moderna indústria e da necessidade de pôr termo à concorrência entre operários e patrões, surgiu na segunda metade do século passado, na Europa, sobretudo França, Alemanha, Inglaterra e Itália, de onde se passou aos Estados Unidos. Nos últimos anos, transborda do campo do trabalho industrial para atingir o dos empregados no comércio (1).

(30). 1) Na França, de 345 contratos coletivos comunicados à Diretoria do Trabalho, em 1920, 3 se referiam a

O Governo Provisorio no momento em que escrevemos, estuda a elaboração de uma lei sobre a materia, que, uma vez introduzida nas relações entre preponentes e prepostos, será uma das mais seguras garantias jurídicas para os ultimos.

31. — O Banco do Brasil alicia os seus prepostos por concurso publico em diversos Estados, periodicamente, e os submete a um Regulamento Interno, constituindo, por isso, com êles um vinculo semelhante ao chamado *contrato de adesão*.

Ora, o Regulamento Interno do Banco, no artigo 108, manda que os empregados sejam conservados enquanto bem servirem, fazendo da demissão, em outro artigo, o de n. 39, uma das penas applicaveis aos que mal servirem. Resultou daí entender-se, e com razão, que o Banco se obriga a não demiti-los, senão depois de provar ou apurar escrupulosamente que infringiram o Regulamento ou os deveres inherentes a preposição comercial.

Conquanto o artigo 1.220 do Codigo Civil aproveite tanto ao locador como ao locatario de serviços, só há motivos de ordem publica contra a sua renuncia por parte do primeiro, cuja liberdade é protegida por aquele dispositivo. Do contrario, illicitas e nulas seriam as disposições legais que asseguram a vitaliciedade e a estabilidade dos funcionarios das repartições publicas em determinadas hipoteses, como nulas tambem seriam os dispositivos das legislações

empregados de comercio. Em 1922, a proporção foi de 4 para 196 contratos, ou seja um progresso de perto do dobro. Veja-se CAMILLE LAUTAUD, «Les Conventions Collectives de Travail et la Loi du 25 Mars 1919», Paris, 1925, pgs. 147 e 152.

ou qualquer serviço outro, breve e passageiro por sua propria natureza.

29. — A lei, que prescreveu solenidade para o inicio da preposição comercial, ordenando que o precedesse a outorga de uma carta de nomeação para ser inscrita nas Juntas Comerciais, foi omissa acerca da publicidade do seu termino, talvez mais importante para os interesses de terceiros que a do começo. Teixeira de Freitas julgou-a dispensada por isso, mas a prudencia por um lado, e a pratica mercantil por outro aconselham que se torne publica, atraves da imprensa, a cessação do exercicio das funções de empregados, sobretudo daqueles que tiveram poderes de gerencia ou de praticar atos juridicos fóra do estabelecimento. Em outra parte deste livro voltaremos ao assunto.

30. — No Brasil, por enquanto, são inteiramente desconhecidas, no comercio, as convenções ou *contratos coletivos de trabalho*, figura contratual «sui generis», cuja natureza juridica ainda não está bem definida, apesar de estudada em dezenas de obras recentes na Europa.

Oriunda das condições economicas suscitadas pela moderna industria e da necessidade de pôr termo à concurrencia entre operarios e patrões, surgiu na segunda metade do seculo passado, na Europa, sobretudo França, Alemanha, Inglaterra e Italia, de onde se passou aos Estados Unidos. Nos ultimos anos, transborda do campo do trabalho industrial para atingir o dos empregados no comercio (1).

(30). 1) Na França, de 345 contratos coletivos comunicados à Diretoria do Trabalho, em 1920, 3 se referiam a

O Governo Provisorio no momento em que escrevemos, estuda a elaboração de uma lei sobre a materia, que, uma vez introduzida nas relações entre preponentes e prepostos, será uma das mais seguras garantias jurídicas para os ultimos.

31. — O Banco do Brasil alicia os seus prepostos por concurso publico em diversos Estados, periodicamente, e os submete a um Regulamento Interno, constituindo, por isso, com eles um vinculo semelhante ao chamado *contrato de adesão*.

Ora, o Regulamento Interno do Banco, no artigo 108, manda que os empregados sejam conservados enquanto bem servirem, fazendo da demissão, em outro artigo, o de n. 39, uma das penas applicaveis aos que mal servirem. Resultou daí entender-se, e com razão, que o Banco se obriga a não demiti-los, senão depois de provar ou apurar escrupulosamente que infringiram o Regulamento ou os deveres inherentes à preposição comercial.

Conquanto o artigo 1.220 do Codigo Civil aproveite tanto ao locador como ao locatario de serviços, só há motivos de ordem publica contra a sua renuncia por parte do primeiro, cuja liberdade é protegida por aquele dispositivo. Do contrario, ilicitas e nulas seriam as disposições legais que asseguram a vitaliciedade e a estabilidade dos funcionarios das repartições publicas em determinadas hipoteses, como nulas tambem seriam os dispositivos das legislações

empregados de comercio. Em 1922, a proporção foi de 4 para 196 contratos, ou seja um progresso de perto do dobro. Veja-se CAMILLE LAUTAUD, «Les Conventions Collectives de Travail et la Loi du 25 Mars 1919», Paris, 1925, pgs. 147 e 152.

sobre Caixas de Pensões e Aposentadorias que limitam a demissibilidade dos ferroviários, portuários e outros, depois de um certo numero de anos de serviço, aos casos de desonestidade ou culpa grave.

Certo é que o Banco do Brasil já foi levado à barra da justiça por ter demitido prepostos sem prova ou com imperfeita prova de indisciplina, e sofreu mais de uma condenação a perdas e danos (1).

(31). 1) O Dr. José Antonio Nogueira, Juiz da 6.^a Vara Cível do Rio, por sentença de 16 de maio de 1930, condenou o Banco a reparar o dano causado a um empregado despedido sob fundamento de que atribuiu fatos deshonrosos a um colega, provocando desinteligenças com este, pois, se verdadeiro, não era motivo para demissão, e, no caso, fora apurado apenas pelo relatório isolado de um inspetor, não se tendo averiguado com quem estava a razão. («Revista de Direito», vol. 98, pgs. 406 a 408).

O Tribunal de Relação de Sergipe, por acordão de 22 de novembro de 1929 (com um voto vencido, apenas) condenou o mesmo Banco a pagar os vencimentos e mais vantagens a um preposto, até ser readmitido, porque, tendo pedido uma licença por molestia e se ausentado do serviço antes da concessão, o presidente do estabelecimento o demittira «a bem da disciplina». (Rev. e vol. cit., pgs. 427 a 432).

A 3.^a Cam. da Corte de Apel. do Rio, por acordão de 6 de agosto de 1928, embora negando a pretensão do autor por haver prova de abuso, tanto assim que juntara aos autos documento subtraído ao Banco, reconheceu que «se a demissão é uma pena, o arbitrio do Presidente está sujeito à prova do abuso ou omissão do empregado». («Rev. de Direito», vol. 95, pg. 313).

CAPITULO IV

Os prepostos em relação aos preponentes

Deveres — O serviço — Zelo — Probidade — Exclusividade — Observancia das instruções — Desempenho pessoal — Prestação de contas — Sigilo — Abstenção de concorrência desleal — A clausula de concorrência.

32. — Do contrato de preposição comercial derivam para ambas as partes obrigações e direitos reciprocos e correlativos. Estudaremos neste capitulo somente as obrigações e deveres dos prepostos para com os preponentes, as quais ora resultam da lei e da essencia do contrato, ora das convenções porventura celebradas. Destas ultimas, nem todas podem ser validas, porque, em geral, as normas juridicas de proteção ao trabalho ou à boa fé de terceiros são de ordem publica e não teriam eficiencia se dessa maneira não fossem consideradas.

Da lei e dos costumes que formam a feição tipica do contrato nascem os seguintes deveres gerais do empregado de comércio para com o patrão:

- 1) prestação de serviços comerciais genericos ou dos serviços especificos convencionados;

II) zelo, pontualidade e dedicação ao serviço e ao interesse do preponente como se próprios fossem;

III) probidade em todas as relações com o preponente e com terceiros;

IV) exclusividade do serviço para o patrão;

V) observância rigorosa das ordens e instruções do preponente;

VI) desempenho pessoal;

VII) sigilo durante e depois do contrato;

VIII) inibição de quaisquer atos de concorrência desleal, mesmo depois do contrato;

IX) sujeição à disciplina interna do estabelecimento;

X) aviso previo para a despedida, na falta de estipulação de prazo.

São os Dez Mandamentos do empregado no commercio, as suas obrigações constantes e gerais, desde o gerente até o aprendiz, mas a natureza específica do serviço pode ainda determinar outras, embora algumas sejam apenas desdobramentos daquellas, que, adeante, examinaremos com minucia. As obrigações decorrentes dos pactos, em regra não excluem as que aí mencionamos, e, como podem variar infinitamente, não é possível prevê-las, nem mesmo de modo geral. Todavia registraremos rapidamente, a seu tempo, as mais comuns.

33. — Os serviços do preposto constituem a sua prestação no contrato de emprego no commercio, a sua principal obrigação positiva, de fazer, dentre dêle. As demais, ou são consequencias dessa prestação, ou

obrigações negativas, ou de não fazer, em respeito a motivos morais e jurídicos, a benefício dos interesses do preponente, e subordinadas a diversas sanções, inclusive até penas.

Ingressando no commercio do preponente, o preposto pode ser admitido sem especificação previa dos serviços a prestar, ou, pelo contrario, pode ser, desde logo, convencionada qual a especie de trabalho a fornecer.

Em qualquer caso, os serviços não de ser morais e licitos, porque não há contrato valido para atos illicitos, e a condição de objeto licito é inseparavel de qualquer ato juridico.

Hão de ser comerciais, porque a característica da preposição, é a pratica de atos mercantis pelo preposto, ou a coadjuvação deste nos do patrão. Assim o preponente não pode exigir do preposto serviços que exorbitem da atividade commercial, quer ascendam a especializações tecnicas mais ou menos tidas em estima, quer desçam ao nivel do trabalho humilde, meramente domestico, ou que faz objeto do labor de simples locadores de serviços, como o dos rapazes de ascensores, carregadores, serventes e semelhantes.

Hão de ser, tambem, praticados em nome do preponente e por conta deste, em virtude do carater representativo do preposto.

E, finalmente, não de ser exercitados dentro dos horarios prescritos pelos regulamentos do poder publico, ou, na falta dêles, segundo os usos e costumes da praça nos estabelecimentos congeneres.

Dentro dessas condições, o patrão tem pleno direito de exigir a operosidade dos empregados.

34. — Se um patrão convocando, ou admitindo, em seu estabelecimento ou nos seus negocios, um em-

pregado, não estipula previamente um trabalho especial, entender-se-á que o preposto foi tomado para todo e qualquer serviço mercantil do preponente, de que aquele seja capaz. Poderá o patrão confiar-lhe a venda nos balcões, como destacá-lo para serviços externos, ou mesmo para viagens. Se nessas condições, o preposto foi contratado por praso certo, será arbitraria por parte dêle a inobservancia do ajuste sob o pretexto de que o mudaram deste para aquele serviço.

Não há em verdade, disposição, em leis commerciais, neste sentido. Mas o direito civil, subsidiario do commercial nos contratos mercantis (1), aponta-nos o principio aí exposto e inspirado no artigo 1.224 do Código Civil: «Não sendo o locador contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compativel com as suas forças e condições».

Todavia, se um individuo exerce habitualmente apenas uma das varias especializações da preposição, — se é um guarda-livros, por exemplo, dever-se-á presumir que o negociante, ciente disso, o contratou para aquella atividade especifica.

35. — Mas se as partes estipularam determinados serviços com exclusão de outros, ou se essa exclusão era de inferir-se logicamente da referencia a

(34). 1) Cod. Com., art. 121. E, salvo casos excepcionais, expressos no código, como materia de sociedade (art. 291 «in fine»), o direito civil, como fonte, tem preferencia sobre os usos commerciais. Pouco importa que outras legislações e autores estrangeiros invertessem a ordem, pondo os usos em primeiro lugar: —aquele é o sistema do direito patrio. Veja-se CARVALHO DE MENDONÇA. *Trat.º* citado, vol. I, 2.ª edição, Rio, 1934, ns. 116, 117 e 120.

trabalhos de natureza especifica, dado o vulto dos negocios do patrão, exigindo especializações, ou se essas especializações constituíam a reputação profissional do preposto, não pode o preponente exigir que aquele, sem previo consenso, se dedique a trabalhos diversos, quer sejam ou não concomitantes com o contratado, ainda mesmo que mais facéis ou mais brandos que este.

Assim, por exemplificar, se o comerciante admite o empregado para manter a sua contabilidade, ou, a despeito de pacto, se o preposto sempre foi guarda-livros e a casa sempre teve pessoa especialmente para cuidar de sua escrita, não poderá pretender que o auxiliar tratado nessas circunstancias vá para o balcão ou para uma viagem. Mas não se devem desprezar os costumes da praça em relação aos estabelecimentos do mesmo ramo e equivalente volume de negocios. Se os usos locais exibem prepostos no desempenho de serviços estranhos aos de sua especialidade noutros lugares, não poderá eximir-se o empregado dos que lhe forem reclamados em casos identicos. Tem applicação, nessa hipotese, o principio geral do art. 133 do Codigo de Comercio sobre os contratos mercantis: «Omitindo-se na redação do contrato clausulas necessarias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e pratica em tais casos entre os comerciantes no lugar da execução do contrato». Em muitas casas de commercio, o guarda-livros é tambem encarregado da correspondencia, serviços dactilograficos, comissões junto a repartições publicas, etc.

36. — Desde que todo preposto tem algo de mandatario, em maior ou menor intensidade, deverá conduzir-se com zelo, probidade, pontualidade e dedi-

cação absolutas. E assim fará o preposto «empregando na sua execução a mesma diligencia que qualquer comerciante ativo e probó costuma empregar na gerencia de seus proprios negocios». São palavras do artigo 142 do Código Comercial, relativas ao mandatario mercantil, mas perfeitamente cabiveis á conduta dos empregados.

Por isso a negligencia com que se houverem no desempenho de suas funções os torna responsáveis para com os preponentes pelos danos daí resultantes, segundo o artigo 78 do Código Comercial que se refere á «negligencia culposa», e ás malversações, preceituando ainda, relativamente a estas, que, além da obrigação de indenizar os prejuizos, ficam os prepostos sujeitos ás sanções criminaes. Caso tipico e frequente das malversações que denunciam a existencia de elementos perniciosos e corrompidos no seio da classe caixeiral, na sua imensa maioria proba, estoica e laboriosa, é a apropriação indebita, ou seja a recusa de restituir dinheiro ou bens confiados, ou a sua applicação fraudulenta em fim diverso do prescrito (Código Penal, art. 331 n. 2 combinado com o art. 330). A's vezes, o vulto dessas malversações atinge a centenas de contos de reis, e são, quase sempre, cometidas por gerentes e por viajantes, coincidencia facilmente explicavel não só pelo contacto constante com valores exasperando a tentação em caracteres frageis, como porque exercem as suas funções longe das vistas e da fiscalização dos chefes. Vê-se pois que a desonestidade de certos empregados vai constituindo já outro risco dentre os normais do commercio, trazendo-lhe prejuizos que, somados, cada ano, representam mais de um milhar de contos (1).

(36). 1) Não é só o noticiario, ás vezes leviano, dos jornais. Raro é o volume de revista de jurisprudencia que

A previdencia, entretanto, vai aconselhando diferentes medidas aos patrões. Bancos e estabelecimentos de vulto exigem fiadores ou cauções em dinheiro para garantia da gestão de prepostos, e outras empresas de visão mais larga introduzem o *seguro contra a infidelidade*, feito, por enquanto, em companhias seguradoras estrangeiras.

Mas não respondem os prepostos pelos prejuizos decorrentes das transações por elles encaminhadas, senão alegando o patrão que agiram com dolo ou culpa, o que se não presumirá, mas deverá ser provado positivamente, pois a alea nos negocios é inseparavel do commercio. A jurisprudencia é clara nesse ponto (2).

37. — Outra consequencia do mandato contido na preposição commercial é o dever de prestar contas, sempre que o preposto tenha sob sua guarda, ou gestão, dinheiro, bens e interesses do preponente.

não traz julgados sobre apropriações indebitas cometidas contra preponentes. Quanto ao vulto, elevando-se às vezes a centenas de contos, vejão-se algumas amostras: contra a firma Carlos Weg, por Orozimbo Pimentel, de 390:000\$, em 1924, (Rev. de Direito, v. 77, pg. 100); contra o Banco do Brasil, pelo contador da agencia do Ceará, de 400:000\$, em 1927, (LINCOLN MOURÃO MATOS—«A Contabilidade no Direito», Rio, 1929, pg. 137); contra a Sociedade Comerc. e Indust. Suissa, de 301:000\$, em 1922, (Rev. de Dir., vol. 80, pg. 532); contra a Cia. Commercial e Marit. por Felix Barouck, de 220:000\$, em 1925, (Rev. cit., v. 82, pg. 122); contra «The Brazilian Meat. Co.», de 167:000\$, em 1921, (Rev. cit., v. 73, pg. 414) ... É possível que para o fato haja concorrido exemplos de impunidade, devido à fuga à sombra da afiançabilidade, que o Supremo Tribunal Federal vem sustentando a partir de 1922.

2) Acordão da 2.ª Cam. C. Apel., de 3 de junho de 1910, in «Revista de Direito», v. 17, pg. 187.

Deve fazê-lo a qualquer momento em que lhe for exigido, e, se tem credito ou interesses a haver do patrão, não poderá reclamá-los sem que, em diligencia preparatoria, corra a prestar-lhe contas, amigavelmente, ou em juizo se aquelle as recusa dessa maneira. Por isso, são improcedentes as ações que intencarem antes dessa previa providencia, segundo uma jurisprudencia constante (1).

E, desde que essa prestação de contas é dever do preposto, não se poderá isentar do processo criminal por apropriação indebita a pretexto de que o preponente o não chamou, antes, a prestá-las. Cabe a êle anticipar-se a prestá-las, e se o não fez antes, deve fazê-lo comõ defesa, mostrando em processo aparte, ou nõ proprio sumario de culpa, que de nada se apropriou, ou teve motivo legitimo para fazê-lo. Os tribunais brasileiros, em jurisprudencia pacifica, repelem a pretendida *prejudicial* de uma previa prestação de contas para que mandantes possam apurar a criminalidade de mandatarios (2). Uma interpretação contra-

(37). 1) Acordão da 2.^o Cam. da Corte de Apel., de 27 de out. de 1922, confirmando unanimemente a sentença do Dr. J. A. Souza Gomes, juiz da 5.^a Vara do Dist. Fed., in «Revista de Direito», v. 63, pg. 545; Ac. da mesma Cam. de 6 de janho de 1923 e sent. do Dr. Antonio P. Silva, juiz da 2.^a Vara do D. Fed. de 16 jun. 1923, in Rev. cit., v. 71, pg. 353 e 354; Acordãos do Superior Trib. de Just. da Baía de 29 de novembro de 1929 e de 15 de dezembro de 1930, na apel. civ. n. 443; e nos embargos civ. n. 1.271, ambos da comarca de Canavieiras; Ac. da 1.^a Cam. da Corte de Apel., de 9 de out. de 1919, confirmando unanimemente a sentença do Dr. Souza Gomes, de 22 de maio de 1917, in Rev. cit., v. 55, pg. 118 a 121.

2) M. FERNANDES PINHEIRO, «Nulidades do Processo Criminal», Rio, 1924, pgs. 37 a 44, cita mais de uma duzia de

ria viria sancionar o absurdo e a imoralidade do criminoso lucrar com a sua própria desidia ou com a sua intenção maliciosa de não cumprir um dever legal.

38. — O preposto, ainda mesmo que gerente, não tem a faculdade de se entregar ao seu livre alvedrio.

Compreende-se que, exercitando alguns deles as suas funções longe dos preponentes, obrem como lhes parecer mais acertado nos casos em que não seja possível ou pratica a consulta, ou naqueles em que a irrelevancia da materia não exija cautelas maiores. Mas, nessas hipoteses, agirão sempre de acordo com a vontade presumivel do preponente e da maneira que a este seja mais proveitosa e menos arriscada, empregando aquela mesma diligencia que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerencia dos seus proprios negocios.

Por isso, as disposições legais que se referem diretamente ao modo de cumprir-se a preposição, ou as que a isso se podem aplicar por inferencia e analogia, preceituam que os prepostos, quaisquer que sejam, são responsaveis para com os preponentes por

decisões. Acrescentem-se mais as seguintes: Supremo Trib. Fed., 25 de jan. de 1926, «Rev. de Dir.», v. 79, pg. 40, *unanimis*; idem, 3 de set. 1926, Rev. cit., v. 82 pg. 122; id., 31 de jan. de 1921, Rev. cit., v. 68, pg. 128; id. de 19 de julho de 1922, Rev. cit., v. 71, pg. 371. Há, é verdade, uma decisão em sentido contrario, tomada porem contra 5 votos vencidos, — a de 7 de maio de 1926, (Rev. cit., v. 80, pg. 532), mas parece que os Ministros vencedores votaram impressionados pelo defeito de um laudo pericial. Ainda accordo do Sup. Trib. de Just. da Baía, de 28 de abril de 1931, sustenta a desnecessidade da previa tomada de contas. (Rec. crim. da Capital, n. 814, Rect., Kurt Staar, Recdes., John Juergens & Co.).

todo e qualquer dano, não só oriundo de dolo e negligencia, senão também da «falta de exata e fiel execução de suas ordens e instruções, competindo até contra eles ação criminal no caso de malversação». (Cod. Comercial, art. 78). Além disso, a sujeição à vontade do preponente constitui uma das características do mandato mercantil, contido na preposição, pois o mandatário «é obrigado a cumpri-lo *segundo as ordens e instruções do comitente*. (Cod. cit., art. 142).

Se os serviços se exercitam sob a direção ou vigilância imediata do preponente, as ordens são verbais e o preposto está debaixo do continuo «controle» do chefe da casa. Se, porém, a natureza específica do serviço ou circunstancias especiais em que é prestado, colocam o preposto fóra das vistas do patrão, como, por exemplo, acontece aos viajantes, gerentes de sucursais e representantes fixos em praça estranha, as instruções e ordens, em regra, são determinadas pela correspondencia, remessa de tabelas de preços, e ainda, por circulares, se se dirigem a varios empregados. Outras vezes, as sucursais recebem orientações pela visita periodica de inspetores ou pela chamada frequente do encarregado à casa matriz.

39. — Tanto em nosso direito como no de varios povos cultos, a exclusividade do serviço do empregado de commercio no negocio do preponente, com abstinencia de qualquer outro, é um dos traços que assinalam o feitiço especial da preposição mercantil (1).

