

VENDEDOR EMPREGADO X REPRESENTANTE COMERCIAL

Eridélia Maria de Araujo Condé¹

Carlos Eduardo Paletta Guedes²

RESUMO

O presente artigo visa diferenciar o Representante Comercial do Vendedor Empregado. Tais trabalhadores, por exercerem as mesmas funções, são muitas vezes confundidos. O Representante Comercial é trabalhador autônomo. O Vendedor é empregado regido sob o contrato de trabalho. Ocorre que, no caso concreto, não há uma legislação específica que diferencia um do outro. Para isso, os tribunais analisam o contrato e verificam se há ou não subordinação, entre outros critérios relevantes de um e outro contrato que serão vistos neste trabalho monográfico.

PALAVRAS-CHAVE: REPRESENTANTE COMERCIAL. VENDEDOR EMPREGADO. DIFERENCIAÇÃO. SUBORDINAÇÃO. CONTRATOS.

¹ Bacharel do curso de Direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

² Advogado, pós-graduado pela PUC/SP e professor das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

INTRODUÇÃO

O Representante Comercial e o Vendedor Empregado têm funções de realizar vendas de determinados produtos em uma região específica. Eles podem vender para empresas atacadistas, varejistas ou distribuidoras.

Mas qual é a real diferença entre estes trabalhadores se eles têm as mesmas funções? Esta é uma pergunta que gera muita discussão atualmente, já que não há no direito do trabalho lei que diferencia o Representante Comercial do Vendedor Empregado. Ambos profissionais situam-se no que denominamos de “*zona grise*”, ou seja, uma zona em que não é possível distinguir se a pessoa física é empregado ou autônomo.

O trabalho do Representante comercial é disciplinado pela Lei 4886/65 (alterada pela Lei 8420/92). Ele é um tipo de trabalhador autônomo, inexistindo subordinação jurídica, sendo assim, dono do seu próprio serviço, assumindo os riscos do seu negócio. O art. 1º da Lei 4886/95, conceitua o Representante Comercial: “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

O Vendedor Empregado é controlado pelo seu empregador possuindo uma relação de emprego com o mesmo. O empregado tem seu conceito descrito no artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, onde o preceito é de que empregado será “... toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Assim, conforme as conceituações acima, a contratação poderá ser de Contrato de Trabalho, regido pela CLT, no caso do Vendedor Empregado, ou

Contrato de Representação Mercantil, quando se tratar de Representante Comercial, vigorando a Lei 4886/65 com redação dada pela Lei 8420/95.

1 CONTRATO DE TRABALHO

1.1 Conceito

A Consolidação das Leis do Trabalho conceitua o contrato de trabalho da seguinte forma em seu art. 442: “O contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

A relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego é espécie. Assim, o contrato de trabalho compreende o contrato de emprego. O primeiro envolve qualquer trabalho, como o eventual, autônomo, avulso, estagiários, empresários, dentre outros. Já o último, diz respeito ao trabalho subordinado, tratando do empregado em relação ao empregador.

De acordo com Sérgio Pinto Martins (2005, p. 15)

A CLT usa mesmo a expressão contrato individual de trabalho em contraposição ao que existia na época (1943), que era o contrato coletivo de trabalho, hoje correspondente à convenção e ao acordo coletivo de trabalho (art. 611 da CLT).

O conceito dado pela CLT ao contrato de trabalho é muito criticado pela doutrina. Embora o diploma consolidado utilize a expressão “contrato individual do trabalho” o correto seria “contrato de emprego”, pois esta é a forma exata de se referir ao tipo de contrato que estaria sendo usado.

Observa-se ainda no conceito o verbo corresponder, que é o mesmo que igualar, representar. Entretanto, contrato de trabalho não é igual a relação de emprego, ao passo que Alice Monteiro de Barros (2012, p. 185) propõe o seguinte conceito:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro

se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. Sua nota típica é a subordinação jurídica. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhes são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo.

A Emenda Constitucional 45/2004 conferiu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, de modo que a justiça do trabalho passou a ser competente para conhecer e julgar as relações de emprego e trabalho.

1.2 Requisitos da relação de emprego

É possível observar cinco requisitos que compõem a relação de emprego, elencados pela CLT no art. 3º, caput, combinado com o art. 2º, caput, *in fine*:

- Trabalho por pessoa física;
- Pessoaalidade;
- Não eventualidade;
- Onerosidade;
- Subordinação.

1.2.1 Trabalho por pessoa física:

O direito do trabalho foi feito para o ser humano, que é o único ser dotado de inteligência e que doa ao empregador sua força de trabalho.

A pessoa jurídica, por sua vez, pressupõe a existência de uma empresa, não sendo nunca empregado.

Acrescenta Maurício Godinho Delgado (2010, p. 271):

Obviamente que a realidade concreta pode evidenciar a utilização simulatória da roupagem da pessoa jurídica para encobrir prestação efetiva de serviços por uma específica pessoa física, celebrando-se uma relação jurídica sem a indeterminação de caráter individual que tende a caracterizar a atuação de qualquer pessoa jurídica. Demonstrado, pelo exame concreto da situação examinada, que o serviço diz respeito apenas e tão somente a uma pessoa física, surge o primeiro elemento fático-jurídico da relação empregatícia.