(39). 1) Vide notas 1 e 2 ao numero 3 deste livro. O Trib. de Just. de S. Paulo, por acordão de 28 de abril de 1931, tolerou um ato de concurrencia, mas reduziu as per-

A lei expressamente o consigna, quando, no artigo 84, n. III, do Código Commercial, inclui entre as causas suficientes para o patrão despedir o empregado, sem embargo de ajuste por tempo certo, a «negociação por conta propria ou alheia, sem permissão do preponente». Essa permissão, porem, é rarissima e, a nossos olhos, desnatura o contrato de preposição commercial, pois este requer a plena integração do preposto no negocio da casa, partilhando de perto da sorte desta e dedicando-se francamente aos seus interesses, como pessoa de immediata confiança. Só assim podem inspirar seguridade aos terceiros, que, através dele, se sentirão em contacto com o patrão.

O preposto que trabalha simultaneamente para dois patrões, além de mal servir a ambos,—porque é curial que o negocio de um deles absorverá a solicitude, o zelo e a dedicação em detrimento do commercio do outro,—traz um perigo potencial nas relações de qualquer dos preponentes com terceiros, suscitando com maior frequencia duvidas acerca de quem foi o verdadeiro representado, no caso de possível contestação, perigo tanto mais provavel quanto mais semelhantes forem os ramos comerciais dos estabelecimentos.

Em alguns codigos comerciais, como o italiano, no artigo 372, quando as operações forem do mesmo genero explorado pelo patrão, ou o argentino, art. 141, em qualquer hipotese, prescrevem que se o preposto transgredir a proibição de servir exclusivamente ao

centagens devidas a um viajante <... porque o autor tirou lucro de outros negocios que fez na mesma ocasião em que trabalhava para o reu, usando dos meios de transporte por este fornecidos>. («Revista dos Tribunais», v. 78, pg. 142 e 143).

seu chefe, perderá para este os lucros por acaso havidos, sem correlato dever para o mesmo de assumir os prejuizos (2).

E' verdade que poucos escritores destacam essa característica da exclusividade, mas alguns dos melhores fazem referencias a ela, inspirados no mesmo ponto de vista, como Vidari, para quem os viajantes que servem a mais de um comerciante « non sono altri che puri e semplice mandatarij » (3).

Não se deverá incluir entre as negociações defesas o fato de ter o preposto ações numa sociedade anonima, de cuja administração não participa. Outro tanto se dirá das sociedades por quotas que tenham outrem por socio gerente (4).

2) MANUEL OBARRIO, — « Curso Derecho Comerc. », Buenos Aires, 1924, ed. atual, pelos drs. A. Beccar, Wilmart e outros, tomo I, n. 154, justifica a disposição porque « habría peligro, y peligro grave en que los factores se dedicaran por su propia cuenta al mismo genero de negociaciones de las que son encargados, porque anteponiendo su interés personal al de sus principales, podrian cometer fraudes de facil realizacion por su parte y de difícil prueba por parte de los damnificados ». Para o direito brasileiro a proibição abrange todos os prepostos, ainda que a negociação seja estranha a do ramo do preponente e isolada. Vide CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., II, n. 463.

3) VIDARI, Op. cit., 1.ª ed., t. I, n. 308. Na última ed., a 4.ª, a frase com ligeira alteração é empregada de referencia aos representantes fixos em praças estranhas (t. IV, ns. 3614 e 3615). No mesmo sentido, VIVANTE, obr. e vol. cit., n. 282 « in fine », e LYON-CAEN et RENAULT, *Manuel* cit., n. 502.

4) No cod. com. ital. a proibição abraça não só as operações como também ter interesse em outro comercio (fare operazioni nè prendere interesse), mas, não obstante a doutrina admite que o gerente (institor) possa ser acio-

40. — A preposição comercial supõe um conhecimento perfeito da competencia,—moralidade e actividade do preposto, por parte do preponente, que nele terá de depositar a sua confiança e responderá pela má escolha, segundo o que se compreende pela *culpa in eligendo*.

Deve entender-se que a preposição comercial é sempre *intuitu personæ*, e, portanto, o preposto tem obrigação de desempenhar pessoalmente as suas funções, não podendo delegá-las à revelia do preponente, ainda mesmo que a uma pessoa idonea.

Sobre o assunto é expresso o Código Commercial no artigo 85: «Os prepostos não podem delegar a outrem, sem autorização *por escrito* dos preponentes, quaisquer ordens ou encargos que d'elles tenham recebido...» E se assim não fora, o principio, por inferencia do mandato mercantil, está firmado tambem no artigo 146.

41. — Diz-se geralmente que o «segredo é a alma do negocio», e, por isso e por outras razões de ordem moral, a lei o patrocina por meio de diferentes disposições, ora punindo a violação, ora declarando a inviolabilidade dos livros comerciais fóra dos casos taxativos e reduzidos, que enumera.

Processos desusados de venda ou de propaganda, peculiaridades de negocios, crises passageiras sobrevindas aos commerciantes, emfim incontaveis situações se podem oferecer a elles que, se fossem de conhecimento dos concurrentes ou do publico, acarretar-lhes-iam prejuizos inestimaveis. Ora, qualquer comer-

nista e comanditario de outras firmas, desde que não há desempenho pessoal. V. SRAFFA, «Del Mandato Commerc. e della Commissione», IV vol. — do Coment. al Cod. di Comm., Milão, ed. Vallardi, pgs. 98 e 99.

cio, atingindo vulto mesmo mediocré, não poderá dispensar o auxílio dos prepostos, que, necessariamente, hão de presenciar a intimidade do estabelecimento e assenhorear-se dos seus segredos, sobretudo se têm a seu cargo a escrituração dos livros ou o manejo da correspondência. Era indispensável uma sanção energica que assegurasse aos comerciantes a discreção dos seus auxiliares.

A revelação do segredo profissional por parte dêles é punida pela mesma forma porque se pune a em que incidirem os advogados, os medicos e outros adstritos por officio ao conhecimento de fatos confidentiais, de acordo com o artigo 192 do Código Penal, com a pena de um a tres meses de prisão celular e suspensão da profissão ou emprego por 6 meses a um ano. «Fora dos casos em que a lei abre exceção ao principio da não revelação do segredo, vigora este em toda a sua amplitude, como vem expresso no artigo 192 do Código Penal»,—ensina um dos mais illustres dentre os comentadores do nosso direito criminal (1), seguido, aliás, por um professor de direito comercial patrio (2).

Permanece o dever de guardar sigilo dos fatos de que teve conhecimento no serviço, ainda depois de afastado dêle e mesmo que se refiram a crimes de ação publica. Deve o preposto repelir propostas, ordens e instruções que o possam tornar partícipe e cúmplice de fatos delituosos, mas não tem a liberdade de desvendá-los, nem a propria autoridade publica no interesse da justiça. Conhece-se já um caso de con-

(41). 1) GALDINO SIQUEIRA, «Dir. Pen. Brasil.», Parte Esp., n. 156, pg. 246.

2) WALDEMAR FERREIRA, Man. do Comerc., 3.º ed., pgs. 21 e 22.

denação imposta a certo empregado, que denunciara o preponente por pratica de contrabando (3).

O dever subsiste ainda quando tendo de acionar o preponente, possa interessar-lhe a violação dos segredos da casa, pois de contrario se abriria largo viveiro à «chantage» e se abalariam a confiança e a lealdade que o preposto deve inspirar aos seus chefes.

Alem da responsabilidade criminal, o preposto que incorre na revelação está sujeito a indenizar as perdas e danos (4).

Desse dever de sigilo por sua qualidade de profissional, e da pena que se comina à sua inobservancia, decorre, como consequencia necessaria, que o preposto não pode ser obrigado a depor sobre fatos de que se tornasse sabedor ou tivesse noticia pelo seu emprego, esteja ou não no exercicio d'ela. Se, porem, o patrão arrola-lo como testemunha para dizer sobre esses mesmos fatos, entende-se que o dispensado dever em toda a sua extensão, porque o direito não tolera que a testemunha diga somente as circunstancias que interessam a uma parte, calando as que prejudicam a esta, ou que beneficiam a parte contraria.

42. — Se a lei exige no trato comercial o maximo de franqueza e boa fé, punindo estranhos que por diferentes modos praticam atos tidos como de concorrência desleal, com maior razão dêles defende o negociante contra os seus empregados. Alem disso, se a lei proibe o menos grave, ou seja qualquer concu-

3) Sentença do dr. Alvaro Berford, de 8 de janeiro de 1927, condeuando Max Irno^f por delação contra a «Siemens Schuckert S. A.», in «Arquivo Judic.», v. I, pg. 168.

4) CARV. MEND., obr. e v. cits., n. e pg. 461.

rencia, mesmo honesta, por parte de prepostos, com maior soma de motivos se deverá ter como defesa a concorrência desleal, que repugna ao direito, partida de quem quer que seja.

Até as legislações, como a da Alemanha, que punem somente a violação de segredo profissional quando cometidas por médicos, advogados e respectivos colaboradores, têm, nas leis especiais acerca da repressão da concorrência desleal, dispositivos contra os empregados de comércio e indústria que devassaram os negócios dos patrões com o designio de favorecer concorrentes (1).

O Código Penal Brasileiro cuidou da hipótese, considerando circunstância agravante do delito de ofensas aos direitos de invenção e descoberta «ser ou ter sido, o infrator, empregado ou operário nos estabelecimentos do concessionário da patente» e «associar-se com empregado, ou operário, do concessionário para ter conhecimento do modo prático de obter ou empregar a invenção» (§ único do art. 351).

Vê-se pois, dessas disposições penais, que há concorrência desleal quer os atos sejam contemporâneos do exercício do emprego, quer sejam posteriores à despedida do empregado.

As penas pecuniárias do artigo 351 do Código Penal em que incida o preposto pelo propósito de favorecer um concorrente, não excluem, a nosso ver,

(42). 1) A lei alemã sobre concorrência desleal, de 27 de maio de 1896, no § 9 al. 1.ª, pune o «Verrat», consistente na divulgação dos segredos de fábrica, como também os comerciais (Geschäftsgeheimnisse). O projeto do cod. pen. alemão, § 293, mantém o mesmo critério restrito do direito em vigor. O projeto em conjunto, teuto-austriaco de 1930, segue o mesmo caminho no § 325.

as corporais do art. 192 do mesmo código, se, para conseguir aquele fim, teve de violar segredo havido em razão do emprego.

Entre os atos de concorrência desleal se tem incluído o de anunciar ou apresentar-se o preposto ao público, estabelecendo-se ou ingressando noutra estabelecimento, como antigo empregado do preponente. Nessa hipótese, o ex-empregado parasita da propaganda e da reputação do antigo chefe, conquanto, à primeira vista, o seu ato aparente simples menção de um título comprobatorio de sua capacidade profissional. Bento Faria já externou parecer erudito nesse sentido (2), parecendo contrariar a lição de Carvalho de Mendonça sobre a matéria (3).

43. — O preposto ingressando no serviço do preponente não pode abandoná-lo dum momento para outro, ao seu livre arbitrio, trazendo embaraços e dificuldades ao funcionamento da casa, ou desamparando os negócios, que, fora dela, lhe foram confiados. A lei, expressamente, impõe um aviso com a antecedência de 30 dias, caso não exista estipulação por tempo certo (Cod. Comercial, art. 81).

Conquanto o legislador o não dissesse, evidentemente responde o preposto pelas perdas e danos apuradas e decorrentes da infração desse dever para com o patrão.

44 — Foram vistos os deveres gerais dos empregados que se fundam na lei ou na essência juri-

2) Parecer de 11 de ag. de 1920, na Rev. de Dir., v. 57, pg. 459.

3) Ob. e v. cit., nota 1 da pg. 462, citando RACHOU e a jurisprudência francesa.

dica do contracto, como condição existencial deste. Outros surgem das atividades especificas dos prepostos e ve-los-emos quando estudarmos as diferentes funções que exercitam. Mas ainda existem os deveres que defluem de obrigações convencionais e podem variar segundo as conveniencias, praxes ou caprichos das partes contratantes, admissiveis enquanto não ponham em perigo a ordem publica, a boa fé dos terceiros e lei expressa em contrario.

Dentre essas convenções, assume importancia consideravel e suscita intrincadas controversias a clausula pela qual o preposto se obriga a quando sair do estabelecimento não colocar-se em outro de determinado ramo, quase sempre congere, ou em certo lugar, ou, ainda, durante certo tempo. Esse pacto accessorio da preposição teve grande desenvolvimento na Alemanha, onde é objeto de varios estudos e se designa pelo nome de "Konkurrenzklause",—clausula de concurrencia. Foi tambem o Codigo Commercial alemão a primeira lei que, explicitamente, a permitiu, mas com restrições relativas á exaggeração do prazo, lugares, ou ao conteúdo, de modo que não trouxesse danos excessivos ao futuro profissional do preposto, sendo, em qualquer caso, nula, se ajustada com menores, e condicionada ao tempo maximo de 3 anos (§ 74). Não subsiste a clausula se o preposto se despede por causa legitima, ou em virtude de culpa do preponente, ou este o despede, salvo se o faz por motivo justo, ou, se o não tem, mas continua a pagar-lhe o salario até o fim do prazo contratual. Havendo estipulação de multa, não poderá o patrão reclamar perdas e danos, e ficará sujeito ainda as disposições civis que autorizam a redução das penas convencionais exageradas (§ 75). Entretanto, anteriormente á promulgação do codigo commercial alemão de 1897,

ainda em vigor, a jurisprudencia germanica repelia o pacto, como fizera a principio a inglesa. A propria doutrina não é uniforme, contando-se entre os oppositores nomes como o de Lotmar.

Fora da Alemanha a controversia é grande, e, na Italia, Sraffa estuda demoradamente os seus variados aspectos economicos e juridicos, e, embora contra a sua opinião pessoal, reconhece que a maioria dos escritores e tribunais pende para a admissão da clausula de concurrencia, desde que não seja absoluta quanto ao objeto, nem ilimitada quanto ao tempo. Divide êle em dois grupos os sistemas que pretendem fixar os limites de validade da clausula, e assinala que tanto o primeiro,—empirico, despido de fundamento filosofico, mas propugnado pelo codigo alemão e pelos escritores franceses e italianos, como o segundo,—preconizado por Lemberg, o grande Kohler e outros alemães, com veleidades filosoficas, não realizam a construção juridica a que se propõem. O de Lemberg está em sensível contradição com a realidade, porque considera valido o pacto desde que o preposto não fique obstado de trabalhar com o fim de lucro, segundo a natureza de suas aptidões peculiares na vida economica,—digamos suas especializações, as quais são, para o autor teutonico, a soma dos conhecimentos e disposições proprias para uma applicação remunerada, adquirida, em regra, no exercicio de uma atividade economica e por meio desse exercicio (1).

Ora, observa-se que as aptidões hauridas na pratica, ou sejam a soma dos conhecimentos e habilitações, são exatamente o que o patrão reserva na clausula

(44). 1) SRAFFA, *op. cit.*, pg. 107 e seg.

de concorrência, e, portanto os escritores do segundo sistema negam a quasi totalidade dos casos que, teoricamente, buscaram justificar.

Alem disso o principio de Lemberg descança por sobre um elemento instavel, somente fixado no momento em que a clausula se torna exequivel, não tendo portanto alcance científico e pratico para, por meio d'ele, apurar-se a validade do pacto ao tempo em que é convencionado.

Sraffa conclui por externar a sua opinião «risolutamente contraria alla ammissibilità di qualsiasi clausola di concorrenza, comunque limitata e condizionata», pois se o patrão tem justo interesse em que se lhe proteja a personalidade com a defesa do que é fruto de sua capacidade, ou de seu engenho, quando materializado em qualquer coisa de tangivel e real como segredos de fabrica, propriedade industrial, etc., não menos justo e patrocinavel é o do empregado, que tem como coisa intimamente sua o desenvolvimento de sua capacidade, o seu aperfeiçoamento tecnico, quando resultante de sua actividade pessoal, que se não pode limitar sem ofender aquella mesma personalidade (2). Admite êle que se reforcem por uma convenção as restrições legais à concorrência pelos prepostos, sobretudo tohendo-os de o fazerem deslealmente, solicitando a clientela do ex-patrão, devassando o segredo dos seus processos commercialis e industriais, etc. (3).

E parece ter razão Sraffa porque o objeto da clausula de concorrência não consiste em coisa de que o preposto possa dispor, — a sua liberdade econo-

2) Idem, pg. 111.

3) Idem, pg. 117 e seg.

mica, direito personalissimo e intangivel, no proprio interesse publico. Aliás, esse interesse publico prefe-re o maximo de concurrencia e só o não tolera quando desleal. Ora, se há concurrencia desleal o direito a reprime independentemente de convenções, e, portanto estas, para esse fim, são de todo em todo inuteis.

A nossa legislação não tem disposições expressas a respeito das clausulas de concurrencia que somente pouco a pouco vão penetrando nos costumes de nossas praças. A jurisprudencia é escassa, atestando o desuso de tais pactos no commercio do Brasil. Na doutrina, parece que temos apenas uma pagina de Carvalho de Mendonça, entendendo que «o pacto pode ser tolerado uma vez que não inutilize o futuro do preposto. Para a sua validade são essenciaes as limitações de lugar e de tempo, sendo, quanto a este, bom criterio não exceder o periodo da duração efetiva do contrato» (4).

E' sempre perigosa a clausula de concurrencia. Dificilmente,—e pelo menos ainda se não fez, formular-se-á um principio basico para as limitações. Aceito o criterio alvitado por Carvalho de Mendonça,—o periodo da duração efetiva do contrato—, o futuro do preposto estaria comprometido se a duração fosse longa. A analogia, quando muito, nos pode dar o limite de quatro anos que o Codigo Civil opoz á perpetuidade dos contratos de locação de serviços. Mas, com isso, resolvida ficaria uma só das dificuldades, e permaneceria perplexo o juiz na apreciação das limitações quanto ao local ou ao genero de negocio. Há organizações comerciais que abrangem paizes, o mundo

4) Ob. e v. cit., n. e pg. 462.

todo quase, invadindo até as nações concorrentes. Toda gente sabe que certas marcas de automoveis e de máquinas de escrever de fabricação americana se vendem na França e na Alemanha, a despeito da produção identica e acobertada pela proteção aduaneira de cada um desses paises. Ora, podia dar-se que o preponente tivesse interesse de cortar a carreira dos seus auxiliares em todo o mundo, como unico meio eficaz de eliminar a possibilidade de concorrência, o que não está longe da realidade, pois um inquerito procedido na Alemanha revelou coisas não mui distantes disso (5).

Demais o risco de concorrência desleal por parte de ex-empregados é mais frequente na industria e não no comercio. Em relação aos prepostos comerciais, para prevenir perigos remotos e mediatos, a clausula de concorrência provocaria males diretos e immediatos. E' afinal, uma prerogativa que se pretende outorgar a mais, em favor do regime capitalista e que, por isso mesmo, será uma outra das muitas fontes anonimas de odio entre as classes, engrossando a corrente que, mais dia menos dia, saltará comportas, precipitando-se para a igualdade economica, anseio cada vez mais intenso do homem de hoje, como seculo e tanto antes fôra do homem de ontem a igualdade politica.

Assim, em que peze o acolhimento que a clausula de concorrência vai obtendo mundo afora, é pre-

5) Apurou o Dr. Quark, observando 70 contratos com a clausula de concorrência, que existiam, entre eles, uns proibindo a atividade no pais todo, outros na Europa toda e ainda «no interior e exterior». Houve patrões que reservaram o prazo de 15 e até de 40 anos. (*Apud* SRAFFA, pg. 104).

ciso que seja denunciada como injurídica, antisocial e impolítica.

Os próprios escritores alemães que a toleram acentuam esse caráter de «...perigosa do ponto de vista social, porque diminui consideravelmente a possibilidade para o preposto de ganhar a vida fora do seu emprego atual e o põe por conseguinte em inteira dependência *vis-a-vis* do seu patrão» (6).

Entretanto, se se houver de reconhecê-la por válida, e como tal não a achamos, não se poderá fugir de abrandá-la com os princípios já consagrados pelo código alemão. Aliás o direito germanico permite ao patrão fazer cessar compulsoriamente a atividade do empregado violadora da «*Konkurrenzklausele*», sem prejuízo de reclamar as perdas e danos. Tal medida, se fora válida no direito brasileiro a cláusula, seria entretanto inadmissível no nosso sistema jurídico, que, na hipótese, vê apenas uma obrigação de não fazer, conversível em perdas e danos no caso de inadimplemento.

45. — O contrato de preposição mercantil é bilateral:—há direitos e obrigações recíprocas. Os preponentes têm por sua vez deveres para com os prepostos, oriundos da lei, da natureza do contrato, ou de convenção expressa. Uns e outros fazem objeto de outros capítulos deste estudo e são principalmente o pagamento de um salário, concessão de férias, prazo de aviso para a despedida, obrigação de manter o salário em caso de acidentes imprevistos e inculpadados

6) C. COSACK, «Tr. Droit Comm.», trad. fr. da 6.ª ed. alemã por LEON MIS, Paris, 1904, tomo I, pg. 168.

que não excedam de tres meses, indenização por graves danos, manutenção do estabelecimento em condições de higiene e de segurança, observancia dos horarios consagrados por lei, pelos usos, ou pelas convenções, etc.

CAPITULO V

Os prepostos perante os terceiros

Atos dentro e fora do estabelecimento
— O efeito da nomeação escrita e do seu desuso—Recibos fora da casa—Os livros comerciais—Menoridade—Excesso de poderes e atribuições—Atos illicitos—Transgressões fiscaes—Abusos dos prepostos após a despedida—Principios gerais.

46. — Ao passo que a locação de serviços estabelece um vinculo circunscrito estritamente ao preposto e ao patrão, o mandato, inseparavel dela no contrato de emprego no commercio, implica na existencia de relações mais ou menos proximas com terceiros.

Originam-se deste contacto com pessoas estranhas ao vinculo da preposição commercial incidentes juridicos de grande relevancia, muitos dos quais se não podem resolver sem dificuldades e hesitações.

Em contraste com os fatos da vida civil, os da vida commercial requerem sempre celeridade, singeleza na forma, utilização crescente do credito, emfim attributos somente possiveis com a maxima boa fé, sobre-

tudo no que respeita à dos terceiros em todos os atos mercantis.

Foi de certo em atenção a isso que a legislação de 1850, viajando nas aguas do código espanhol de 1829, estabeleceu a publicidade das cartas de nomeação dos prepostos das casas de negocio, antes do começo do exercicio de suas funções. A efetividade dessa medida legal, contida no artigo 74 do código de commercio do Brasil, equivaleria à outorga compulsoria de instrumento de mandato aos prepostos para os negocios que houvessem de celebrar ou em que tivessem de colaborar, em nome do preponente, perante terceiros. Não se poderá pôr em duvida tal efeito naqueles documentos, deante da regra do artigo 140 que equipara as cartas às procurações.

O registro da nomeação, no sistema do nosso código, tem como efeito immediato operar a responsabilidade do preponente pelos atos dos prepostos nos serviços *externos* do negocio, pois dos que realizarem portas a dentro do estabelecimento, essa responsabilidade é indeclinavel, mesmo que se não achem autorizados por escrito. «Os preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos, praticados dentro das suas casas de commercio, que forem relativos ao giro commercial das mesmas, ainda que se não achem autorizados por escrito», — diz o art. 75, acrescentando logo após: «Quando, porem, tais atos forem praticados fora das referidas casas, só obrigarão aos preponentes achando-se os referidos agentes autorizados pela forma determinada no artigo 74».

Quiz a lei forçar a observancia dessas nomeações escritas, fazendo do seu registro condição para o gozo dos favores dos artigos 79, 80 e 81 do Código, e, com isso, o resultado foi contraproducente:—durante tres

quartos de seculo, no Brasil, os empregados no commercio se viram privados dessas regalias que só há pouco tempo vieram a pleitear, de modo que a lei se não cumpriu, beneficiando-se os patrões com a transgressão.

Essa experiencia, bebida na observação dum fato reiterado por muitas dezenas de anos, leva a sustentar-se que a sanção mais eficaz e logica consiste precisamente no contrario, isto é, em presumir a lei a responsabilidade plena, independente de indagações acerca do local, se se provar o exercicio do emprego sem a nomeação inscrita no registro comercial, tolerando, porem, que a carta ou o titulo outro creador do vinculo, possa fixar limites às atribuições dos prepostos. E' o sistema abraçado pelo codigo comercial italiano, em vigor, de referencia aos gerentes, e que foi proposto à nossa legislação por Inglês de Souza, no artigo 250 § 1 do seu Projeto:

«O mandato verbal conferido ao gerente e o escrito enquanto não arquivado na Junta Commercial e devidamente publicado, presume-se geral e comprehensivo de todos os atos pertinentes e necessarios ao exercicio do commercio para que tenha sido dado, sem que o preponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que esses terceiros tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram» (1).

47. — Esse desuso das cartas de nomeação foi confessado official e officiosamente. A propria justiça,

(46). 1) H. M. INGLES DE SOUZA, «Projeto do Codigo Commercial Brasileiro», organizado de acordo com o dec. n. 2379, de 4 de jan. 1911, Rio, 1912, v. II, pg. 102. Vide ainda artigo 251.

pela voz dos tribunais, antes mesmo da promulgação do Decreto n. 5.571, de 13 de novembro de 1928, já admitia a concessão dos favores do código, independentemente do registro, ou mesmo da simples posse da carta (1).

Diz-se sempre que o uso, por mais inveterado que seja, não deroga a lei, mas é certo que o direito evolue, dinâmico, provocado pela vida da sociedade a que rege, e não há de ser a tenue cadeia de palavras de um texto obsoleto, ineficaz e caduco que o contenha, estacionário e inútil, na sua expressão nascente e primitiva. A doutrina reagiu e dentre os escritores, um pondera já que a regra do artigo 75 do Código Comercial não se poderia cumprir na generalidade dos casos concretos. Waldemar Ferreira escreveu abertamente e com muita razão que «em todos esses casos (de atividade de viajantes, praticistas e outros) se presume a autorização do preponente, a nomeação, o mandato. A prática continua do uso de não nomeação por escrito, — em que peze ao texto legal — levou a essa conclusão, não permitindo que os comerciantes tirassem proveito da sua própria culpa, engeitando negócios feitos pelos seus representantes, o que seria imoral, desde que tais negócios sejam os normais do seu ramo de comércio, dos habitualmente praticados pelos mesmos representantes, afora, é bem de ver, os casos de dolo ou de fraude». (2)

(47). 1) 3.º Cam. da Corte de Apel., acórdão de 19 de julho de 1928, unânime. Tribunal da Baía, ac. de 21 de nov. de 1930, ambos inéditos. Em sentido contrário: acórdão do Tribunal de Justiça do Pará, na apel. n. 9.229, in «Revista Jurídica Brasileira», vol. 6.º, pg. 419.

2) WALDEMAR FERREIRA — «Curso de Direito Comercial», S. Paulo, 1927, v. I, pg. 320, n. 127, «in fine».

Demais o Código Commercial, êle proprio, estabeleceu expressamente casos em que, fóra do estabelecimento, o preposto é reputado como pessoa do preponente e vincula a este sem possibilidade de excusa: «Sempre que algum commerciante encarregar a um feitor, caixeiro ou outro qualquer preposto do recebimento de fazendas compradas, ou que por qualquer outro titulo devam entrar em seu poder, e o feitor, caixeiro ou preposto, as receber sem objeção ou protesto, a entrega será tida por bôa, sem ser admitida ao preponente reclamação alguma; salvo as que podem ter logar nos casos prevenidos nos arts. 211, 616 e 618.» Ora os casos destes tres dispositivos são os mesmos em que seria licito ao preponente reclamar, ainda que fóra em pessoa receber os efeitos de commercio, pois se referem às mercadorias entregues em fardos, debaixo de coberta ou envoltorios que impeçam o exame, ou ainda descarregadas de navios sem conferencia ou contagem. Logo, o artigo 76, linhas acima transcrito, contem uma fonte de interpretação sistematica e analogica favoravel ao sentido que expuzemos como sendo o atual do art. 75.

Alem disso, se os prepostos tinham,—e hoje não têm, interesse de registrar as cartas de nomeação, aos preponentes incumbe o dever de fazê-lo, ex-vi do art. 10, n. II, do Código Commercial que não fez distincções. Repugna ao senso juridico que a omissão de um dever legal traga proveitos ao responsavel por ela.

Mas há, ainda, outra objeção:—como distinguir-se «*a posteriori*» se um ato assinado pelo preposto, em papel impresso da casa, e relativo ao negocio do preponente, foi praticado dentro ou fora do estabelecimento?

Entretanto, a lealdade na discussão manda que se confesse que a maioria dos autores, dentro e fora do

Brasil, ensina o contrario, havendo mesmo quem diga que cessam os poderes dos prepostos quando transpõem o limiar da casa de comercio (3). A jurisprudencia tambem se tem apegado ao texto, surda ás injustiças por ele geradas (4).

A observação de todos os dias atesta, entretanto, que se acha arraigada nos usos e costumes das praças brasileiras, a pratica dos comerciantes cometerem a prepostos sem nomeação escrita atos e encargos que

3) VIVANTE, op. cit., 5.^a ed., v. I, n. 280. VIDARI, op. cit., 4.^a ed., v. IV, ns. 3.640 e 3.641. CARVALHO DE MENDONÇA, op. cit., v. II, n. 490. Todavia, encontramos apoio em LYON-CAEN e RENAULT, Tratado cit., que escrevem: «... il y a là une question à apprecier selon les circonstances. Comment ne reconnaitrait-on pas le pouvoir de recevoir au commis qui se presenterait muni d'une facture, surtout si elle est acquitté, ou qui, en fait, aurait depuis de longues années reçu des nombreux paiements?» (n. 527, pg. 422).

4) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 6 de julho de 1920, na «Rev. de Direito», v. 60, pg. 84 e 85. O exagero da indagação do local para determinar a responsabilidade do preponente chega ao extremo de condená-lo às perdas e danos por atos do preposto, fora dos limites do mandato, só porque tais atos se passaram dentro do escritório, onde aliás não havia direta vigilância do patrão por se tratar do gerente. E' o que se verifica nos acordãos da 3.^a Cam. da Corte de Apel. do Rio, de 5 de dezembro e 9 de agosto de 1928, in «Rev. de Direito», v. 92, pg. 363, aliás o último com lucido voto vencido do des. Colares Moreira. Essa tendencia levaria a consagrar-se a doutrina do prof. Octavio Mendes que admite o aceite de cambiais pelos gerentes, mesmo sem poderes expressos e especiais, que, entretanto, é repelida contraditoriamente.... Se admitem a plena responsabilidade dos atos praticados por-tas a dentro, a despeito do excesso de poderes, não podem distinguir os de aceitar cambiais.

se devem realizar fora dos estabelecimentos. A consequencia desse uso geral e enraizado deve ser o reconhecimento da validade desses atos, salvo prova de conluio entre o preposto e o terceiro, ou qualquer attitude de má fé por parte deste ultimo. E essa validade deverá ser tida como indiscutivel em todo o caso concreto em que se prove que o preposto, antes, praticara atos da mesma natureza habitualmente, ou com a tacita ratificação do patrão, como se, por exemplo, este creditara quantias recebidas na conta corrente ou tivera qualquer procedimento de inequívoca significação.

48. — Desde que o preposto exerce um mandato e se reveste da representação do preponente, deverá fazer conhecer aos terceiros que age em nome deste e por este. Tratando-se de ato escrito, a menção deverá ser expressa e consignada no texto, ou, como é mais comum, por carimbos imediatamente antes ou depois de sua assinatura, ou, ainda, pela anteposição das palavras «Por F...», «P. P.», «p», abreviaturas da clausula «por procuração» ou «per procura».

Se, porem, o ato é dos que se não costumam celebrar por escrito, ou por qualquer eventualidade não o foi, a representação se presume «ex facti circumstancii», segundo o local, natureza e objeto do negocio, comemorativos, habitualidade, etc.

Acresce que, dentro da orbita dos negocios do patrão, milita em favor dos terceiros uma presunção jurídica para supor-se que os prepostos agiram por êle e em nome dele:—a de que, nos termos do art. 84, n. IV do Codigo, é defesa aos prepostos qualquer negociação por conta propria ou alheia, devendo o preponente, para salvaguarda de seus interesses e dos de terceiros, obstar-lhes quaisquer violações desse principio, para o que a lei o arma da faculdade de

despedir os transgressores, ainda quando ajustados por tempo certo.

Vivante formula o principio geral de que todo ato praticado pelos prepostos que pela apparencia pertença ao objeto do commercio do preponente, deve ser reputado feito em nome e por conta deste, salvo ao mesmo provar que o terceiro teve a intenção de celebra-lo com aqueles, pessoalmente, e no particular interesse deles (1). A lição tem inteira cabida no direito brasileiro, que sanciona regra semelhante no artigo 149 do Código Commercial. Este dispositivo não está em antinomia com o art. 150, pois a parte final deste ultimo parece se referir aos casos em que o mandatario manifeste, com o uso de seu nome pessoal, positiva vontade de obrigar-se com abstracção do comitente.

49. — E' principio vencido na doutrina que o preposto, de posse de uma fatura saldada, poderá recebê-la no todo ou em parte, mas não poderá passar quitação, de seu punho, fora do estabelecimento, considerando-se portanto que paga mal, neste ultimo caso, quem o faz contra recibo que não o da assinatura dos patrões (1).

Mas não parece exato. Receber uma importancia o portador do respectivo recibo, não é attribuição exclusiva ou privilegio do preposto:— quem quer que seja poderá fazê-lo e não é licito ao credor impugnar o documento já na posse do devedor. Ameaçada irremediavelmente estaria a boa-fé se se permittisse o contrario.

(48). 1) Op. cit., 5.^a ed., v. I, n. 274.

(49). 1) Vide notas 3 e 4 do n. 47 deste livro.

Quem paga uma fatura já quitada nem sempre tem, ou melhor, quase sempre carece de elementos para identificar a firma do comerciante e não exige que venha reconhecida por tabelião. Paga por uma presunção geral de honestidade até prova em contrario, e sobretudo porque a fatura, nota de venda ou que nome tenha a conta, enuncia exatamente a cifra devida, a porção e a especie da cousa que a motivou, a data em que se contraiu a divida, e está escrita ou dactilografada em formula impressa da casa, tendo emfim as apparencias extrinsecas de ter partido do dono desta. Presume-se que este, como todo commerciante avisado, escolhe os seus auxiliares em gente honesta e que porá á porta qualquer deles que manifeste o primeiro indicio de improbidade. Se o não faz, incide em culpa na escolha ou na vigilancia.

Ora, se se presume bom o recebimento portas a dentro das casas de negocio, há de se presumi-lo tambem bom, fora delas, se o preposto exhibe a fatura com todas as apparencias de legitimidade. Nem se diga que, nesse caso, deverá ir previamente quitado pelo proponente porque, para isso, se exige a firma sobre selo, na data exata do recebimento, e o negociante não se expõe a perder a estampilha se a conta não for honrada no mesmo dia, ou se, afinal,-- não vier a ser paga. Por outro lado, fazendo o preposto assinar, sobretudo se este é encarregado a miude de cobranças, o patrão premune-se para a todo tempo apurar com segurança e livre de duvidas quem effectuou os recebimentos, o que se não poderia conseguir se fossem confiadas as faturas já quitadas por ele proprio, creando possiveis contestações no processo de prestação de contas.

É convem repetir-se mais uma vez o que já perguntamos:—como se poderá averiguar se uma fatura

com o recibo do preposto foi assinada dentro ou fora do estabelecimento? Precaria como é a prova testemunhal, ter-se-ia o jogo de ardis com o preponente a afirmar que o fato se passou fora da casa e o cliente a sustentar o contrário.

Demais, o progresso do commercio oferece hoje recursos efficientes até contra as fraquezas do carater humano. Operam por toda a parte poderosas empresas de seguro aceitando a responsabilidade pelos desfalques e malversações dos empregados de commercio. Que os patrões façam pois o seguro contra a infidelidade, porque é um risco que tem o mesmo grau de probabilidade e pode sanar-se com as mesmas medidas de previdencia que os resultantes do fogo, do mar ou dos infortunios do trabalho.

Fora disso, ainda o patrão poderá advertir os terceiros, em caracteres de maxima legibilidade, em negrito ou em cor diferente, nas faturas, que as quitações só terão validade se firmadas por ele pessoalmente, ou por seu caixa, ou por determinado banqueiro. E' essa a pratica geral e quotidiana nos negocios das companhias de seguro, mas não impediu que uma delas fosse condenada a reconhecer como valido o recebimento do premio de uma apolice, efetuado por preposto, a despeito da clausula proibitiva (2).

Na compra-e-venda mercantil a praso, depois do regime obrigatorio da emissão de contas assinadas, há mais segurança contra esses incidentes, pois o terceiro sabe que só a posse da duplicata o exonera do debito, de modo que nem ao proprio comerciante deve pagar sem a devolução, afim de que não seja

2) Acordão unanime do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 25 de julho de 1919, na «Rev. de Dir.», v. 54, pg. 320.

compellido a repetir se por ventura o titulo se achava endossado a um banco, como frequentemente succede.

O que se não poderá contestar é que o costume de cometer-se o recebimento de quantias aos prepostos, que firmam recibos pelos patrões, está profundamente arraigado e generalizado em todas as praças brasileiras.

Outra cautela estabelece o direito em favor dos terceiros nas relações entre prepostos e preponentes: — a presunção legal de que os assentamentos lançados nos livros de qualquer casa de commercio por guarda-livros ou caixeiros encarregados da escrituração e contabilidade, produzirão os mesmos efeitos como se fossem escriturados pelos proprios preponentes.

Se assim não fora, o commerciante menos escrupuloso poderia fugir à prova fornecida pelos seus livros sob o pretexto de erro, negligencia, confusão ou qualquer falta por parte dos seus prepostos. E' uma presunção que não admite prova em contrario, — «*juris et de jure*», em relação a terceiros, subsistindo mesmo invocavel pelos prepostos na delesa de seus direitos, resalvada todavia a prova de ma fé do guarda-livros em seu proprio proveito, o que a equidade e o sentimento do repulsa do direito para com o doio aconselham a estender-se ás hipoteses nitidamente provadas de conluio entre o mesmo guarda-livros e terceiros em detrimento do patrão.

50. — Em outra parte, vimos a possibilidade dos menores de 21 anos, maiores de 14, exercerem a preposição commercial e quais as limitações que a lei opõe.

O Código Comercial não fixou a idade mínima, nem mesmo para o exercício da gerencia, como também não exigiu que o mandatario fosse capaz, o que fizera a sua principal fonte, o código espanhol de 1829, no artigo 173: «Ninguno puede ser factor de comercio, si no tiene la capacidad necesaria con arreglo à las leyes civiles para representar à otro, y obligarse por él». (1)

Poderia concluir-se daí que a legislação imperial tivesse o fito deliberado de permitir a gerencia ou feitorização aos menores, eliminando assim do texto esse preceito da fonte, que, noutros assuntos, é de todo aproveitada e até literalmente traduzida.

Entretanto não se deverá olvidar que a codificação de 1850 teve acentuado proposito de ser mais concisa e menos casuista que o seu modelo, tanto assim que faz remissões frequentes a disposições analogas, mandando que sejam applicadas as de um instituto a outro, de preferencia a descer a minucias e repetições (2). Por outro lado, o nosso direito civil, àquella epoca, se achava em estado caótico e é crível que se aguardasse o regime legal e geral da capacidade no código prometido pela Constituição de 1824 e que, poucos anos depois, seria contratado com Teixeira de Freitas,

As legislações estrangeiras, na sua grande maioria, exigem expressamente para o desempenho da gerencia a capacidade commercial ou a civil. No direito

(50). 1) Servimo-nos da ed. official do Cod. Esp., de 1829, de L. Amarita, Madrid, 1829. A trad. francesa de Saint-Joseph, «Concordance entre les Codes de Comm. etrang.», Paris, 1851, geralmente usada, é infiel.

2) Cf. arts. 86, 98, 118, 190, etc.

brasileiro, o caso há de ser encarado diversamente. Já vimos que não há disposições expressas. Não é possível, nem será justa, a aplicação, por inferencia, do artigo 1, alínea III do Código Comercial, que só permite o comércio aos maiores de 18 anos devidamente autorizados, nem tampouco a invocação do art. 129 n. 1 do mesmo código que declara nulos os contratos comerciais celebrados entre pessoas inabéis para contratar. E não será possível nem justo, porque não é comerciante quem pratica atos de comércio em nome e por conta de outrem, nem se aprecia nos contratos a capacidade dos intermediários, mas somente a daqueles em cujo nome se estabelece o vínculo.

A solução há-de ser o apelo à lei civil, e, no caso, a regra do artigo 1.298 do Código Civil acerca do mandatário menor: «... o maior de 16 anos e menor de 21 anos não emancipado pode ser mandatário, mas o mandante não tem ação contra ele senão de conformidade com as regras gerais applicaveis ás obrigações contrahidas por menores».

Ora, aqui o que nos interessa principalmente é apurar os efeitos da menoridade na gerencia em relação a terceiros:—diante do texto reproduzido acima não pode haver duvida alguma de que os patrões respondem plenamente para com esses terceiros se escolherem para gerente, ou cometerem atos de representação a um menor. Se males há nisso, só o patrão os suportará.

Não é outra, aliás, a solução dos escritores italianos em relação ao mesmo problema, ensinando que a capacidade dos prepostos é indiferente, desde que o veto legal aos atos dos menores é instituída em favor deles, que não correm perigo desde que todos os contratos que celebrarem obrigarão aos preponen-

tes e não aos mesmos, pessoalmente. O patrimônio atingido será o dos patrões e não o deles (3).

Poderá acontecer que um menor, no exercício da gerencia dos negócios do patrão, exceda os poderes traçados pelo mandato ou pelo art. 145 do Código Comercial. Ora, como veremos mais adiante, o excesso de mandato exonera o mandante, vinculando pessoalmente o mandatário. Mas se o gerente é menor? A nosso ver, ter-se-á que fazer uma distinção. Se as restrições do mandato eram do conhecimento do terceiro, este não podia alegar ignorância porque o instrumento se achava registrado na Junta Comercial, e, assim, devia queixar-se de si próprio e abster-se de pleitear a responsabilidade do preponente. Em caso contrario, responda o patrão pela temerária escolha. Ha todavia valiosa opinião em sentido diverso (4).

51. — Casos existem em que o preposto se vincula pessoalmente, a despeito de pretender vincular o patrão.

O excesso de poderes é um deles. Considerado mandatário, dentro dos limites do mandato, isto é, das atribuições que se cometem comumente aos de sua classe, nas casas do mesmo genero, ou dos poderes expressos se por ventura portador de uma procuração, o preposto, se os transpõe, se excede esses poderes, já não será tratado como o mandatário, mas como quem se obrigou pessoalmente. Se não exhibe docu-

3) VIDARI, op. cit., n. 3.410. Todavia, no numero immediato, recorda o art. 1.743, ital. VIVANTE, v. I, n. 252.

4) Op. loco cit., «in fine».

mento que prove estar autorizado ou lhe ter sido ratificado o ato, se não prova pelos meios de direito que era habito aprovado ou tolerado pelo preponente praticar outros atos da mesma natureza, sofrerá a sanção de responder pessoalmente, sem que se possa exonerar. Há de se aplicar, por analogia, à falta de disposições especiais, as regras dos artigos 149 e 151 do Código Comercial, ambos harmonicos com o art. 1.297 do Código Civil.

E é sempre possível que o terceiro apure a responsabilidade do preposto, sobretudo se suceder que a solvabilidade daquele sobrepuje a do patrão.

Também responde pela incapacidade do preponente se contratou em nome deste com terceiros que a ignoravam, salvo se essa incapacidade foi superveniente e o preposto não tivera noticia dela, caso em que deve ainda praticar «os atos sucessivos que forem consequencia dos primeiros e necessarios para o implemento do mandato». (Cod. Comercial, art. 160).

Deverão incluir-se ainda os atos criminosos que não tenham direta ligação com o commercio do preponente. Se, por exemplo, o preposto calunia ou fere alguém, ainda que dentro do estabelecimento, mas sem nenhum nexó com o negocio deste e por méra coincidência, é certo que a responsabilidade civil que desses fatos se origina se não comunica aos patrões (1).

Mas essa responsabilidade «in delinquendo» sujeitará o preponente às suas consequências para com terceiros nos delitos que tenham por causa, objeto ou movel, o commercio da casa ou para os quais esse commercio oferecesse oportunidade ou meio de exe-

(51) 1) PONTES DE MIRANDA, «Das obrigações por atos ilícitos», XVI.º v. do Man. do Cod. Civ. dirigido por Paulo Lacerda, tomo III, n. 261.

cução. Tais seriam as hipóteses de crimes contra as marcas de fabrica e de commercio, falsificações de efeitos mercantis por funcionarios de bancos e outras.

52. — Visto que sofrem os preponentes pela atividade criminal do preposto, bom é que se fixem os limites dessa responsabilidade. Em regra, os atos ilícitos dos empregados de commercio vinculam os seus patrões nos termos do artigo 1.521 n. II do Código Civil: — «São também responsaveis pela reparação civil: . . . O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, *no exercicio do trabalho que lhes competir, ou por occasião dele*».

A responsabilidade estabelecida nesse dispositivo abrange as pessoas juridicas que exercem exploração industrial, ainda esclarece, a nosso ver desnecessariamente, o Código, no artigo immediato, preceituando também que o patrão só será passivel dela provando-se que concorreu para o dano por culpa ou negligencia de sua parte.

Tanto a doutrina como a jurisprudencia ampliam justa e logicamente o conceito da culpa nesse dispositivo, e, ora a reconhecem pela falta de escrupulosa escolha do preposto, — *culpa in eligendo*, ora a surpreendem pela negligencia do patrão em fiscaliza-lo, tê-lo sob as suas vistas e sob a sua disciplina, — *culpa in vigilando*.

A antinomia entre os artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil deve ser resolvida pela preponderancia do primeiro, não só porque este firma um principio de presunção, que é meio de prova (C. Civ., art. 136 n. 5) como porque assim melhormente se lhe asseguram a finalidade e a utilidade social. Outra não é orientação professada neste assunto por nomes como o

de um Clovis Bevilaqua (1) ou o de um Pontes de Miranda (2).

Note-se que não é só a doutrina do direito civil que assinala o dever de vigilância imposto aos patrões sobre os seus empregados. Num comerciante dos mais ilustres se encontram estas palavras: «Il commesso gli serve (ao patrão) di aiuto *trattando col pubblico sotto la sua vigilanza*» (3). O ato ilícito por si só leva à presunção de que se não observava em torno dos empregados vigilância permanente e de que não houve rigoroso escrupulo na sua escolha.

Pouco importa que a nomeação do preposto fosse feita por outro preposto,—o gerente. Pouco importa a ausencia do preponente. Subsiste sempre a responsabilidade do patrão, que, com os poderes de gerencia, transmite do mesmo modo os seus deveres de bem escolher e, mais, vigiar.

53. — Poderá dar-se que o patrão «empreste» o seu empregado, isto é, que o ponha momentaneamente a serviço de outro.

Quem será o responsável pelos seus atos danosos durante esse interregno, o preponente ou a pessoa a quem este o confiou?

Não se devera indagar quem o remunera, mas tão somente quem tinha, no momento do ato ilícito, o poder de dar instruções e de se fazer obedecer, e

(52) 1) CLOVIS BEVILAQUA, op. cit., coment., ao art. 1.521, v. V, pg. 285 e 288.

2) PONTES DE MIRANDA, op. cit., ns. 174 e 182.

3) VIVANTE, op. cit., v. I, n. 278.

consequentemente a obrigação de vigiar (1). Pontes de Miranda, que assim formula essa regra, entende que é ela extensível à hipótese de ter o preposto um patrão momentaneo, estranho, dentro da casa do patrão ordinario:—é porem um perigo para os direitos de terceiros, que, facilmente, serão ludibriados com os testas de ferro mais ou menos insolvaveis, nos conluos com os preponentes.

54. — Se o patrão é responsavel civilmente para com terceiros pela criminalidade dos seus empregados que tenha direta ligação com os atos e relações de seu comercio, ou por ocasião dele, com maior soma de motivos é responsavel tambem para com a Fazenda Publica pela transgressão de deveres fiscais.

Falsas e maliciosas declarações para os efeitos de desembaraço de mercadorias nas alfandegas e mesas de rendas, ou para base do imposto de renda, ou de industrias e profissões, infrações dos regulamentos de vendas á vista ou a praso, ou do selo adesivo, acarretam iniludivelmente para o comerciante as penas dessa legislação especial, ainda que os fatos motivadores fossem de pura autoria dos prepostos, talvez não desejada nem consentida pelos preponentes.

Pouco importa, por exemplo, que o preposto, lavando por meio de agentes quimicos uma estampilha usada, houvesse cometido um crime e este seja pessoal para os efeitos penais: -responderá o preponente pelas sanções administrativas, quase sempre constituídas por multas. Basta, para isso, que a estampilha fosse aplicada ao expediente da casa.

(53). 1) PONTES DE MIRANDA, op. cit., n. 243.

Em algumas legislações, como na da Argentina, esse principio vem consignado expressamente no Código de Comercio (art. 143).

55. — O Código Commercial Brasileiro, que tanto se desvelou com o regime de publicidade dos atos da vida mercantil, não dispoz regra alguma especial acerca da cessação do contrato de emprego no commercio, que, para terceiros, tem mais importancia e maiores consequencias que o proprio inicio. Exigiu que a carta de nomeação fosse inscrita nos Tribunais de Comercio, hoje Juntas Comerciais, e não previu, expressamente, o seu cancelamento, como fez em materia de registro de sociedades e em outros casos.

Ainda no regime imperial, um lustro após a promulgação do Código, surgiu um caso concreto que devera ficar memorado até os nossos dias. Nesse incidente, a Relação da Corte firmou o principio de que o dono duma casa comercial que incumbir a um caixeiro a compra ou venda dos generos de seu negocio, despedindo-o sem participação ao commercio em geral, nem annunciando, é responsavel pelo que o mesmo preposto comprar posteriormente à saída, não provando que o devedor tivera ciencia desta (1).

Essa decisão incidiu na censura de Teixeira de Freitas, porque, aos olhos do grande civilista, «nenhuma lei, para despedir-se prepostos de commercio sem prejuizo da responsabilidade ilimitada por ulteriores abusos dos despedidos, exige essa *participação ao commercio*, ou esse *anuncio* a que, arbitrariamente

(55). 1) Ac. de 4 de agosto de 1855, na apel. de Ant. Marques Lameira, apte. e J. H. Gerardot, apdo., na «Jurisprudencia dos Tribunais», de Dr. MANOEL SILVA MAFRA, Rio, 1868, t. 1, pg. 244.

obriga o atual acordão; sem lembrar-se do artigo 179^o § 1 da Constituição do Imperio e *ad instar* do disposto no artigo 338 do Código sobre *distrato de sociedades*». Carvalho de Mendonça, que reproduz esse trecho do jurista baiano, concorda com a observação da ilegalidade da exigencia, mas aconselha o seu cumprimento como de «simples conveniencia do comerciante, para evitar duvidas e incomodos futuros», atestando aliás a frequencia do uso de avisos dessa natureza nos jornais (2).

A nosso ver, o silencio da lei, aí, não é uma dispensa tacita de cancelamento da nomeação, ou de qualquer publicidade em relação ao termino do emprego, mas uma das chamadas lacunas do direito commercial, supriavel pelas disposições analogas no sistema do código, pelas do direito civil e pelos usos e costumes mercantis. Ora, no código commercial, não só a outorga do mandato como a sua revogação, devem ser registradas nas Juntas do domicilio do mandante e do mandatario, dispositivo esse que tem simile no artigo 1.318 do Código Civil que preceitua que «... a revogação do mandato, notificada somente ao mandatario, não se pode opor aos terceiros que, ignorando-a, de boa fé com ele contrataram» (3). A harmonia dessas disposições de direito civil e commercial na materia ensina que, na consciencia juridica nacional, aquele que concede poderes ou qualidade a outrem para praticar atos em seu nome, cassando a representação, continua responsavel se não providen-

2) Op. cit., v. II, ns. 471 e 472.

3) Vide doutrina cit. no ac. do Supremo Trib. Fed., de 12 de abril de 1922, «Rev. do Sup. Tr. Fed.», v. 41, pg. 157.

cia para que terceiros não sejam ilaqueados em sua boa fé. E tanto isso é verdade que está profundamente consagrada pelos usos e costumes das praças de commercio o aviso, nos jornais, sempre que os negociantes despedem empregados que habitualmente tratavam com terceiros. E', demais, uma cautela simples, de custo insignificante, tendo a virtude de evitar males consideráveis.

Aliás, não fique esquecido que as leis não se interpretam pela mentalidade dos que a elaboraram, mas pelo sentido atual, emprestando-se aos legisladores a intenção de prover as necessidades presentes tanto que as previssem. As praças de commercio do Brasil, ao tempo da discussão e votação do Código Commercial, ou seja quase um seculo atrás, eram, em ponto grande, como as feiras sertanejas, onde todos se conhecem. A propria metropole não passava de aldeia grande, e é possível que, àquele tempo, a despedida de um preposto de confiança fosse noticia que circulasse rapidamente de boca em boca, na sociedade restrita. Hoje, os tempos são outros. Nas grandes cidades comerciais brasileiras, ou mesmo nas capitais dos estados, já se não hade supor que a rapida difusão de uma noticia se possa conseguir por outro meio que não o da publicidade da imprensa.

Assim, não hesitaremos em dizer que, ao despedir um preposto com poderes de administração ou encarregado de serviços externos, o commerciante está no dever juridico de avisar a praça em geral, pela imprensa de maior circulação, ou, pelo menos, por circular dirigida aos estabelecimentos perante os quaes era costume servir o ex-empregado de intermediario, e, se o não faz, julgar-se-à que tinha bastante confiança de que este não abusaria de seu nome e de sua

antiga confiança, sujeitando-se portanto às consequências de errada e má apreciação.

56. — Ficaram vistas aí as principais regras e efeitos jurídicos da preposição comercial em relação a terceiros, e o que foi dito se completará com outras, especiais, acerca de cada figura típica de preposto, sobretudo os gerentes, guarda-livros, representantes fixos em praças estranhas e viajantes.

Entretanto, por serem gerais, nem sempre poderão prever os leves matizes dos casos concretos, a solicitar do aplicador da lei análises que variam de hipótese a hipótese.

Um juiz, em qualquer caso, não deverá esquecer que a rigidez dos princípios legais cede a outros princípios, jurídicos, universais, indiscutidos. Terá sempre em mente que:

— uma ratificação, mesmo tacita, convalida a responsabilidade do preponente nos casos em que o preposto não podia vinculá-lo;

— a prática de atos idênticos, autorizados ou simplesmente tolerados pelo preponente, vale por um mandato tácito para todos os atos da mesma natureza;

— o proveito que o preponente usufruiu de um ato estranho à capacidade do preposto e detrimtoso a terceiro o obriga para com este na medida do que lucrou, pelo princípio do que deve ser resarcido todo locupletamento indevido.

CAPITULO VI

As diferentes especies de prepostos

Classificação--Sedentarios -- Externos
-- Despachantes-- O Caixa-- Serviços de
embalagem -- -- Viajantes-- Representantes--
Funcionarios de Bancos-- Aprendizes--
Pracistas-- Os interessados.

57. — Os prepostos formam um grupo dos agentes auxiliares do commercio, sujeitos às leis comerciais relativamente aos atos que nessa qualidade praticarem. Mas o contrato de preposição commercial nem sempre é uniforme, pois apresenta variedades segundo a natureza das funções, o carater juridico das mesmas, e outros pontos de differenciação.

Vimos que ora prepondera, nêle, o mandato, ora a locação de serviços, sem que qualquer um desses contratos exclua completamente o outro, e essa observação servirá, mais adiante, para distinguir duas grandes classes de empregados no commercio.

a) os gerentes, ou prepostos administradores;

b) prepostos especializados, sem poderes de administração;

Os gerentes, prepostos como os outros, apre-

sentam o tipo em que o mandato se caracteriza com mais nitidez. Por isso, Vidari escreveu que o gerente é, por excelência, «*um instrumento juridico*» e os demais, principalmente, «*instrumento tecnicos*», só reconhecendo a estes ultimos a face de mandatarios quando entram em relações com terceiros (1.)

Atendendo ao carater especial do gerente e aos problemas que sua atuação suscita, estudá-los-emos em capítulo á parte, o que faremos tambem com os guarda-livros. Vejamos os prepostos especializados.

58. — Desde que o mandato em relação aos prepostos despidos de poderes de gerencia, em geral se retrai para deixar maior logar á locação de serviços, êles são sobretudo cooperadores dos negociantes, coadjuvadores, ainda que, às vezes, possam estar à frente de serviços autonomos, dentro dos quais tenham raio de ação relativamente amplo. E' o caso dos chefes de contabilidade, ou de propaganda, ou de correspondencia, emfim de serviços especializados nos estabelecimentos de vulto, onde cada função tem a sua organização autonoma.

A despeito, porem, dessa autonomia sempre relativa, êles não são gerentes, porque não têm mais que limitada representação da firma, nem, para caracteriza-los, a administração geral dos negocios do estabelecimento, ou, ao menos, a de um estabelecimento secundario.

No primitivo commercio não poderia haver espe-

(57). 1). A expressão é feliz e BENTO FARIA, deveria reproduzi-la, atribuindo-a a MENDES MARTINS, «*Estudos de Direito Commercial*», pg. 74, Coimbra, 1896. Mas a verdade é que VIDARI, na 1.ª ed. do «*Corso*», (1877) já a havia empregado no n. 293, pg. 295 e ainda pg. 402.

cialização entre os empregados, como ainda hoje não a têm os estabelecimentos modestos. As funções confundiam-se no serviço comum, mas o progresso dos nossos dias cada vez mais impõe a divisão do trabalho e exige, dentro de cada departamento, o maximo de eficiencia tecnica.

Essas especializações, porem, não fornecem um elemento de todo seguro para a classificação dos postos.

Dividem-nos geralmente em sedentarios, viajantes, despachantes, isto é, caixeiros despachantes, e aprendizes, compreendendo os primeiros todos aqueles que tem exercicio portas a dentro das casas de negocio.

Estabelecida a separação das duas grandes classes, a que nos referimos no paragrafo anterior, conforme tenham ou não poderes de gerencia, parece-nos preferivel dividir os ultimos em cinco grupos:

1) SEDENTARIOS, abrangendo os seguintes sub-grupos:

a) funcionarios de escritorio, dentre os quais guarda-livros, contadores, faturistas, stenografos e dactilografos, archivistas, correspondentes e todos os auxiliares de serviços analogos, como os que se dedicam aos serviços bancarios que aqui ficarão compreendidos;

b) caixeiros de balcão;

c) chefes, apontadores e demais encarregados de depositos, armazens, postos de guarda, recepção ou expedição de efeitos mercantis;

d) os Caixas;

e) encarregados dos serviços de *embalagem*, classificação, expedição e exame interno de mercadorias.

II) ENCARREGADOS DE SERVIÇOS EXTERNOS NA MESMA PRAÇA, abrangendo também subgrupos:

a) despachantes aduaneiros privativos de uma casa;

b) encarregados de serviços juntos a repartições e estações marítimas, terrestres, fluviais e aéreas de transporte;

c) «pracistas», cobradores, vendedores, propagandistas e semelhantes;

d) encarregados de sindicâncias, informações confidenciais para cadastros, estatísticas ou almanaques comerciais e semelhantes.

III) VIAJANTES, com os seguintes subgrupos:

a) inspetores de filiais;

b) vendedores com mercadorias;

c) angariadores de pedidos com amostras, ou sejam os mais comuns;

d) compradores itinerantes;

e) propagandistas.

IV) REPRESENTANTES FIXOS EM OUTRAS PRAÇAS,

V) APRENDIZES OU PRATICANTES.

59. — De todos os empregados sedentários o mais interessante sob o ponto de vista jurídico é o guarda-livros que será estudado em outro capítulo.

Nas casas de grande movimento o pessoal do escritório é numeroso e, naturalmente, especializado. Por outro lado, determinados comercios e negocios

se exercitam exclusivamente em escritórios, como, por exemplo, acontece com os estabelecimentos bancários. Não há dúvida de que os empregados de bancos são prepostos comerciais como quaisquer outros, desde o gerente de uma agência até o mais simples dactilógrafo.

Os funcionários do Banco do Brasil, não obstante os interesses e a intervenção do Governo Federal nesse estabelecimento, também são prepostos comerciais, sujeitos às mesmas regras jurídicas e à mesma jurisdição, salvo as convenções por acaso existentes entre eles e a casa. Já houve oportunidade de controverter-se esse assunto, firmando a jurisprudência a orientação que aqui deixamos exposta (1).

60. — Os empregados de balcão, na linguagem comum e na do Código, são designados pelo nome de «caixeiros».

Cabe-lhes a efetiva realização das vendas e solução de todos os incidentes normais que elas suscitam, inclusive o recebimento do preço, salvo a hipótese de haver outro preposto especialmente para esse fim, — o «Caixa».

De portas a dentro do estabelecimento, obrigam o patrão pelos negócios e atos que praticam ou que

(59). 1) Um empregado do «Banco do Brasil» se apropriara indebitamente de 36 contos, motivo porque foi processado pelo juiz municipal de Manaus, onde se passou o fato. Quiz a justiça federal avocar o feito, alegando os interesses especiais da União naquele estabelecimento, mas o Supremo Tribunal Federal, por acórdão de 30 de agosto de 1920, em que foi vencido PEDRO LESSA, resolveu o conflito de jurisdição, suscitado pelo Procurador da República, reconhecendo a competência da justiça do Estado do Amazonas. (Revista Jurídica, v. 23.º, pg. 137).

é de uso praticarem os de sua condição em casas analogas. O art. 75 do Código Commercial não deixa duvida acerca da responsabilidade dos patrões por esses atos, ainda mesmo que não haja nomeação escrita.

Pelo consenso mais ou menos unanime dos escriptores, podem vender, perceber o pagamento do que venderem, fazer abatimentos razoaveis, dar amostras, aceitar devolvida ou por troca a mercadoria já vendida, assumir o compromisso de expedição à residencia do freguez, se tal é uso das casas do mesmo genero. As limitações a essa faculdade devem ser ostensivamente comunicadas ao publico por avisos nos lugares mais visiveis da casa, tais como os que comumente se vêem de «Preços fixos»; «Pagamentos só no Caixa», «Não se trocam mercadorias vendidas», ou o classico e pitoresco «Fiado só amanhã» das tabernas populares.

A' falta de disticos desse genero, será valida a atuação do preposto em relação aos terceiros, salvo os casos em que o bom senso indica solução contraria, como o de devolução de mercadoria da qual fosse retirado o selo.

As notas de venda, nas operações á vista, e a praso uma vez passadas pelo preposto, em material de expediente da casa e por ele assinadas, tornam perfeitos e acabados os contratos respectivos, vinculando os prepónentes ás condições de preço, praso e coisa.

61. — Junto aos estabelecimentos, ou, como é mais comum, em instalação à parte, os negociantes de vulto, ou os que negociam por atacado, ou em generos de exportação, mantem armazens, depositos, postos de guarda, recepção, beneficiamento e

expedição das mercadorias. São prepostos os chefes, apontadores, escriturarios e demais empregados desses serviços, exceto, naturalmente, aqueles que desempenham meros trabalhos materiais, como carregadores, guindasteiros e semelhantes.

Os encarregados de serviços de *embalagem*, executando o acondicionamento das mercadorias segundo as copias de pedidos ou o dirigindo com a ajuda de serventes, são, a nosso ver, prepostos comerciais. Nas praças brasileiras, é costume destacar-se preposto para esse serviço, ora tirando-os de secções de venda, ora os removendo daí para outras secções, indistintamente. Demais, a remessa de mercadorias, e o transito de riquezas são, afinal, atos mercantis em sua plenitude.

62. — O Caixa é o funcionario das casas de commercio encarregado de efetuar os recebimentos e pagamentos que se realizam no interior das mesmas. Ora fazem as duas coisas, ora apenas uma delas, como succede nos bancos, sobretudo nos de grande movimento, onde as necessidades do serviço cream especializações cada vez maiores.

A existencia de um caixa, no seu *guichet* ou a de avisos de que os pagamentos se fazem a ele, excluem a faculdade de se pagar diretamente aos demais prepostos, não ficando portanto desonerado o comprador, salvo se o estilo da casa consagrar o habito de serem aqueles os portadores das importancias ao caixa. A menos que, no *guichet*, haja aviso mencionando quais os funcionarios que podem receber e assinar, como costumam fazer alguns bancos, exibindo o «*fac simile*» das firmas, presume-se que todos quantos aí estejam são aptos a fazê-lo.

comprometa a não agenciar negócios nas alfândegas senão para a casa que o indicou e afiançou.

A tais indivíduos, verdadeiros prepostos acreditados junto a estações fiscais, designamos por despachantes privativos para distingui-los dos despachantes aduaneiros.

66. -- Prepostos existem que se caracterizam pela atividade itinerante, percorrendo varias praças, com permanencias mais ou menos curtas, através dos estados, e não só dentro como fora do país.

Geralmente o fazem no desempenho de negócios que iniciam e mesmo ultimam, por conta do preponente, mas também, entre eles, se devem incluir os inspetores de filiais ou de representantes fixos, e, ainda, os propagandistas, sem função de contratar, contanto que trabalhem para um só estabelecimento.

Todavia a designação de «viajantes», «caixeiros viajantes», que, no interior, ás vezes, é pitorescamente substituída pela de «cometas», talvez por lembrar esses astros na mutabilidade das órbitas—é reservada, quase sempre, aos prepostos encarregados de compra e venda mercantil.

Vidari vê neles, sempre, mais os mandatarios que os locadores de serviços (1), mas não nos devemos esquecer de que, se são empregados de propaganda exclusivamente, há o inverso, e, portanto, a sua faculdade de contratar é mais reduzida. Tanto êle, como Vivante, apoiados no texto expresso do direito italiano, exigem, para que terceiros possam alegar a responsabilidade do preponente, a existencia de uma procuração ou de um documento escrito em que se mencione a qualidade de viajante

(66). 1) Op. cit., 4.ª ed., v. IV, n. 3.649.

reconhecida pelo patrão (2), documento que se tornará imprestável para uma segunda viagem em vista da «sua natura girovaga e temporanea» (3).

No Brasil, porém, os usos comerciais repelem a prudente lição desses escritores. Habitos inveterados consagram a atuação dos viajantes independentemente de nomeação, ou da outorga de mandato escrito, o que é reconhecido não só pela doutrina como pela jurisprudencia (4), e, por isso, não se poderá pretender que os terceiros venham a sofrer as consequências da sua boa fé amparada pela pratica remota e geral da vida mercantil. Nas controversias acerca da extensão dos poderes e legitimidade dos viajantes, ter-se-á que atender aos principios gerais que, no capitulo anterior, expuzemos acerca dos prepostos em geral perante os terceiros.

De maior importancia que os viajantes encarregados somente de propaganda e de funções outras mais tecnicas que jurídicas, são aqueles que tem a seu cargo a compra e venda, quer adquirindo generos do país para exportação, quer colocando no in-

2) VIDARI, idem, n. 3.646. VIVANTE, op. cit., v. I, p. 283 (5.ª ed.).

3) VIVANTE, op. loco cit.

4) «O caixeiro viajante é preposto, mandatario do comerciante, ao qual locon seus serviços. E' um mandato de carater particular, quase sempre verbal e cuja extensão é determinada pelos circumstancias, usos ou costumes locais». Acórdão da 1.ª Cam. da Corte de Apel., do Rio, de 4 de agosto de 1913 (Rev. de Direito, v. 33, pg. 127). Vide ainda n. 45 e nota 2 deste livro. «Os viajantes uns aos outros se succedem sem nenhuma comunicação ou exhibição de seu titulo de nomeação» —atesta WALDEMAR FERREIRA, *Curso cit.*, pg. 323, do vol. I. Quanto á doutrina e jurisprudencia francesas, no mesmo sentido, ver LYON-CAEN et RE-NAULT, «Traité», cit., t. III, n. 525, pg. 420.

comprometa a não agenciar negócios nas alfândegas senão para a casa que o indicou e afiançou.

A tais indivíduos, verdadeiros prepostos acreditados junto a estações fiscais, designamos por despachantes privativos para distingui-los dos despachantes aduaneiros.

66. -- Prepostos existem que se caracterizam pela atividade itinerante, percorrendo varias praças, com permanencias mais ou menos curtas, através dos estados, e não só dentro como fora do país.

Geralmente o fazem no desempenho de negócios que iniciam e mesmo ultimam, por conta do preponente, mas também, entre eles, se devem incluir os inspetores de filiais ou de representantes fixos, e, ainda, os propagandistas, sem função de contratar, contanto que trabalhem para um só estabelecimento.

Todavia a designação de «viajantes», «caixeiros viajantes», que, no interior, ás vezes, é pitorescamente substituída pela de «cometas», talvez por lembrar esses astros na mutabilidade das orbitas—é reservada, quase sempre, aos prepostos encarregados de compra e venda mercantil.

Vidari vê neles, sempre, mais os mandatarios que os locadores de serviços (1). mas não nos devemos esquecer de que, se são empregados de propaganda exclusivamente, há o inverso, e, portanto, a sua faculdade de contratar é mais reduzida. Tanto êle, como Vivante, apoiados no texto expresso do direito italiano, exigem, para que terceiros possam alegar a responsabilidade do preponente, a existencia de uma procuração ou de um documento escrito em que se mencione a qualidade de viajante

(66). 1) Op. cit., 4.^a ed., v. IV, n. 3.649.

reconhecida pelo patrão (2), documento que se tornará imprestável para uma segunda viagem em vista da «sua natureza girovaga e temporanea» (3).

No Brasil, porem, os usos comerciais repelem a prudente lição desses escritores. Habitos inveterados consagram a atuação dos viajantes independentemente de nomeação, ou da outorga de mandato escrito, o que é reconhecido não só pela doutrina como pela jurisprudencia (4), e, por isso, não se poderá pretender que os terceiros venham a sofrer as consequências da sua boa fé amparada pela pratica remota e geral da vida mercantil. Nas controversias acerca da extensão dos poderes e legitimidade dos viajantes, ter-se-á que atender aos principios gerais que, no capitulo anterior, expuzemos acerca dos prepostos em geral perante os terceiros.

De maior importancia que os viajantes encarregados somente de propaganda e de funções outras mais tecnicas que juridicas, são aqueles que tem a seu cargo a compra e venda, quer adquirindo generos do país para exportação, quer colocando no in-

2) VIDARI, idem, n. 3.646. VIVANTE, op. cit., v. I, n. 283 (5.ª ed.).

3) VIVANTE, op. loco cit.

4) «O caixeiro viajante é preposto, mandatario do comerciante, ao qual locou seus serviços. E' um mandato de caracter particular, *quase sempre verbal e cuja extensão é determinada pelos circumstancias, usos ou costumes locais*». Acordão da 1.ª Cam. da Corte de Apel., do Rio, de 4 de agosto de 1913 (Rev. de Direito, v. 33, pg. 127). Vide ainda n. 46 e nota 2 deste livro. «Os viajantes uns aos outros se succedem sem nenhuma comunicação ou exhibição de seu titulo de nomeação» — atesta WALDEMAR FERREIRA, *Curso* cit., pg. 32), do vol. I. Quanto á doutrina e jurisprudencia francesas, no mesmo sentido, ver LYON-CAEN et RENAULT, «Traité», cit., t. III, n. 525, pg. 420.

terior os produtos dos preponentes, podendo aliás dar-se que façam uma e outra coisa.

Essas operações tanto se podem efetuar com a tradição imediata da mercadoria,—e os nossos sertões conhecem, ainda que cada vez menos, os viajantes que se fazem acompanhar de tropas carregadas através de leguas e leguas, como pela remessa ulterior fechando-se o negocio por meio de amostras, catalogos, ou referencias a artigos de marca acreditada ou já anteriormente comprados.

No segundo caso, uma vez contratados o preço a coisa, e as condições reputar-se-á perfeita e acabada a compra e venda, dela se não podendo eximir o preponente, salvo se o viajante inseriu a clausula de confirmação, ou esta se achava impressa nos catalogos, formulas de pedidos e papeis semelhantes. Caberá perfeitamente a indenização por inadimplemento da compra e venda (5).

Em regra deverá entender-se que os viajantes estão facilmente autorizados para os atos complementares daqueles que fazem o objeto do seu labor. Assim, ter-se-ão por legítimos os recebimentos de preço, abatimento, prorrogações e outras modificações do contrato primitivo, inseparáveis de sua atividade naturalmente afastada das vistas e imediata inspeção dos preponentes, que, mao grado a moderna facilidade de comunicações aereas e telegraphicas, não poderão equiparar o seu regime juridico ao dos prepostos sedentarios —.

Apesar do desuso das cartas de nomeação, consolidando o costume do mandato tacito, não poderão estar em juizo, pleiteando interesses do preponente

5) WALDEMAR FERREIRA, Man. do Comerc., 2.^a ed., S. Paulo, 1923, pg. 187.

senão com o instrumento de mandato. E' aliás uso outorga-los aos prepostos que, nas viagens, tenham de promover falencias, penhoras e outras medidas judiciais, os quais as substabelecem a advogados.

E' portanto largo o campo de ação dos viajantes. Há codigos, como o da Alemanha (§§ 54 e 55 combinados), que os tratam pelo regime dos gerentes de preferencia ao regime dos prepostos outros.

A sua ação no desenvolvimento do comercio é tão intensa que se têm observado mutações e crises economicas em regiões prosperas devido ao excessivo volume de transações por elles negociadas, perturbando a prudencia das praças (6).

Alem das suas funções de vendedores ou compradores, têm os viajantes a de inspecionar a freguezia, sindicando da solvabilidade instavel dos compradores, das arremetidas dos concurrentes, da situação actual dos «stocks», enfim apaziguando os incidentes que possam surgir com a clientela.

Mas a sua competencia é condicionada a esses atos e aos de costume no exercicio do seu mister. Em nosso direito, não se poderá supor neles a extensão de poderes que lhes dá o da Alemanha. «Egli é commesso viaggiatore, e non piú; dunque ancora, nessuna operazione gli deve essere acconsentita, la quale sia estranea all'ufficio e ad alla sua competenza». (7).

6) Acerca de ruinas de praças de toda uma região na Italia, provocadas pelos viajantes, vejam-se SRAFFA, op. cit., pg. 131 e nota 1, e ROCCO, op. cit., n. 91 «in fine», pg. 348.

7) VIDARI, idem, n. 3.657

67. — Fóra das praças onde o negociante possua filiais ou sucursais, pode suceder que o seu movimento comercial, não as comporte, mas ultrapasse a possibilidade de ser tratado por viajantes ou por comissários. Mantém, nesses casos, um preposto permanentemente nesses lugares, como seus representantes fixos.

A exemplo de Vidari, incluímo-los entre os prepostos, desde que funcionem para um só patrão, e os designamos pela palavra «representantes», reconhecendo embora que, na pratica mercantil, é comum reservar-se essa denominação para os negociantes de «Comissões e Representações». Mas estes ultimos se apresentam com um titulo improprio. Eles são commissarios e mandatarios. Consignatarios, algumas vezes. Mas em parte alguma o nosso Codigo Camercial designa o seu negocio ou a sua atividade como «Representações», ou a eles como «Representantes».

Reivindique-se pois o nome para os prepostos fixos mais ou menos estavelmente em praças diferentes daquela em que o patrão se acha instalado com o estabelecimento principal, afim de nelas cuidar dos negocios e interesses deste. Não chegam a ser gerentes, porque não têm a seu cargo uma filial nem dispõem de todos os poderes desses, e, pela sua estabilidade, não são viajantes, com os quais muito se assemelham na maneira de agir. Todavia, houve quem visse neles nada mais que «um gerente com um mandato mais ou menos limitado» (1).

(57). 1) VIDARI, id., n. 3.615. Todavia THALLER, op. cit. n. 1.116, mostra-se favoravel à doutrina que quer ver no *representante* um commissario, reconhecendo porem que a legislação francesa em vigor o trata como empregado de

68. — Os aprendizes são prepostos como os demais, sujeitos aos mesmos deveres e beneficiados pelas mesmas prerogativas, tirando porem um traço de separação na circunstancia de nos seus serviços acentuar-se a finalidade do aprendizado.

Mas, como os aprendizes, em geral, são menores, atender-se-á à disciplina do Código de Menores acerca dos limites de idade, generos de commercio, locais e outras a que já nos referimos no capitulo II.

Todavia em algumas legislações estrangeiras, sobretudo na da Alemanha, a proteção legal aos aprendizes vem consignada no proprio Código Commercial.

Até uma época bem proxima, a instrução dos prepostos, na sua grande maioria, se limitava ao curso elementar seguido de um periodo de pratica nas casas de negocio. Pequena parte se aperfeiçoava nos cursos noturnos das Escolas Comerciais que, em verdade, por vezes, exerciam sobre a mentalidade dos alunos uma influencia contraproducente, afastando-os do labor mercantil ou lhes inspirando sentimentos de inadaptação.

Salvo o caso de estipulação expressa, não se deve presumir a gratuidade dos serviços do aprendiz, e muito menos, contra ele, o dever de remunerar o aprendizado. No direito commercial todos os contratos são onerosos. O aprendiz, dentro dos limites de suas forças, aptidões e habilitações, presta serviços uteis ao preponente. E' justo que este os pague, embora modicamente.

69. — «Dar interesse», na giria mercantil, signi-

comercio. LYON-CAEN et RENAULT tendem a reconhecer o carater de preposto no representante («Manuel», cit., n. 505 e notas.

fica associar o preposto aos lucros da casa, creandolhe passo a passo com o ordenado fixo, ou sem êle, uma remuneração variavel e aleatoria, ora calculada sobre as operações angariadas pelo empregado, ora sobre os lucros globais do estabelecimento. Assim, o *interesse* é simplesmente uma das formas de percepção do salario.

Todavia é muito comum reservar-se a expressão *interessados*, não a quaisquer prepostos que tenham percentagens, com ou sem ordenado, mas aos de inteira confiança dos patrões, mais ou menos ligados á sorte da casa, gosando o «interesse» sobre os lucros liquidados em cada balanço. Geralmente essa estipulação é feita por carta, raras vezes por contratos com maiores formalidades, e algumas outras verbalmente, tornando-se obrigatoria, ainda que por esta ultima forma, se houve anterior observancia ou atos outros que a induzam.

Essa clausula de participação nos lucros do preponente assemelha muito de perto o preposto aos socios de industria nas sociedades de capital e industria, regidas pelos artigos 317 e seguintes do Codigo Commercial. Entretanto, há, desde logo, para distingui-los, uma linde verdadeiramente paradoxal:—o socio de industria não poderá exercer a gerencia sem que, por isso, automaticamente, assuma responsabilidade solidaria plena (Cod. Com., art. 321), ao passo que o interessado poderá desempenha-la em sua amplitude maxima sem que, por isso, deixe de conservar a sua primitiva situação juridica de estranho, pessoalmente, aos negocios que celebra em nome do patrão. E' portanto mais comoda a posição de interessado que a de socio de industria, embora as vantagens sejam quase as mesmas, pois conquanto possa despedi-lo o patrão, a despeito de ajuste de praso, o que se não

dã com o socio, se o fizer responderá por perdas e danos.

Os autores, dentro e fóra do Brasil, à exceção de Massé (1), assinalam que o interessado não é socio e indicam os seguintes pontos de contraste para demonstrar que um e outro se não confundem:

I) O interessado não sofre os prejuizos sociais, senão com a perda do salario aleatorio, mas não é obrigado a desembolsar coisa alguma;

II) não é co-proprietario dos fundos sociais, e, portanto, não tem direito à partilha dos mesmos, nem á do Fundo de Reserva;

III) pode ser despedido a qualquer tempo: —se for ajustado por tempo determinado, o preponente responderá somente pelas perdas e danos, e, se o não for, pelo mês de que trata o artigo 81 do Código Commercial;

IV) em caso de falencia, poderá habilitar-se, como qualquer outro credor, pelos salarios vencidos, e pelos a vencer se estes ultimos tiverem um minimo garantido, ou na parte fixa; ao passo que se fosse socio nada receberia enquanto os credores não ficassem integralmente pagos;

V) não podem exigir que o patrão os ouça sobre os negocios, nem que altere a natureza desses, ou os amplie ou restrinja; não podem impugnar o balanço senão pe-

(69). 1) G. MASSE — «Le Droit Commercial», Paris 1874, t. I, n. 15 e t. II, n. 955, destaca-se da doutrina una nime, considerando o *interessado* nu verdadeiro comerciante.

los seus erros materiais, devendo aguardar que se ultime para receber o que lhe couber, se despedir-se antes (2).

O «interesse» não ministra elementos especiais para classificação dos prepostos, desde que podem tê-lo indiferentemente, tanto os empregados com poderes de gerencia como até o mais simples caixeiro de balcão, e, por isso, deles não fizemos grupo autonomo no quadro do n. 58. E' apenas, como já deixamos dito, modalidade de percepção do salario.

Um ponto controvertido é o de saber-se se o interessado tem direito à exhibição dos livros comerciais. Nega-o Carvalho de Mendonça, mas a jurisprudencia, embora vacilante, parece propender para a concessão, como veremos em outra parte deste estudo.

2) Vide BOISTEL, *op. cit.*, n. 156, pg. 118. CARVALHO DE MENDONÇA, *op. cit.*, v. II, n. 464, pgs. 466 e 467. Quase todos os escritores inclusive Huebra, Obarrio e outros, firmam pacificamente esses cinco principios, havendo porem discordancias quanto à exhibição de livros que alguns ajuntam a eles. Conhecem-se acordãos que reproduzem as palavras de Carvalho de Mendonça, sobre a materia, aceitando-a sem discrepancias.

CAPITULO VII

Os guarda-livros

Posição jurídica— Responsabilidade criminal— Habilitação oficial e registro —Projetos de Raimundo Miranda, Arlindo Leonz e Pacheco de Oliveira—O ensino comercial e o Dec. 20.158 de 1931 — Uma sugestão — Guarda-livros avulsos.

70. — De todos os empregados sedentarios com funções no escritorio, o de mais relevo é fóra de duvidas, o guarda-livros.

As suas funções se exercem debaixo da maior responsabilidade, exigem o maximo de atenção, exatidão e discreção, Toda a vida do estabelecimento passa pelos seus olhos e deverá por ele ser registrada nos livros a seu cargo, obedecendo não só a regras tecnicas consagradas, mas tambem a prescrições imperativas da lei.

Se essas regras e prescrições forem postergadas, o patrão ficará exposto a inumeros perigos e prejuizos, tanto proximos como remotos... A probabilidade de bom exito para a firma nas demandas mercantis, ainda que a razão a assista, depende frequentemente do es-

tado de clareza, asseio e pontualidade na escrituração dos seus livros. A propria marcha do negocio, a sua orientação, as medidas de expansão ou restrição, no volume de operações e despezas, devem ser inspiradas no que expressarem as cifras dos livros e balanços, a ponto de se tornar classicz a comparação do guarda-livros ao manometro das maquinas a vapor, que diz dos indices de pressão capazes de reventar caldeiras...

Os interesses de terceiros e os do proprio negociante, pois, giram em torno desses livros, cuja exatidão chegou a ser equiparada a fé publica por Beccaria, Filangieri e Carrara, quando buscaram um elemento moral para construir a figura mais ou menos artificiosa dos crimes de falencia. Por isso, a exação do guarda-livros não traz garantias somente aos interesses patrimoniais dos comerciantes, entre si, como membros de uma sociedade, ou como credores e devedores, mas até a outros interesses superiores inapreciaveis, como os da honra e da liberdade, porque a escrita atrazada, a sua feitura fóra das prescrições da lei, a inexistencia do visto judicial nos balanços anuais, mesmo desacompanhados de dolo, levam a sanções criminaes o negociante que vier a falir, sujeitando-o à pena de um a quatro anos de prisão, nos termos dos arts. 168 n. 7 e 184 paragrafo unico do Decreto n. 5.746, de 9 de novembro de 1929.

Entretanto, o rigor tecnico que se exige no serviço dos guarda-livros não exagera a sua posição juridica de locadores de serviços, para restringir ao minimo a de mandatarios. O mandato de que se revestem é de ordem legal e resulta de uma presunção «erga omnes», inscrita no artigo 77 doCodigo Commercial: «Os assentos lançados nos livros de qualquer casa de comercio por guarda-livros ou caixeiros en-

carregados da escrituração e contabilidade, produzirão os mesmos efeitos como se fossem escriturados pelos próprios preponentes.»

Essa presunção legal é ampla, e, salvo a hipótese de dolo provado, aproveita até ao próprio guarda-livros ou empregado que fez os lançamentos. (1) Por outro lado, são também invocáveis contra ele, pelo preponente, os assentos que fizer, não se eximindo da sua eficacia sob o pretexto de que estava constrangido a obedecer as ordens do ultimo. (2)

A letra expressa da lei, visando proteger o sigilo dos negocios, veda quaisquer diligencias «debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja» acerca dos livros comerciais e da maneira de tê-los, enumerando taxativamente os casos em que é licito à autoridade ordenar a exhibição judicial (Cod. Comercial, arts. 17 a 19). Embora seja dever de todos os prepostos, esse sigilo é obrigação precípua dos guarda-livros e sobe de importancia em relação a estes, porque uma necessidade indeclinavel os faz participes dos mais reconditos segredos do negocio, como a outros profissionais de condição diferente, e, por isso, lhes impõe a mais severa observancia da discreção nos assuntos reservados da casa. Vimos já que a violação do segredo profissional constitui um crime, punido com a pena de prisão, e que a justiça brasileira já teve oportunidade de aplicar o Código Penal a preposto que nela incidira. (3)

(70) 1) Acordão de 18 de julho de 1928, da Relação de Minas, no «Arquivo Judiciário», v. 7.º, pg. 331.

2) WALDEMAR FERREIRA, «Man. do Comerc.», 2.ª ed., pg. 22 a 24. Vide, ainda, acord. da 1.ª Cam. da C. de Apel., de 10 de Set. 1917, in «Rev. Dir.», v. 47, p. 141.

3) Vide nota 3 ao n. 41.

71. — Embora os guarda-livros, como os demais prepostos, sejam sujeitos às ordens e instruções dos preponentes, incorrem nas penas criminais de co-autoria e de cumplicidade pelos delitos dos ultimos em que empenharem o seu auxilio consciente, porque a locação de serviços e o mandato, como todos os contratos, se entendem para fins licitos, condição essencial da existencia dos atos juridicos.

Entretanto, cumpre assinalar que é doutrina corrente haver co-autoria, num caso, onde, a nossos olhos, há apenas cumplicidade.

Assim, se, intencionalmente, o guarda-livros elabora uma escrituração confusa e difficil de ser entendida, de modo a mais tarde embarçar a verificação dos creditos e liquidação do ativo ou passivo na falencia, ou ainda se esta surpreende os livros com intervalos em branco, falsificações e rasuras, incorre, em nossa opinião, nas penas da cumplicidade por quebra fraudulenta, isto é, deverá aplicar-se o artigo 169, numeros 5 e 6, do Dec. 5.746, de novembro de 1929, combiaado com o § unico deste mesmo dispositivo e com o artigo 21 § 1 do Codigo Penal. Mas Carvalho de Mendonça e outros ensinam que, nessa hipótese, existe co-autoria por força do artigo 170 n. 8 da Lei n. 2.024, de dezembro de 1908, ou seja o art. 171 n. 8 da Lei de Falencias em vigor (1). Pa-

(71) 1) CARVALHO DE MENDONÇA, «Trat.», cit., II, n. 489, pg. 492; RUSSEL, op. cit. t. I, n. 334 nota 28, pg. 203; VAMPRE', op. cit., pg. 330, nota 7; WALDEMAR FERREIRA, «A nomeação dos guardos-livros», artigo na «Revista Juridica», v. 6.º, pg. 82.

E' de justiça lembrar-se, entretanto, que LINCOLN MOURÃO MATOS, professor de contabilidade que ao mesmo tempo reúne cultura juridica, advogado que é, na sua

rece-nos porem que esse ultimo dispositivo se refere ao guarda-livros, que, na falencia, auxilia o sindico, tanto que é mencionado após este e o liquidatario. Demais, se prevalecer esse ponto de vista, fica sem objeto, no caso, o paragrafo unico do artigo 169. Não há nisso uma discussão meramente doutrinaria e esteril:— como cúmplices, os guarda-livros sofreriam dois terços da pena, ao passo que, como co-autores, ela lhes será aplicada integralmente, o que, mesmo se fôra lei, não deixaria de ser de um rigor excessivo e odioso.

72. — Em agosto de 1920, foi apresentado ao Congresso, pelo senador Raimundo Miranda, um projeto regulamentando a escrita comercial e a profissão de guarda-livros, que, a 5 de julho de 1921, já aprovado pelo Senado, seguiu para a Camara dos Deputados.

Estabelecia como condição para que a escrita commercial merecesse fé e produzisse efeitos em juizo, a de que fosse aberta e lançada pelo proprio comerciante, socio autorizado, ou por guarda-livros devidamente habilitado na forma prescrita pelo projeto, isto é, que tivesse certificado de capacidade profissional concedida por Junta Commercial deante do exercicio da profissão por 2 anos, ou fosse titular de diploma por instituto de ensino reconhecido pelo Governo, ou que lecionasse contabilidade nesses institutos. Sem prejuizo das demais penas cabiveis, a Junta lhes cassava

interessante monografia «A Contabilidade no Direito», Rio, 1929, pg. 120 e 121, conquanto siga a lição dos autores acima, pondera lucidamente a sem-razão de se fazer de guarda-livros um co-autor, ao envez de cúmplice, deante do art. 21 § 1 do Cod. Penal.

ria o registro dos títulos se lançassem escrita em livros não revestidos das formalidades legais, ou se concorressem para a adulteração e falsidade dos lançamentos, ou ainda se efetuassem perícias com infidelidades. Garantia-lhes o projeto vantagens para acesso aos cargos públicos e para as perícias judiciais.

Seis anos dormiu esse projeto na Câmara, onde foi designado pelo n. 794, até que a Comissão de Constituição e Justiça, então composta de Melo Franco, Arlindo Leoni,—este como relator do parecer, Heitor Souza, Artur Lemos, Godofredo Maciel, Juvenal Larmartine e Verissimo Melo, se manifestou sobre o seu conteúdo, ampliando-o ousadamente. É verdade, porém, que à exceção de Artur Lemos e Godofredo Maciel, todos os membros da Comissão assinaram o parecer de Arlindo Leoni com restrições.

73. — Tão emendado foi o projeto do Senado que passou afinal a verdadeiro substitutivo.

As emendas, na parte que interessam ao nosso assunto, distinguem a profissão de guarda-livros da de contador, suprimiam a expressão «contabilistas», usada pelo projeto primitivo, instituíam o termo de abertura do «Diário» firmado obrigatoriamente por guarda-livros ou por contador, sendo que só o primeiro poderia válida e exclusivamente escrever nesse livro (1), e, afinal, o lançamento obrigatório de decla-

(73). 1) A emenda consistia num radical parágrafo único ao art. 1 do Projeto do Senado: «Só será permitida a escrita organizada pelo próprio comerciante que não seja guarda-livros, quando não houver na praça profissional habilitado nos termos da presente lei».

ração, na escrita, quando ocorresse substituição daquelle ou do outro.

Os balanços deveriam ser autenticados conjuntamente pelos negociantes, ou seus gerentes, e pelos contadores, ou, na falta destes, pelo guarda-livros incumbido da escrituração do «Diario».

«Contador», que a emenda não define, o parecer explica e designa como o «diretor geral da escrita e responsavel pelos seus lançamentos», «nas sociedades comerciais de grande movimento existindo geralmente um contador...» Inadvertencia: Diretor geral da escrita, responsavel pelos seus lançamentos, tanto pode existir nas sociedades comerciais como nas firmas singulares.

Disponha ainda o projeto que esses contadores deveriam assinar as partidas mensais do «Diario».

Despojado das incongruencias e exageros que o deformam, esse projeto continha disposições aproveitaveis no interesse tanto do commercio e da economia publica nacional como no dos profissionais, que visou beneficiar. Após a publicação do parecer da Comissão de Constituição e Justiça, levantou-se grande celeuma na imprensa contra a sua aprovação, o que se fazia sob color de defender o interesse ameaçado dos guarda-livros praticos, constituindo estes a grande maioria da classe, e tambem de resguardar o sigilo comercial. Os comerciantes de um lado e os guarda-livros do outro tornaram antipatico e indesejavel o projeto depois de sete anos de embaraçada vida embrionaria.

74. — Visando acalmar a grita geral e corresponder ao apelo das associações de classes, o deputado Pacheco de Oliveira, em 3 de agosto de 1928, apresentou o terceiro projeto de registro de guarda-

livros, que, nos termos de sua justificação, estava destinado a estabelecer «para os guarda-livros e contadores o mesmo regime do Dec. n. 916, de 1890, para as firmas comerciais».

Preceituava esse projeto,—o de n. 156, de 1928, que os guarda-livros teriam registro facultativo na Junta Comercial, estando habilitados a require-lo os diplomados e professores dos institutos de ensino comercial e «os que, tendo exercido ou exercendo essa profissão, registrarem, dentro de um ano a contar da publicação da lei, atestado de habilitação firmado por tres negociantes matriculados».

Caberia à Junta Comercial a policia da classe, com poderes de processar administrativamente, impor suspensões até um ano e decretar a cassação do registro. Entre os fatos que poderiam justificar a suspensão, mencionava o projeto, expressamente, o do guarda-livros fazer lançamentos em livros despidos das formalidades legais. O art. 6 preceituava que «para fins de requerer concordata ou falencia, a escrita do comerciante, ou firma, nos livros exigidos pelo Codigo Comercial, deverá ser feita e encerrada por guarda-livros ou contador devidamente registrado». Essa disposição, aliás criticada pela Associação Comercial do Rio, é, a nosso ver, o ponto fraco do projeto do ilustre parlamentar baiano, muito embora Graco Cardoso, relator do parecer da Comissão de Agricultura e Comercio da Camara, a reputasse «salutarissima» (1).

(74). 1) Parecer de 7 de dezembro de 1928. No Substitutivo anexo a esse parecer, foi conservado esse art. 6. Os pareceres de Joaquim Teles e Leite Ribeiro, comissionados pela Associação Comercial do Rio para estudar o projeto, se acham no *Jornal do Comercio*, de 4 de outubro de 1928.

O pequeno commercio já difficilmente suporta as despezas da contabilidade legal, e, portanto, ficaria mais onerado com a interferencia obrigatoria dos guarda-livros registados. A imposição que a lei faz ao devedor de requerer sua falencia, em certos casos, é antes em beneficio dos credores e da economia publica do que pelo dele proprio. A adoção da medida preconizada no art. 6 do projeto serviria de desculpa para o comerciante abster-se de denunciar o seu máo estado economico, prejudicando com isso o commercio em geral. Demais, relativamente à concordata, aí estaria uma sanção indireta, mas positiva, que não condiz com o caracter de *facultativo* que o projeto attribui ao seu registro...

As demais linhas do projeto 146 eram apreciáveis e algumas vieram a servir de base à legislação do Governo Provisorio de 1930, que, dissolvendo o Congresso, interrompeu a marcha do estudo daquela tentativa, que as associações de classe saudaram com o mais vivo regosijo.

75. — Após a revolução, os guarda-livros que possuíam diplomas das escolas reconhecidas voltaram à carga, na defesa do seu antigo anseio de tornar compulsoria a habilitação official dos prepostos que tivessem a seu cargo a contabilidade das casas de commercio. Não só os guarda-livros praticos representam maioria, como parece haver de parte dos negociantes limitada confiança nos diplomados, que sofrem asperas objurgatorias dos primeiros. Até a competencia lhes é, por vezes, contestada (1). Uma lei,

(75) 1) Vide artigo do Dr. Avelino Lemos, — «Comercio e guarda-livros», sobre o projeto Raimundo Miranda, na

afinal, veio contemporizar as pretensões dos dois grupos que se detestam cordealmente, e, prometendo muito e pouco dando, o Governo Provisorio, de um golpe só, acreditou ter resolvido dois problemas:—o do ensino comercial e o do registro dos guarda-livros.

O ensino comercial, no Brasil, vagamente delineado em 1905, legislado mais longamente pelo Dec. 4.724 A, de 23 de agosto de 1923 e que só viria a ter regulamento tres anos depois, é ainda uma dificuldade a resolver. Esse decreto de 1923 padronizou a divisão das materias e estabeleceu a fiscalização federal, mas foi justamente criticado, não só porque, num espaço, de tempo curto infligia quarenta disciplinas aos alunos, senão também porque lhes não despertava nem permitia qualquer possibilidade de especialização.

O Decreto n. 20.158, de 30 de junho de 1931, embora com defeito visceral de regular assuntos di-

«Rev. de Direito», v. 58, pg. 284. O autor, então advogado, e tendo sido guarda-livros durante muitos anos, escreve: «... para os comerciantes, não serve a lei, porque lhes não servem os guarda-livros formados, que têm mostrado nada entenderem do mecanismo da escrituração e muito menos da função das contas mereantis, trazendo das escolas apenas alguma luz esporádica sobre a doutrina e pratica mercantil, salvante pequena exceção.»

No dia 10 de setembro de 1931, realizou-se uma grande sessão na «União dos Empregados do Comércio do Rio», afim de tratar da reforma do dec. 20.158, que, disseram varios oradores, nenhum instituto da classe pleiteara. Embora presente a diretoria da «Associação de Diplomados em Ciências Comerciais», o guarda-livros Eduardo Pinho, em discurso, declarou «que sempre evitara, como contador, o auxilio dos contadores diplomados por que todos eles borravam os livros». (Correio da Manhã, 11 de setembro de 1931).

versos numa só lei, melhorou, nesse particular, a lei de 1923. Passa por ser obra do Dr. Victor Viana, Superintendente do Ensino Comercial, e, pela ementa, «organiza o ensino comercial, regulamenta a profissão de guarda-livros e dá outras providencias». Na sua primeira parte, estabelece um curso propedeutico, outros de perito-contador, tecnico, superior de administração e finanças e elementar de auxiliar do commercio, com suas respectivas subdivisões. Entretanto, só nos interessa aqui a segunda parte «da profissão de guarda-livros e suas regalias».

A febricidade legislativa que caracteriza o atual Governo Provisorio, como caracterizou o da primeira Republica, mais uma vez, nesse decreto, evidenciou os inconvenientes das leis elaboradas com precipitação, nas épocas anormais, sem discussões amplas por todos que direta ou indiretamente são interessados.

Com o advento desse decreto cantaram victoria, ingenuamente, os titulares de diplomas dos institutos officiais ou reconhecidos, os que se apresentam como «diplomados em commercio», formando associações tambem de «diplomados em commercio», talvez por um quase confesso desprezo pelas expressões correntes, lidimas, legais e nada desonrosas de *guarda-livros*, contadores e prepostos. E' mais outra manifestação do amor aos rotulos, da ansia que os brasileiros têm pelo diploma, official, officioso, ou semi-officioso, de doutoramento ou quase doutoramento, que nos dá a todos a impressão de cultura illusoria, peor talvez que a nenhuma cultura.

Outro defeito nacional, a sofreguidão de se acabar em pensionista das burras publicas, na «aurea mediocritas» do funcionalismo, que exerce uma atração

sobre todas as classes, dá cunho pitoresco ao decreto n. 20.158. O legislador revolucionario fez tabula rasa da parte melhor dos trabalhos legislativos do Senado e da Camara, abandonou qualquer orientação que assegurando prerogativas, garantias e benefícios expressos à profissão de guarda-livros, trouxessem, ao mesmo tempo, vantagens à economia publica e à seguridade da escrita comercial.

O decreto afinal se limita a declarar, e não precisava faze-lo, que os guarda-livros registrados na Superintendencia de Ensino, ou sejam diplomados ou sejam praticos habilitados segundo as condições e dentro do praso que fixa, «terão direito de exercer a profissão em todo o territorio nacional» (art. 67), serão exclusivamente os pèritos nos exames de escrita nos processos comerciais, nas falencias e concordatas, cabendo-lhes o direito, tambem exclusivo de conferir os documentos que acompanharẽ os pedidos das ultimas,—as preventivas (arts. 70, 72 e § unico), e ainda gosarão da preferencia para quaisquer cargos publicos que requeiram conhecimentos de contabilidade, como ainda neles deverã recair a escolha privativa para consules, adidos comerciais, corretores, despachantes, leiloeiros e outros agentes de commercio regulados pelo Codigo Commercial. Têm tambem preferencia para as vagas nas repartições publicas para os serviços de secretarios, dactilografos etc. (arts. 79 e 80).

Ora, na realidade coisa pouca deu o decreto 20158. Note-se bem que nenhuma disposição obriga os comerciantes a terem guarda-livros registrados na Superintendencia do Ensino Commercial, nem exige a interferencia deles nos atos normais da vida mercantil, como, por exemplo, para os balanços anuais do art. 12 do Codigo. Nem se pode inferir essa exigencia a

contrario sensu do artigo 67, que, apenas e dispensavelmente, declara o direito de exercer a profissão. Demais, os vetos à liberdade plena de escolher e exercer profissões são de direito estrito e só abrangem os casos expressos, que mencionam. Logo, qualquer individuo diplomado ou não, com ou sem registro na Superintendencia de Ensino Comercial, poderá legitimamente prestar os seus serviços para escriturar os livros comerciais, que, por isso, nada perderão de sua fé legal. (2)

A exclusividade para as verificações e exames nas falencias já existia no art. 190 do Dec. 5.746, de novembro de 1929, que declarava só poderem ser feitos, os mesmos, por contadores diplomados pelos estabelecimentos oficiais ou reconhecidos e cujos diplomas, devidamente legalizados, estivessem registrados nas Juntas Comerciais.

Os privilegios para as nomeações de agentes auxiliares de comercio e de funcionarios publicos só vigorarão depois de 4 e 5 anos após a publicação do decreto, quando, talvez, este, no todo, ou nessa parte, já não esteja em vigor.

Vê-se pois que a segunda parte do dec. 20.158, de 1931 é apenas um conto de vigario passado à classe pelo Governo Provisorio: — acena falazmente com as delicias da burocracia e nada garante aos verdadeiros guarda-livros, áqueles que hão de consumir a existencia no comercio e para o comercio, sobre os volumosos «Diarios» e «Razões», prestando à coletividade a contribuição do seu mistér.

Não se salva nem a propriedade da linguagem, no dec. n. 20.158: — até se fala em «*delittos funcionais*»

2) Vide nota 1 ao paragr. 76, pg. 118 deste livro.

em relação a prepostos de commercio! E, além disso, o destempero, de preferir a Junta Commercial, que é o arquivo e repositório de publicidade idoneo por excelencia e com exclusão de qualquer outro, para qualquer ato de interesse para o commercio!

Em todo caso, o decreto do Governo Provisorio vale como um passo para a frente no desenvolvimento do ensino commercial, tão descuidado durante o regime extinto, e no estímulo à especialização, que deverá ser o ideal dos prepostos. Ficará a lei defeituosa como tentativa e como bases para as observações em que assentará a reforma mais ou menos certa num futuro proximo, quando a Nação devolver-se ao ritmo constitucional e juridico.

Mas os prepostos não deverão esquecer que a sua profissão é de empregados no commercio e inseparavel do labor mercantil. Nessa qualidade, é que devem pleitear tudo, sem desertar d'ella em busca do parasitismo quase geral da burocracia, e sem empavonar-se esterilmente no dourado falso dos diplomas ócos e charlatanescos.

76. — E' inegavel que a habilitação official do guarda-livros e o registro da mesma numa repartição que, no caso, não deverá ser outra senão a Junta Commercial, sejam uma boa medida no interesse dos profissionais e do commercio. A necessidade de conhecer-se quem fez a escrita de uma casa existe, por imposição de lei, não só no art. 74 do Codigo Commercial como no artigo 37 da Lei de Falencias, que exige do falido a declaração do nome do guarda-livros que desde um ano vinha escriturando os livros commerciaes.

Mas a obrigatoriedade da intervenção de guarda-

livros registrados é um ponto delicado. Nem todos os comerciantes podem remunerar um profissional, e, uma vez cercado de maiores privilégios, este se mostrará mais exigente. E tanto o direito reconhece essa verdade que excusa das penas da falencia culposa o negociante que não tiver livros e justificar a exiguidade do seu capital ou sua falta de habilitação literaria rudimentar (Dec. 5.746, art. 168, n. 7). A melhor solução seria, a nosso ver, dispensar a lei os emolumentos e taxas que incidem sobre os livros obrigatórios, quando o comerciante tivesse capital ou volume de operações não excedentes ao limite mais ou menos de 10:000\$000 para a primeira ou de 30:000\$000 para a segunda hipótese, casos em que, ainda, lhe seria permitido escriturar ele proprio os seus livros. Ora, na legislação vigente, os negociantes que tiverem capital até 5:000\$000 estão isentos de multas pelo fato de não possuírem os livros obrigatórios, de onde pretendem que isso os isenta das penas de falencia culposa. É uma disposição que fomenta a inobservancia dos artigos 10, 11 e 12 do Código Commercial, ao passo que a reforma acima sugerida conciliava a sabia prescrição destes dispositivos com as possibilidades economicas dos pequenos negociantes, que, assim, poderiam ter os livros registrados sem as despesas excessivas que os oneram. Nessa conformidade, poderia punir-se com multas mais ou menos elevadas os commerciantes que não tivessem contratos ou firmas registradas na forma do dec. 916, ou não possuíssem os livros obrigatórios, ou não levassem à rubrica judicial os balanços anuais, ou não tivessem guardalivros registrados, desde que, por excedentes dos limites de tolerancia, não lhes fosse licito escriturarem pessoalmente os seus livros. Dentre outras vantagens,

esse regime teria a de reduzir as probabilidades de fraude nas falencias.

Como expuzemos, a obrigatoriedade da intervenção dos guarda-livros deve ser estatuida, mas com tolerancia da escrita feita pelo proprio comerciante desde que o seu capital ou o volume de suas operações não comportem provavelmente a remuneração dos profissionais (1). A sanção seriam multas e exclusão da fé legal dos livros escriturados com inobservancia das disposições sobre a materia. Aproveitar-se-iam dest'arte os pontos mais sensatos dos projetos de Raimundo Miranda, Arlindo Leoni e Pacheco

(76). 1) Já se achava escrito este capitulo, quando o Governo Provisorio publicou o Dec. 21.033, de 8 de Fev. 1932, cujo art. 1 diz: «Nenhum livro ou documento de contabilidade previsto peloCodigo Comerc., pela L. de Falencias e por quaisquer outras leis terá efeito juridico ou administrativo se não estiver assinado pelo atuario, perito contador, contador ou guarda-livros devidamente registrados na Superint. do Ensino Comerc., de acordo com o art. 53 do Dec. 20.158, de 30-6-1931». Alem dos diplomados, poderão ser provisionados como guarda-livros, pelo art. 2 desse decreto: 1.º os que hajam prestado exame de guarda-livros praticos (art. 55 do dec. 20.158); 2.º os titulados por escolas que gosaram de subvenção federal ou outra regalia do Dec. 17.329, de maio de 1926, e que se tenham submetido posteriormente à fiscalização da Superint.; 3.º os que sejam ou tenham sido professores de contabilidade em escolas officiais ou reconhecidas, se a investidura foi anterior a 9 de julho de 1931; 4.º os que, antes dessa data, hajam publicado obra de contabilidade julgada de merito pelo Cons. Consult. do Ensino Comerc.;—os maiores de 25 anos que antes de 9 de julho de 1931; 5.º exerciam cargo tecnico de contabilidade em repartições publicas; 6.º que estavam habilitados por associação de classe reconhecida de utilidade publica, nes termos do art. 190 do Dec. 5.745, de nov. de 1929; 7.º que assinaram balanços de estabelecimentos comerciais, instituições de

de Oliveira sem se conservarem os exageros de qualquer deles, nem os do regime uruguaio, onde se têm verificado condenações criminais de individuos que exerceram ou anunciaram a profissão de guarda-livros sem ter habilitação legal (2).

77. — As casas de pequeno vulto, na impossibilidade de manter guarda livros exclusivo, ou por espirito de poupança, contratam os serviços profissionais de contadores que servem a varias delas ao mesmo tempo, sem a permanencia no estabelecimento nem direta sujeição aos comerciantes. A linguagem comercial designa essa pratica, aliás frequente, pelo nome de «escritas avulsas», e os que nela occupam a sua atividade, por—«guarda livros avulsos.»

Esses contadores estão sujeitos a alguns dos deveres gerais dos prepostos, inclusive e sobretudo os de sigilo, exatidão e zelo, embora, em nossa opinião, não sejam propriamente prepostos comerciais. Faltam-lhes alguns dos caracteres do contrato perfeito: a exclusividade do serviço para o preponente e a sua estabilidade na função. Decorre daí que não podem pleitear os favores que aos verdadeiros prepostos asseguram o Codigo Commercial e outras leis.

78 — Se o guarda livros é a figura central da contabilidade do estabelecimento, e, nalguns casos,

caridade, previdencia, auxilios mutuos e cooperativas, se esses balanços foram publicados em órgãos officiais da União ou dos Estados; 8.º) que tenham assinado laudcs periciaes; 9.º) que possuam atestado de idoneidade profissional e exercicio efetivo durante 5 anos em estabelecimentos comerciais e demais referidos no n. 7.º acima.

(76). 2) Em 26 de novembro de 1924, foi confirmada a sentença da justiça de Montevideo que condenara E. C.

desempenha, só, todos os serviços de correspondência, extração de faturas, arquivamento e outros próprios do escritório, acontece, que, á proporção que avulta o movimento da casa, a sua função se desdobra por outros tantos companheiros, já para esses serviços aí exemplificados, já para a escrituração dos livros auxiliares.

A's vezes, o guarda-livros e todos os seus auxiliares formam uma seção autonoma tendo á frente um diretor,—o chefe da contabilidade. Todos afinal são prepostos e constituem os subgrupos dos faturistas, correntistas, datilografos, stenografos, correspondentes, tradutores privativos, arquivistas, etc., enfim um numero tanto maior de funcionarios especializados quanto mais complexa for a natureza dos serviços e o desenvolvimento do negocio. As casas bancarias oferecem o exemplo mais completo dessa variedade de auxiliares.

Tydemann, representante da firma de contadores Price, Waterhouse, Faller & Co., que tambem funciona no Rio, por «exercício ilegal da profissão de contador». Vide resumo do processo e sentenças na «Rev. de Dir.», v. 91, pg. 53.

CAPITULO VIII

Os gerentes

Medida da gerência—Gerentes no direito estrangeiro e no brasileiro—Possibilidade de limitação da gerência—Poderes para atos cambiais e para aceite de duplicatas—Consequencias dos atos praticados sem poderes especiais—Quais os atos que exigem poderes especiais e os que os não exigem—Gerentes de jornais e de empresas de seguros—Técnicos—Delegação de poderes—Gerência coletiva—Os gerentes e a falência culposa.

79. — A segunda grande classe dos prepostos é constituída pelos «gerentes», isto é, pelos que tem poderes de administração e direção. Por «gerentes», designa-os a linguagem comum, tanto a mercantil como a dos escritores nos nossos dias, quer se refiram aos dos estabelecimentos centrais, quer aos dos secundarios.

Não é porem a expressão legal. O Código Commercial Brasileiro trata-os por «feitores», correspondente à palavra castelhana «factores», usada no Código espanhol de 1829 e nas legislações sul-americanas. Aliás, o velho direito português tambem dizia

«feitores» e não gerentes. Em francês há igualmente «facteurs», com o mesmo sentido, mas hoje tão desusada como a nossa (1), que, nos tempos da escravidão, nomeava os chefes de turmas de negros cativos. Talvez a tradicional crueldade dos feitores no período do cativo explique o desprestígio e a odiosidade contra o vocabulo, que, na época presente, apenas se reserva a determinados trabalhadores agrícolas, mas que, não obstante, vai cada vez sendo menos usado.

A expressão latina «institor», que talvez não seja estranha à nossa língua, mas apenas obsoleta, era empregada pelo direito romano em passagens do Digesto que varios escritores modernos reproduzem (2), e, hoje ainda, é a consagrada pelo Código Comercial Italiano e pelos seus comentadores, — *l'institore, gli institori*.

Não se deve confundir os gerentes,—prepostos administradores, estranhos às sociedades comerciais,

(79). 1) Vide LYON-CAEN et RENAULT, *Traité cit.*, III, n. 516, pg. 414. «Facteurs» lê-se no art. 634, alínea 1.ª, do Cod. Com. francês.

2) L. 3 e 18, Dig., *de inst. act.* A respeito do gerente no direito romano, vide CARVALHO DE MENDONÇA, *Trat.*, II, n. 474, pgs. 476 a 478.

Todos os dicionários portugueses, que conhecemos registram a palavra «institor». Também o fazem os dicionários jurídicos como o de SOUZA DUARTE, «Dicion. Dir. Comerc.», Lisboa, 1880, pg. 198, ou o de FERREIRA BORGES, «Dicion. Jur. Comerc.», pg. 207, da ed. de Porto, 1856. Note-se que Ferreira Borges foi o autor do projeto do Código português de 1833. Todavia CABRAL MONCADA, professor da Universidade de Coimbra, traduzindo o livro de ROCCO, diz que *institor* «não existe na terminologia jurídica portuguesa, onde só pode traduzir-se por expressões mais ou menos vagas e ambíguas».... (pg. 333, nota 2 à pg. anterior).

ainda que «interessados» nos lucros destas, com os socios gerentes.

80. — O Codigo Commercial Brasileiro não trata especialmente dos gerentes, nem os define, como o fazem outras legislações estrangeiras (1). Dedicá-lhes, mas conjuntamente com «os guarda-livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos» as normas dos artigos 74 a 85, constituindo com elles o Capitulo IV do Titulo III, — «Dos agentes auxiliares do commercio», onde o artigo 86 declara applicaveis aos feitores o Titulo VI, «Do Mandato Mercantil», arts. 145, 148, 150, 151, 160, 161 e 162.

Desde logo uma conclusão se tira:—é que os gerentes no direito commercial brasileiro são prepostos como os demais, sujeitos aos mesmos deveres e prerogativas, e que só com reservas e prudencia se lhes acomodará, como elementos subsidiarios, a doutrina a respeito de legislações de outros povos cultos que collocam os gerentes em diverso pé de igualdade em relação aos demais empregados de commercio.

Assim, por expressa disposição legal, os pontos não previstos acerca dos seus deveres, extensão de poderes e demais indagações sobre a sua posição juridica, buscar-se-ão nos preceitos acerca do mandato mercantil. A' falta de elementos na parte do Codigo Commercial que trata desse contrato, ou diante da sua obscuridade, recorra-se ás demais normas do mesmo codigo, por interpretação systematica, às do direito civil que, no sistema juridico do Brasil, prefere, como fonte,

(80). 1) O da Argentina, por ex., no art. 132: «la persona a quien un comerciante encarga la administracion de sus negocios o la de un establecimiento».

aos usos e costumes, os quais, finalmente, completarão os subsidios de que disporá o applicador.

81. — Os gerentes se distinguem dos demais prepostos porque são a parte deles onde mais prepondera o mandato, constituindo-os os «instrumentos juridicos» do preponente, na frase de Vidari. Caracterizam-se por acentuado poder de administração ou direção que os superpõe no papel dos patrões, vestindo-os de sensível hierarquia sobre os demais prepostos do negocio.

De tres maneiras poderá apresentar-se a função do gerente, encarada de modo geral:

I.—Na plenitude da representação e do mandato, como se fora o proprio comerciante, assumindo a chefia de todos os negocios deste e dirigindo-os largamente, com toda a liberdade de poderes especiais para as transações e atos da vida mercantil. E' o gerente *universal*, digamos.

II.—Na administração limitada a uma certa praça, a um certo negocio, ou a um certo estabelecimento, em relação ao qual exerce amplamente a representação como o universal, mas excluido dos demais lugares, negocios ou estabelecimentos que por acaso tenha o preponente.

III.—Na administração cerceada quanto a certos poderes especiais, como quando se lhe outorga um mandato geral com poderes de gerir («feitorizar», diziam as Ordenações...), manter a disciplina interna, vender e outros conexos, mas não se lhe dá poderes de aceitar cambiais e titulos equiparados, comparecer em juizo e outros que requerem menção expressa, ou,

enfim, se limitam os poderes gerais do art. 145 do código.

No primeiro caso lhe cabe à maravilha o conceito de Thöl:—são o «Alter Ego» do preponente, (1) e a sua esfera de ação não conhece limites senão os da lei, da prudencia, da lisura e do zelo pelos interesses do patrão. Temos, no segundo caso, o exemplo dos gerentes de sucursais ou de estabelecimentos principais, mas que não constituem o objeto exclusivo do commercio do preponente, que pode reservar a sua atividade pessoal para outro estabelecimento ou para determinadas especulações. No terceiro caso, os limites da confiança e da latitude de poderes são restritos pela falta de menção expressa para determinados atos mercantis ou pela expressa mutilação do mandato geral, que a lei presuppõe nos gerentes. Se essa limitação é extrema, o outorgado perde o carater de gerente e se equipara a um preposto como qualquer outro, com um mandato expresso para determinados fins, mandato que pode ser concedido até a quem não é preposto. Entretanto, as necessidades da pratica podem exigir semelhantes situações jurídicas:—tal o caso de uma fabrica, que estabelece uma casa simplesmente para retalhar os seus productos, com exclusão de quaisquer outros e, que, por isso, não teria necessidade de deixar um gerente armado de poderes desnecessarios e, ao mesmo tempo, perigosos.

82. — As legislações não se assemelham na medida dos poderes dos gerentes em relação a terceiros

(81). 1) H. THÖL, «Tratatto Dir. Commerce.», trad. ital. de ALB. MARGHERI, Napoles, 1881, v. 1, pg. 164.

e há mesmo sistemas radicalmente contrários. De modo geral, podemos dividi-los em tres grupos. No primeiro e mais antiquado, encontraremos as leis que consideram «pivot» das indagações o registro da nomeação ou o local em que se realizou o ato, como faz a nossa, no art. 74 do Código Commercial. Entretanto a jurisprudencia e a doutrina vão abrindo caminho á evolução do nosso direito no assunto.

O segundo grupo poderá designar-se como *teutonico*, porque tem no direito alemão a sua sistematização mais perfeita. Baseia-se numa presunção «*juris et de jure*» de que o gerente tem um mandato amplissimo, compreendendo todos os atos comerciais e juridicos, exclusive a hipoteca e alienação de imóveis. Quaisquer limitações que se tracem a esse mandato geral, ainda mesmo publicadas, são nulas de pleno direito em relação aos terceiros, em vista de expressa disposição de lei. Mas só se considera investido dessa gerencia plena,—«*Prokura*»,—como a denominam os alemães, aquele que tiver uma declaração *expressa* (§§ 49 e 50 do Código Alemão de 1897, em vigor). Mas se o agente não tem essa declaração ou nomeação expressa, já não é o gerente ou «*Prokurist*», mas um mandatario mercantil (*Handlungsbevollmächtigte*) com poderes para todas as operações e atos compatíveis com a exploração de um estabelecimento semelhante, dentre os quais são excluidos o de aceitar letras de cambio, representar em juizo, contratar empréstimos, e os que os «*Prokuristen*» só podem praticar com autorização expressa (§ 54). Além dessas restrições legais, somente se poderão opôr a terceiros outras se este conhecia que elas haviam sido ditadas contra o «*Handlungsbevollmächtigte*». A respeito dos gerentes ou *Prokuristen* ne-

nhuma limitação prevalece. Esse regime vigora também na Austria, Hungria, na Suíça e na Suécia (1).

O terceiro sistema é o do Código comercial italiano, e diametralmente oposto ao segundo. Se há mandato expresso e registrado nas chancelarias de comércio, são lícitas e validadas as limitações (2). Mas se o gerente ou «institore» é colocado tacitamente, presume-se um mandato geral para todos os

(82). 1) Os códigos da Suécia se abeiram de dois seculos e são talvez, os mais velhos do mundo. Mas a «Prokura», nos moldes germanicos, foi introduzida por uma lei de 13 de julho de 1887, arts. 25 a 32. RAOUL DE LA GRASSERIE, na introdução aos «Codes Suedois de 1734», Paris, 1895, pg. CXX, analisando o instituto da gerencia, salienta: que o «gerente do direito germanico é bem diferente do mandatario do direito francês».

2) Cod. Comerc. ital., art. 370: «Rispetto ai terzi il mandato conferito *tacitamente* all'institore si reputa generale e comprende tutti gli atti appartenenti e necessari all'esercizio del commercio per cui è dato. Il preponente non può opporre ai terzi veruna limitazione del mandato *tacito*, se non prova che essi la conoscevano al tempo in cui fu contratta l'obbligazione».

A lei claramente adota o sistema que referimos e que é exposto pela grande maioria dos escritores italianos, entre os quais, o maior de todos os commercialistas, — VIVANTE: «Questo istituto è regolato diversamente dalla legislazione tedesca, e sarebbe pericoloso trarne argomenti di analogia: ivi il carattere distintivo del *Prokurist* sta principalmente in ciò, che i suoi estesi poteri di rappresentanza non possono essere limitati nemmeno da una dichiarazione pubblica del principale». (Op. cit., pg. 287 do 1.º v., nota 1). No mesmo sentido SRAFFA, op. cit., pg. 87; VIDARI, op. cit., IV, n. 3.572 e seg., pgs. 318 e seg.; SUPINO, op. cit., n. 77, pg. 64; DIENA, «Tratato Dir. Commerc. Internaz.», v. I, n. 33, pg. 223, Firenze, 1900.

Somente conhecemos um escritor italiano que nega a possibilidade de limitar-se o mandato do gerente:—é ROCCO, op. cit., pg. 342.

atos pertencentes e necessários ao negócio, entendendo a doutrina que nesse número se incluem até as hipotecas e alienações de imóveis. (3)

Essas diferenças têm importância não só pelas consequências que refletem sobre determinadas situações a serem resolvidas pelo Direito Internacional Privado, objeto de outro capítulo, como pela prudência que inspiram ou devem inspirar ao se estudar certos casos de direito pátrio segundo os ensinamentos dos grandes mestres estrangeiros. Estes são guias valiosos, às vezes mesmo indispensáveis, como nas hipóteses em que comentam dispositivos semelhantes aos nossos, mas devem ser postos à margem quando haja conflito entre as disposições por eles analisadas e as da nossa legislação.

Diga-se aliás de passagem que, a nosso ver, o sistema italiano, inaplicável nas suas consequências radicais no estado atual do nosso direito, é extraordinariamente simpático, porque protege o interesse público, a boa fé de terceiros, e força por uma sanção energética, insusceptível de ser burlada, o negociante a dar perfeito conhecimento da extensão de poderes dos seus prepostos, trazendo conseqüentemente um estímulo ao cumprimento da exigência legal do registro de cartas de nomeação ou da outorga de mandatos expressos. Não é, aliás, «mutatis mutandi» o sistema que o nosso direito adota em matéria de sociedades, com as presunções ditadas contra as de fato ou irregulares?

O sistema italiano foi o escolhido por Inglês de Souza no projeto de Código Comercial Brasileiro (4).

3) Os autores citados, no n. anterior, inclusive, ROCCO.

4) Vide n. 46 deste livro.

83. — Para o nosso Código Commercial, se a carta de nomeação do gerente ou feitor é registrada de conformidade com o artigo 74, êle obra dentro e fora do estabelecimento por um mandato geral, abrangendo «todos os atos de gerencia conexos e consequentes, segundo se entende e pratica pelos commerciantes em casos semelhantes, no lugar da execução; mas na generalidade dos poderes não se comprehendem os de alheiar, hipotecar, assinar fianças, transações ou compromissos de credores, entrar em companhias ou sociedades, nem os de outros quaisquer atos para os quais se exigem neste código poderes especiais» (artigos 145 e 86 combinados do Cod. Commercial). Se não há o registro nem existe essa carta de nomeação pelo mesmo código, a responsabilidade do preponente não está adstrita senão aos atos praticados dentro da casa commercial e relativos ao seu giro, regra applicavel, aliás, aos outros prepostos, mesmo despidos de gerencia (art. 76).

Esse é o sistema previsto pelo legislador de 1850.

A pratica, os usos commerciaes, a jurisprudencia e a doutrina, cada vez mais levam o problema a outras soluções que se impõem pelas necessidades crescentes de expansão mercantil e pela estagnação da lei em contraste com o dinamismo da vida e do direito.

A carta de nomeação do artigo 74 em regra geral não é usada. Quando o mandato do gerente é expresso, costumam os negociantes dar-lhe procurações com poderes variaveis, mas nos quais, as mais das vezes, se incluem os do foro, extensivos até o pedido de falencia de devedores, os de dar quitação, endossar titulos, assinar cheques, requerer perante repartições publicas e transigir. Excepcionalmente se enunciam poderes mais onerosos. A's vezes, mas pou-

cas, essas procurações, geralmente outorgadas perante tabeliães, são levadas a registro nas Juntas Comerciais. Outros preferem inscrevê-las nos Cartórios de Registros de Títulos e Documentos. No primeiro caso, o seu conhecimento é presumido por parte de todos os comerciantes, e, no segundo, a lei civil presume invocável contra quaisquer terceiros, comerciantes ou não (art. 135, parte final do Código Civil).

Mas é frequente o exercício da gerência sem instrumento escrito de nomeação, mandato ou sequer comunicação pública, embora seja cientificado por carta ou memoranda aos estabelecimentos bancários com os quais o patrão transige, mas isso devido somente à circunstância dos bancos assim o exigirem.

Essas procurações trazem sempre a menção de poderes de «administrar» e «gerir» tal estabelecimento, ou tais negócios do preponente em determinada praça ou em determinadas circunstâncias. Por si só a existência dessa cláusula importa no mandato geral do artigo 145 do Código e abre ao gerente a faculdade «pro arbitrio» de praticar os atos normais do negócio, comprar à vista ou a prazo, vender as mercadorias que fazem o objeto do comércio da casa, nomear e despedir os demais prepostos, cumprir as determinações legais acerca da contabilidade, e outros que não dependem de determinação ou poderes especiais.

A esses atos, Carvalho de Mendonça juntou «aceitar títulos e ordens» (1). Ora, o volume é de 1911, quando já estava em vigor, desde três anos antes, a lei n. 2.044, de dezembro de 1908 sobre as letras de câmbio e promissórias, de modo que a expressão «aceitar títulos», do grande mestre, parece tê-las com-

(83). 1) Op. cit., n. 479.

preendido, até porque, na linguagem jurídica e comercial *aceitar* tem o sentido específico de assumir, com a assinatura, a obrigação de pagar uma cambial, e, àquele tempo, ainda não existiam, na prática pelo menos, as duplicatas. Todavia, ou o sentido do autor foi outro, ou êle modificou mais tarde o seu pensamento, como veremos mais adiante no n. 86.

84. — O Código Comercial Brasileiro não se pronunciou sobre as restrições ao mandato geral. Não as declarou nulas em relação a terceiros, e, embora os códigos de Espanha de 1829, e de Portugal de 1833, que lhe serviram de modelo, fossem claros a esse respeito (1), preferiu silenciar. Daí Carvalho de Mendonça concluiu que sendo incompatível com a natureza da gerencia qualquer limitação de poderes gerais, o nosso código se mostrara *adeantado*, tendo sido, modernamente, imitadores nos códigos comerciais alemão (art. 50), italiano (art. 370), federal suíço de obrigações (art. 423) que não consentem restrições relativamente a terceiros de boa fé, ainda quando constem de documento inscrito no competente registro (2). Equipara pois o sistema do nosso código ao da Alemanha, porem, logo após se abeira da contradição: «O sistema do nosso código é, entretanto, antiquado relativamente à soma dos poderes dos gerentes. Seria conveniente ampliá-los um pouco» (3).

Parece que a lição do nosso maior comercialista

(84). 1) Cód. esp., art. 175, II; Cód. Port., art. 143, II.

2) Op. cit., n.º 481, pg. 483. Mas Carvalho de Mendonça encontra em seu apoio apenas ROCCO. Vide nota 2 ao a. 82.

3) Idem, id.

não se pode tomar muito à letra. Em primeiro lugar porque o sistema da gerencia no código alemão e nos que o seguem (suisso, hungaro, sueco, etc.) difere radicalmente do abraçado pelo código italiano, não podendo portanto admitir-se a origem ou a imitação duma fonte comum,— a brasileira como acreditou Carvalho de Mendonça. Em segundo lugar porque não é pratica:— se há o registro, firmando o conhecimento presuntivo, *erga omnes*, os terceiros não podem alegar ignorancia nem é justo que se beneficiem com a sua falta de prudencia, pois bastava haver limitações ao mandato para que ficassem advertidos. Em havendo mandato expresso, devem ser admitidas as restrições que não sejam absolutas. Seriam invalidas, por exemplo, as limitações que tentassem impedir ao gerente receber a intimação para dizer sobre o pedido de falencia, se ausente o patrão, (Dec. n. 5.746, de 1929, art. 14), como toda vez que se referissem a certo ato inveteradamente praticado pelo gerente com ratificação tacita ou expressa do comerciante.

Mas não se pode nem se deve impedir que o negociante retire ao gerente os poderes de receber titulos que não transitam pelas suas mãos e sim pelos bancos, ou de vender a credito, ou comprar sem vender, e vender sem comprar. Demais, se a lei não declarou expressamente nulas as limitações de poderes, a sanção unica é a desnaturação do contrato:— se se comprime excessivamente o circulo de poderes da gerencia, o preposto não a terá e deverá ser considerado um mandatario mercantil investido apenas dos poderes que lhe são expressamente outorgados.

Nem se diga que um gerente, na sede da filial ou do estabelecimento principal, que administra, trata com firmas situadas em praças longinquas, até mesmo em paises estranhos, e o registro, em regra, é feito

no lugar do domicilio do preposto:—não colhe porque, sabendo disso e não podendo deixar de saber-lo por ser principio pacifico em todas as legislações, cabia-lhes syndicar a extersão do mandato por intermediario de sua confiança na praça do gerente, ou consultar a casa matriz, que, aliás, é quase sempre a que se põe em contacto com as praças estrangeiras. Para essa syndicancia dispõem dos bancos que possuem seções de cadastro, havendo alem dèles agencias de informações comerciais em todas as grandes praças, e publicações com identica finalidade. Se ninguem vende ou ninguem deve vender sem inteirar-se do credito atual do comprador, com mais razão deverá informar-se da capacidade e legitimidade dos gerentes deste.

As proprias necessidades do comercio, os impedimentos transitórios dos preponentes, a urgencia de dar substituto a um gerente para o qual, no momento, se não tenha a pessoa desejada ou a que mereça toda a confiança, podem aconselhar o mandato limitado, que não prejudica a ninguem, em sendo registrado.

Assim, resumindo esse ponto obscuro e incerto na doutrina brasileira, pois à opinião de Carvalho de Mendonça se pode contrapor a de Didimo da Veiga (4), temos que, no Brasil, se a nomeação não é escrita, ou mesmo se é escrita mas não restringe poderes, presumir-se-á o mandato geral do art. 145 do Codigo de Comercio. Mas é perfeitamente licito limitar esse mandato geral, contanto que se faça expressamente e se inscreva na Junta Commercial ou no Registo publico do lugar do exercicio da gerencia o instrumento respectivo, tornando-o oponivel a terceiros.

4) DIDIMO DA VEIGA, *op. cit.*, pg. 165, vol. I.

85. — Qual será a medida do mandato geral que os artigos 86 e 145 combinados, presumem no gerente?

Abrangendo todos os atos de gerencia conexos e consequentes, segundo se entende e pratica pelos comerciantes em casos analogos, com exceção de hipotecar, alheiar, assinar fianças, transações ou compromissos de credores, entrar em sociedades ou companhias, nem os de quaisquer atos para os quais se exigem, em lei, poderes especiais, havia de entender-se habilitado o gerente para agir segundo a natureza do commercio, e, como esse, em regra, consiste na compra para revender, quase sempre a credito, é claro que se extenderia á autorização para fornecer aos vendedores os compromissos de pagamentos dessas vendas, os titulos que representam o valor desse pagamento, e o novam, pelo mesmo motivo que se não pode conceber que compre quem não tem poderes para se obrigar a pagar. Isso é da propria essencia do commercio e não se poderá compreender-se gerencia plena, gerencia sem limitações expressas sem se presumir a capacidade de praticar tais atos. Assim, salvo clausula ou declaração expressa em contrario, devidamente registrada, o gerente poderá comprar, tanto á vista como a prazo, e, desde que pode comprar tem poderes tambem para reconhecer a exatidão das faturas, exatidão que, na legislação brasileira em vigor, é reconhecida nas duplicatas, com efeitos de cambial.

Se toda a venda a prazo, salvo casos especiais, está sujeita á extração e aceite da duplicata, não se admite gerente com poderes para comprar e sem poderes para aceitar a duplicata. Há, nesse sentido,

decisões de tribunais brasileiros reconhecendo aos gerentes poderes para aceitar esses títulos (1).

86. — A duvida, em materia de letras de cambio o promissórias, suscitou memoravel controversia entre festejados juristas brasileiros e só se contou a favor da possibilidade dos gerentes, sem poderes especiais, aceitar validamente tais títulos, o nome de Otavio Mendes, commercialista e professor da Faculdade de S. Paulo, há pouco falecido.

Consultados a respeito de uma procuração outorgada pela firma Brömberg & Cia. ao preposto encarregado da gerência de seu estabelecimento, Carvalho de Mendonça, Bento de Farias e Inglês de Souza, em Janeiro de 1914, sustentaram unanimemente a necessidade de ter o gerente poderes especiais para aceitar, emitir, endossar e avalizar letras de cambio e promissórias, em vista das expressas disposições contidas nos arts. 1, 8, 11, 14 e 54 da Lei 2044 de dezembro de 1908. A essas opiniões se juntou a de Clovis Bevilacqua, inteiramente favoravel ao ponto de vista dos tres commercialistas (1).

Quando foram publicados esses pareceres, Otavio Mendes escreveu um artigo sustentando exatamente o contrario. Para êle, no mandato do gerente,

(85) 1) 2.^a Camara da Corte de Apel., acordãos de 2 de julho de 1929 e de 15 de outubro de 1929. «Rev. de Direito», v. 36, pg. 405 a 407.

(86) 1) Os pareceres dos tres primeiros foram publicados na Rev. de Comerc. e Industria, v. 3, pg. 14, mas a Revista Juridica, vol. IV, pgs. 278 a 282, não só os reproduz como tambem estampa o de Clovis Bevilacqua. Este ultimo incluiu esse parecer tambem nas «Soluções praticas de Direito», vol. II, pgs. 193 a 195.

estão presupostos, por força do artigo 75 do Código Comercial, todos os poderes especiais para os atos relativos ao giro das casas do comércio, pois distingue os poderes «especiais» dos «expressos». O seu trabalho é fartamente inspirado em escritores italianos e alemães, citados a cada passo, e que, entretanto, são imprestáveis para essa demonstração, desde quando, na matéria, as legislações de Itália e Alemanha não só diferem entre si como são opostos à nossa (2).

Mas tarde, outro comercialista se aliou à verdadeira doutrina e trouxe mais um argumento contra a tese insulada do professor Mendes: — Waldemar Ferreira, depois de cotejar prós e contras, lembra, com razão, que fora exato o principio combatido, não só os gerentes, mais quaisquer outros prepostos poderiam também aceitar e avalizar cambiais, pois o art. 75, base da lição professada por Otavio Mendes, refere-se indistintamente a todos êles (3).

Além desses defensores, a doutrina que exige poderes especiais para os atos relativos às letras de cambio e promissórias tem o apoio dos juristas que estudaram a Lei 2044 (4), como também o

2) OTAVIO MENDES, «Os gerentes de estabelecimentos comerciais precisam de mandato especial e expresso para subscrever cambiais?» — na Revista dos Tribunais, v. 23, pg. 241 ou na Revista de Direito, v. 45, pg. 452 e seg.

3) WALD. FERREIRA, «Curso», cit., v. I, pg. 320, n. 128.

4) SARAIVA, «A Cambial», 2.ª ed., Belo Horizonte, 1918, § 36, pg. 188, § 37, pg. 161; PAULO LACERDA, «A Cambial no Dir. Bras.», 3.ª ed., Rio, 1921, pg. 57, n. 47; MARGARINOS TORRES, «Nota Promissória», 2.ª ed., Rio, 1921, n. 25, pg. 184.

da jurisprudência da mais alta corte judiciária do país (5). Não só se vela, com essa interpretação, pelo verdadeiro sentido da lei como por um principio de ordem pratica. As letras e promissórias são obrigações unilaterais, formais,—criam-se pela simples emissão do titulo independentemente de *causa debendi*, de modo que seria um perigo para os interesses dos patrões e para a propria segurança do commercio se se deixasse à mercê dos prepostos, sem autorização expressa daqueles, tamanha faculdade.

87. — Se para sacar, emitir, aceitar e avalizar letras de cambio e promissórias, os gerentes devem ter poderes especiais, não se háde exagerar o rigor da lei a ponto de supor, nela, a intenção de exigir que o mandato para aqueles fins mencione cada ato cambial pela quantia, tempo e outros requisitos.

Bastam poderes genericos para os atos cambiais, como o reconhecem os escritores que se occuparam especialmente daquelles titulos e foram seguidos pela jurisprudencia (1). Pouco importa mesmo qual-

5) Acórdão do Supremo Tribunal Federal, de 30 de dezembro de 1918, no caso sucedido com a firma Bromberg & Cia. que provocou os pareceres aludidos. Entretanto essa decisão foi tomada contra quatro votos vencidos: Coelho e Campos, Pires de Albuquerque, Viveiros de Castro e Pedro Lessa. Esses dois ultimos declararam na justificação do voto, que adotavam a doutrina de Vivante: ai está o exemplo do mau emprego de doutrina acerca de legislações opostas... (Rev. do Supr. Trib. Fed., v. 18, pg. 460, ou na «Revista de Direito», v. 55, pgs. 115 e 116. Vide, sobre outro pleito, originado pela mesma procuração, o Ac. das Cam. Reunidas, de 15 out. 1914, Rev. Direito, v. 34, pg. 130.

(87). 1) SARAIVA, LACERDA e MARGARINOS, nos mesmos livros e lugares cit., em nota 4 ao n. 86, acima. Aresto do Trib. Sup. da Baía, de 17 de set. de 1926, confirmando sentença do então juiz do Comercio, Santos Cruz, in Revista de Direito, v. 84, pg. 160, e vol. 81, pag. 648.

quer indecisão ou imprecisão acerca daqueles poderes (2).

Todavia, a opinião contrária foi sustentada por Martinho Garcez e Bento Faria, (3) logrando ter acolhida num julgado de um tribunal obscuro (4).

Entretanto parece-nos licito que o preponente limite os poderes cambiais a aceitar somente, vedando o aval, ou mesmo que limite os prazos pelo minimo e as quantias pelo maximo. Se o faz clara e expressamente no proprio instrumento em que concede os poderes, o terceiro só se deve queixar de si proprio, pois não se conceberá que ignore a limitação desde quando lhe incumbia examinar o mandato, já que sem esse

2) Conquanto as promissórias sejam *emitidas* e não *aceitas*, considerou-se valida uma que se creou em virtude de mandato «para aceitar promissórias»—Sentença de Ovidio Romeiro, confirmada pela 1.ª Cam. da Corte de Apel., em 9 dez. de 1912 e Cam. Reunidas em 28 de jan. 1914—Rev. de Direito, v. 34 pgs. 123 e seg.

3) MARTINHO GARCEZ, «Nullidades Atos Jurid.», II, n. 303; BENTO DE FARIA, Cod. Comerc. Bras. Anot., 4.ª ed., 1929, pg. 214 do 1.º v.

4) Ac. da Relação de Mato Grosso, de 5 de junho de 1914, apoiado em MARTINHO GARCEZ. WALDEMAR FERREIRA escreveu um lucido parecer de critica a esse julgado, ponderando ainda a feição pratica do caso: «Se prevalecesse a teoria sustentada pelo Tribunal de Cuiabá, seria uma inutilidade o mandato para o gerente intervir em contratos cambiarios. Mais facil seria ao mandante, ao comitente, em vez de passar ao gerente 20 ou 30 procurações por dia, para sacar, aceitar ou endossar determinadas letras de cambio, sacar, aceitar ele proprio.... Mais barato sobretudo». (Man. do Comerc., 2.º t., pgs. 115 e 116). Nas sucursais de bancos, por exemplo, expedem-se diariamente dezenas de letras de cambio e a propria urgencia da materia não comportaria a applicação da doutrina de Bento de Faria e Garcez.

o gerente está desautorizado para atos dessa natureza.

Não há incongruência em negar-se ao gerente ou mandatário geral os poderes para atos cambiais e afirmar-se que os tem para o aceite de duplicatas. Embora haja sensível analogia entre estes títulos e as promissórias e letras de cambio, existem, na sua natureza jurídica, caracteres diferenciais inconfundíveis. Ao passo que as letras de cambio, e promissórias são atos formais, unilaterais, sem indagação de causa, as duplicatas têm como origem certa uma compra e venda a prazo, conferem com a fatura, derivam de um interesse fiscal. Seria ocioso recusar-lhe o aceite desde que o vendedor pode promover o reconhecimento judicial da dívida nos seus livros ou nos do comprador (Dec. n. 17.535 de 10 novembro de 1926, art. 17 § 1). É certo que às duplicatas se ajustam, no que forem applicáveis, as disposições da L. 2044, mas se essa exige «mandatário especial», o mesmo não se dá com o Regulamento, que trata especialmente daquelas e que tolera até a assignatura a rogo, com duas testemunhas, se o comprador não sabe ou não pode escrever (Dec. 17535, art. 1 § 1).

88. — Uma consequência porem deve ficar desde já assinalada:—a falta de poderes do gerente não anula a letra de cambio ou a promissória. Torna-a incobrável do preponente, mas vincula o preposto direta e pessoalmente ao tomador ou sacador.

Se porem o gerente, ou o credor, consegue provar pelos meios de direito, que o produto da operação cambiaria, ou o negocio que o originou, reverteu em beneficio do patrão, sem embargo da origem formal do título, não se lhe poderá recusar a ação «in rem verso» na medida do proveito obtido. É o velho bro-

cardo de Pomponio, que Fabreguettes desejou ver gravado à porta de todos os pretorios: «Jure naturæ æquum est neminem alterius detrimento et injuria fieri locupletiores». Em tal caso, a ação de locupletamento indevido não é propriamente a de origem cambial, a do art. 38 da L. 2.044, mas a de direito comum, à qual, aliás, aquela se filia e bebe na mesma fonte jurídica e ética (1).

O mesmo se dirá se o patrão cooperou ou consentiu na emissão da promissória ou no aceite da cambial, embora o gerente não tivesse mandato para fazê-lo. Há mesmo exemplo de condenação do preponente, que consentiu ao preposto escrever a própria firma daquele, como se ele próprio fora, sem que a justiça julgasse necessário remeter as partes do processo executivo para as vias ordinárias (2).

89. — E' difícil determinar-se o numero de atos para os quais, segundo o nosso direito, há mister de ter o gerente poderes especiais. Origina-se essa dificuldade tanto do desenvolvimento cada vez mais complexo do commercio e das relações jurídicas, que desperta, e escapam à previsão comum, como ainda das diversas situações de gerente.

Tomar-se-á como padrão, para determinar-se a orbita da atividade do gerente, o que for de uso nas casas semelhantes no mesmo local. Assim, além dos atos para os quais a lei exige expressamente poderes especiais, não se poderá admitir que o gerente os

(88). 1) Vide parte final do parecer de Carvalho de Mendonça, na Rev. Jurídica, v. IV, pg. 280, sustentando o cabimento da ação *in rem verso* no caso.

2) Acórdão do Trib. de S. Paulo, de 18 de março de 1931, na Rev. dos Tribunais, v. 78, pg. 120.

tenha para fim oposto ao do mandato ou objeto do commercio.

Partindo desse principio e feitas as distincções a que já nos referimos no numero 81, poderemos apresentar uma relação exemplificativa dos atos tolhidos à capacidade ordinaria do gerente que tiver o mandato geral, mas sem limitações, e, que, portanto, requerem poderes especiais e expressos:

—alienar, hipotecar, constituir anticrese e demais onus reais sobre imoveis;

—alienar o estabelecimento ou a sucursal no seu todo ou na sua maior parte, como objeto de transações globais;

—liquidar o estabelecimento, traspassa-lo, mudar o objeto de seu commercio ou a denominação pela qual é conhecido;

—aceitar, emitir, sacar, e avalizar letras de cambio e promissórias;

—requerer falencias, seja a do preponente, seja a de qualquer devedor;

—oferecer queixas criminaes;

—transigir e aceitar compromissos ou juizos arbitrais;

—desistir de direitos e ações sem protesto de renova-las;

—dar fiança e abonos (1);

—autorizar despachos aduaneiros;

—contratar sociedade, ainda mesmo que anonimas;

(89). 1) Poderes de prestar fiança não se estendem à clausula de principal pagador: BENTO FARIA, parecer de 22 de jun. 1922, Rev. de Direito, v. 65. pg. 88.

- sacar por cheques em conta-correntes ou depositos preexistentes;
- doar e contrair obrigações de favor;
- eleger administradores de sociedades anonimas;
- estar em juizo como autor (2);
- ultimar o contrato de seguro de vida e deliberar sobre o cabimento ou não da indenização nos demais seguros;
- praticar atos mercantis estranhos ou contrarios ao objeto do comercio do preponente;
- praticar quaisquer atos juridicos outros para os quais as leis civis, comerciais e administrativas reclamam poderes especiais.

90. — A mesma dificuldade se encontrará para a enumeração exata e completa dos atos compreendidos no mandato geral. Os mesmos principios que guiaram a exclusão servem para orientar a capacidade ordinaria do gerente. Tambem em carater exemplificativo, damos como incluidos no mandato geral do gerente, salvo limitação expressa e registrada:

(89). 2) Controvertido: Pensam que o mandato geral compreende poderes para o foro: CARVALHO DE MENDONÇA e CARVALHO MOURAO, pareceres na Rev. de Direito, v. 74, pgs. 475 a 480; BENTO FARIA, Rev. cit., v. 71, pg. 512.

O contrario é ensinado por DESCARTES MAGALHÃES, «Curso Dir. Comerc.», Bahia, 1919, 1.º vol., pag. 818, que, a nosso ver, tem razão: — os poderes para o foro são mais perigosos e acarretam maiores responsabilidades que o de firmar compromisso ou transigir, ambos dependentes de menção expressa (C. Civil, 1295 e §§), haja vista as consequencias da lide temeraria...

— manter a disciplina interna do estabelecimento, orientar livremente os negócios dentro das instruções recebidas, ou, na falta delas, segundo os usos comerciais;

— nomear e demitir livremente os demais prepostos; fixar-lhes os salários, exercer sobre eles a policia da casa;

— assinar contratos de locação para prédios, depositos e instalações necessarias ao comercio;

— requerer licenças, baixas de lançamentos, fazer reclamações sobre impostos e fatos semelhantes ás autoridades federais, estaduais e municipais;

— vender as mercadorias do comercio, à vista ou a praso, fazer modificações de preços e condições de uso no ramo, salvo as restrições de estilo na casa ou oriundas de instruções especiais;

— assinar termos de responsabilidade pelas multas aos comandantes de navios, se forem gerentes de filiais e companhias de navegação (Consol. das Leis de Alfand., art. 408);

— passar recibos e dar quitação (1);

— vender moveis e utensilios, se impréstaveis; desnecessarios ou em caso de particular conveniencia;

— segurar bens, instalações e *stocks*;

— comprar, se a natureza do negocio assim o exige, ou se se trata de estabeleci-

(90). 1) Em contrario: BENTO FARIA, Cod. Com., cit., pg. 213.

mento matriz, ou se, sendo sucursal, faz sortimento autonomo;

—aceitar duplicatas;

—substabelecer o mandato a advogados e contrata-los, se tem poderes para o foro;

—fazer protestos cambiais e judiciaes;

—requerer medidas preventivas e assecuratorias, entre as quais vistorias, depositos, etc.;

—ministrar aos bancos instruções acerca dos titulos e efeitos comerciais da clientela;

—emitir e endossar duplicatas;

—endossar por procuração ou para cobrança as letras de cambio e promissorias;

—comparecer em juizo e prestar depoimento pessoal sobre os fatos em que tiver tido intervenção;

—requerer medidas policiaes;

—aceitar e assinar os acordos de que trata a lei de accidentes de trabalho;

—representar o preponente nos processos de falencia ou concordata, e nos concurso de credores civis (2);

—promover nas Juntas Comerciaes o registro dos documentos para os quais as mesmas forem competentes;

—prestar caução *de ratu* para os atos judiciaes urgentes;

—autorizar anuncios e propagandas;

—assinar a correspondencia;

2) Inclusive exercer as funções de sindaco: acord. do Trib. do Amazonas, de 2 de junho de 1923, Rev. de Direito, v. 81, pg. 624.

—aceitar garantias reais e pessoais em favor do preponente.

91. — Nem todos os escritores são acordes nessa latitude de ação. Os estrangeiros de um mesmo país, comentando a legislação respectiva, divergem entre si. Entre os patrios não há ainda um estudo rigoroso do assunto. Entretanto o ponto de vista de Bento de Faria é extremamente restritivo.

Nega até o poder de receber quantias e dar quitação, o qual, a nosso ver, é inseparável do exercício regular da gerencia. Exige, em relação às cambiais, poderes expressos para cada ato, materia que, como vimos, tem solução diversa da grande maioria dos autores brasileiros (1).

92. — Gerentes não são socios, e, portanto não podem utilizar a firma isoladamente. Vinculam o preponente, mas pela sua assinatura individual seguida ou antecedida da declaração de que o fazem pelo patrão. Costumam pôr a clausula «por procuração», enunciada simplesmente pela abreviatura «p. p.», ou mesmo apõem simplesmente o carimbo da firma antes ou depois de assinarem. Declinam quase sempre a palavra «gerente», nada impedindo que empreguem outra semelhante, como «administrador», «diretor» ou «superintendente», esta reservada sobretudo aos das grandes empresas de serviços publicos.

93. — Dentre os varios ramos da exploração mercantil, há um que submete o gerente a regime especial, prescrito em lei, aumentando-lhe a responsa-

(91). 1) Vide n. 87 e notas deste livro.

bilidade e exigindo-lhe cautelas expressas, além das que comumente se aconselham na vida comercial. Tal é o caso dos gerentes de jornais ou de empresas jornalísticas, que são prepostos de commercio, pois, dentre o pessoal mais ou menos numeroso desses estabelecimentos, são, ele e os seus auxiliares de escritorio, os unicos que praticam atos mercantis.

Além da natureza completamente especial do negocio, — a exploração da publicidade, o gerente das gazetas é sujeito ao registro no Cartorio de Titulos e Documentos, ou, à sua falta, nos cartorios de tabeliães locais, onde, conjuntamente com os donos e o diretor ou redator principal, terá matricula contendo declarações de nome, residencia, naturalidade e folha corrida, sob pena de multa de 500\$ a 10:000\$ (Dec. n. 4.743, de 31 de outubro de 1923, art. 20 e §§). As multas são havidas solidariamente dos gerentes e da empresa (art. 18), tendo privilegio sobre os bens desta e daqueles.

E' ainda, por efeito da responsabilidade sucessiva ou «per cascades», imputavel criminalmente pelas infrações de imprensa cometidas pelo diretor do jornal (art. 10 e § unico), na falta ou inidoneidade pecuniaria deste, ou na hipotese de gosar o mesmo de imunidades ou de foro especial (arts. 11 e 15). Além da matricula, o gerente deverá ter o nome estampado no cabeçalho do jornal.

Esse regime de publicidade especial, que a lei impõe aos gerentes, visa assegurar aos ofendidos pelos abusos da liberdade de imprensa a efetividade das sanções que a legislação respectiva comina aos culpados, e, por isso mesmo, não dispensa a inscrição do mandato ou da carta de nomeação nas Juntas Comerciais, para os efeitos mercantis.

94. — Em outro ramo de negocio, os gerentes das sucursais, a despeito do mandato geral, não exercitam em sua plenitude os atos juridicos ordinarios do comercio do preponente. São as emprezas de seguros. A praxe desse ramo mercantil, — que o é a despeito de ser regulado, na sua maior parte por leis civis, o que se explica pelo exiguu desenvolvimento das operações de seguro ao tempo da elaboração do nosso Codigo Commercial, fenomeno que tambem se nota no francês, — a praxe, diziamos, é de que o contrato de seguro de vida só poderá ser concluido pela matriz. Daí as formulas impressas usadas, ao envez de traduzirem a verdade de que o agente propõe o seguro, figuram o contrario: o futuro segurado propõe o contrato à companhia seguradora, que, se o aceita, emite a apolice.

Nas companhias de seguro contra fogo, e sobretudo nas de sinistros do mar, a apolice é emitida pela propria sucursal e não poderia deixar de ser assim, dada a celeridade inseparavel desses negocios.

Todavia se se verifica um incendio, o segurador se reserva, em regra, para apreciar pelos órgãos de sua diretoria, o cabimento ou não da indenização, independentemente de reclamação judicial do segurado.

As companhias de seguro de vida, mesmo quando teem filiais num local, costumam tambem fazer o recebimento dos premios por intermedio de bancos, havendo avisos nesse sentido não só nas apolices como nos memoranda remetidos nas proximidades de se vencerem as contribuições. Entretanto, uma delas já foi condenada a reconhecer a validade do pagamento feito aos prepostos (1).

(94). 1) Trib. de S. Paulo, ac. de 25 de julho de 1919, Rev. de Dir., v. 54, pg. 320.

95. — Dá-se o nome de gerentes, ainda, aos diretores de laboratórios, administradores de fabrica e outros empregados que exercem gestão tecnica, com hierarquia sobre os demais auxiliares, apresentando certa semelhança com os gerentes das casas de negocios. Esses individuos não são porem gerentes ou feitores mercantis, nem prepostos comerciais:— não praticam atos de commercio, nem colaboram neles. Concorrem para o commercio, mas como tecnicos da produção. São, por isso, locadores de serviços, aos quais o Codigo Comercio dedica o Titulo X, artigos 226 e seguintes, fazendo remissões a algumas das regras da preposição e do mandato mercantil.

Se, porem, esses administradores cumulativamente com a atividade tecnica exercem atividade comercial, se, por exemplo, administram a fabrica e superintendem a seção comercial da mesma, vendendo e praticando outros atos de mercancia, temos que preponderará a característica de prepostos de commercio.

96. — Pode o gerente delegar a outrem as suas funções?

O desempenho das funções dos prepostos é pessoal, não podendo, eles, se fazerem substituir senão com autorização dos preponentes. (C. Com., art. 85). Por outro lado, o mandatario mercantil não pode subrogar se o mandato não contem clausula expressa nesse sentido (Cod. Com., art. 146). E' verdade, porem, que esse dispositivo não se inclui entre aqueles de que o art. 86 faz referencia especial como applicaveis aos feitores ou gerentes. E não é menos verdade que o gerente pode ter impedimentos repentinos, mais ou menos longos, inafastaveis, que tornem impossivel a sua permanencia à testa do negocio e aconselhem a delegação dos poderes a outro preposto subalterno

ou mesmo a um estranho que mereça a sua confiança. Ficará responsável por quem houver escolhido, mas os atos deste não de ser validos em relação aos terceiros, vinculando a estes o preponente. Não é outra a solução do direito civil quando o procurador substabelece o mandato sem ter poderes para fazê-lo. (Cod. Civil, art. 1.300, § 1).

97. — Se o patrão nomeia gerentes e não um só gerente, é mister distinguir-se as hipóteses:

I. determina que funcionem solidaria e conjuntamente, obrigando-os portanto à troca de ideias e reciproca aprovação dos atos de gravidade, resultando disso que o veto ou a abstinencia de um em relação aos outros, impossibilita a estes de concluir o ato impugnado:

II. determina que funcionem um na falta do outro, independentemente de ordem, e se entenderá que qualquer deles poderá praticar os atos de que teria competencia se fosse gerente unico;

III. determina que funcionem um na falta do outro, segundo a ordem dos nomes, sucessivamente;

IV. determina que, sendo mais dois, obrem pela maioria.

Admitamos porem que o preponente se limite a fazer a nomeação coletiva, sem especificar a maneira de agir dos prepostos: — será a solução do art. 147, ou seja a determinação tácita da 3.^a hipótese acima? Parece-nos que não, até porque esse dispositivo não se acha entre os mencionados pelo art. 86. Em tal

caso, a nosso ver, qualquer dos gerentes indiferentemente poderá desempenhar o mandato na parte em que esse é o geral do art. 145, porque terceiros que se encontram em contacto com eles, para atos compreendidos na gerencia ordinaria, não são obrigados a maiores indagações. Mas somente os dois, conjuntamente, poderão desempenhar os atos para os quais se fazem necessarios poderes especiais.

Carvalho de Mendonça, inspirando-se no direito e na doutrina alemãs, acha que a gerencia coletiva tem o efeito de subordinar todos e quaisquer atos à cooperação dos prepostos que a receberam (1).

São muito comuns as procurações coletivas nas sucursais de bancos, nas quais apesar de gerente e contadores terem funções especificas e distintas, devem agir em conjunto para certos atos como a emissão de cambiais, outorga de poderes para foro, etc.

98. — Evidentemente respondem os gerentes, como os demais prepostos, pela cooperação que prestarem aos patrões nos crimes destes.

Assim acontece, por exemplo, nos fatos que caracterizam a falencia fraudulenta. Entretanto é duvidoso afirmar-se o mesmo em relação à quebra culposa. Nesta não se podem aplicar os principios da co-autoria nem os da cumplicidade. Ora, imagine-se o gerente da sucursal de uma firma estrangeira, ou mesmo o gerente de uma casa cujo dono se afaste por tempo relativamente longo, e que, sobrevindo a falencia, seja classificada de culposa porque esse mesmo gerente não tivera o cuidado de fazer visar pelo juiz os balanços anuais (Dec. 5.746, art. 184 §

(97). 1) CARV. MEND., *op. cit.*, II, n. 477. Vide CO-SACK, *op. cit.*, pg. 187, v. I.

único): A culpa é, não há dúvida, do gerente desidioso. Mas se poderá responsabiliza-lo criminalmente? Perante o direito brasileiro em vigor não o cremos possível, pois nem êle é o devedor, nem as penas da falencia culposa são extensivas a outras pessoas que não o falido, como, ao contrario, o são as da fraudulenta. Entretanto a legislação italiana previu lucidamente a hipotese, e, pelo art. 862 do Código Commercial em vigor, respondem os gerentes pela falencia culposa.