Portanto, a pessoa física é a única capaz de gastar energia em prol do empregador.

1.2.2 Pessoaalidade

A pessoaalidade é requisito para identificar o empregado. Por exemplo, se José é contratado, é ele quem tem que ir trabalhar e não João. Ou seja, este é o caráter personalíssimo da relação de emprego, a pessoa contratada para trabalhar é a mesma que irá exercer o compromisso, não se fazendo substituir por outrem.

Há algumas exceções quanto ao caráter *intuitu personae*, como nos casos de suspensão de contrato, afastamento por doença, parto, acidente, greve etc.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2012, p. 207), o pressuposto da pessoaalidade exige que o empregado execute suas atividades pessoalmente, sem se fazer substituir, a não ser em caráter esporádico, com a aquiescência do empregador.

Acrescenta Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 271) que:

Há, contudo, situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoaalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoaalidade com relação ao trabalhador original. É óbvio, contudo, que uma intermitente e constante substituição consentida pode ser parte relevante de um contrato de prestação de serviços de caráter autônomo e sem pessoaalidade (como ocorre com o representante comercial que credencia prepostos seus) – o que colocaria a relação jurídica examinada distante da figura típica da relação empregatícia.

A obrigação de prestar serviços, por ser personalíssima, não se transmite a herdeiros e sucessores.

1.2.3 Não eventualidade

A relação de emprego perdura no tempo, é contínua, periódica, não ocasional e exige um mínimo de repetição.

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, isso quer dizer que não se esgota em algum momento, em razão do princípio da continuidade da relação jurídica. Diferentemente do contrato de compra e venda, que se exaure em uma única prestação, a coisa é entregue e o preço é pago, havendo, assim, o término da relação.

Alice Monteiro de Barros (2012, p. 209) exemplifica:

Basta para isso que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador. É o que ocorre com os professores que comparecem aos estabelecimentos de ensino para ministrarem determinada disciplina durante dois ou três dias na semana.

1.2.4 Onerosidade

À medida que o empregado doa sua energia para o empregador, ele se torna merecedor de um salário. Onerosidade é o recebimento da remuneração pelos serviços executados.

Preceitua Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 278) que:

Na medida em que se sabe que o salário pode ser pago em dinheiro ou parcialmente em utilidades (art. 458, CLT), pode ser pago por dia, semana, quinzena ou mês (art. 459, CLT), pode ser calculado segundo modalidade fixa ou fórmula varável no cômputo (art. 483, "g", CLT), na medida em que, assim, a contraprestação econômica do empregador ao empregado pode assumir formas distintas e variadas na prática empregatícia concreta, percebe-se que, do ponto

de vista objetivo, a onerosidade dificilmente se oculta em uma dada relação sociojurídica detidamente examinada.

No caso do trabalho voluntário (Lei 9.608/1998), a prestação de serviços se dá de forma gratuita, descaracterizando a relação de emprego, configurando apenas relação de trabalho.

1.2.5 Subordinação

O art. 3º, caput, CLT, fala em dependência, porém, este não é o termo mais correto. Essa expressão se refere a um vínculo pessoal entre as partes da relação de emprego. Exemplifica Sérgio Pinto Martins (2005, p. 167) que, “o filho pode ser dependente do pai, mas não é a ele subordinado”. No entanto, a palavra mais correta e usada pela doutrina e jurisprudência é subordinação.

Mauricio Godinho Delgado (2010, p. 280/281) conceitua subordinação:

Subordinação deriva de *sub*(baixo) e *ordinare*(ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores.

1.3 Parassubordinação

Parassubordinação é uma subordinação reduzida. Fica entre o trabalho subordinado e o trabalho autônomo. Provém do italiano *parasubordinazione*.

Adriano Januzzi Moreira (2013, p.60/61) cita a Lei Biagi da Itália (2003) e a lei do Trabalho autônomo da Espanha (2007) como exemplos de preocupação da comunidade europeia com o fenômeno da parassubordinação e introduz o tema:

Com as mudanças nas relações laborais e negociais da sociedade contemporânea houve o surgimento de uma nova figura denominada trabalho parassubordinado, definição da doutrina italiana para o tipo de trabalho que possui as características tanto do trabalho por conta própria, como do trabalho por conta alheia: os trabalhadores economicamente dependentes trabalham por sua própria conta e

risco e não estão subordinados ao empregador. Por outro lado, são economicamente dependentes na medida em que se vinculam, em maior ou menor grau, a só empresa cliente. Assim, novas formas de trabalho não subordinado ganham lugar na sociedade sem serem consideradas trabalho autônomo.

Sérgio Pinto Martins (2005, p. 169) exemplifica a parassubordinação:

O n° 3 do art. 409 do CPC italiano faz referência ao contrato de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizam em uma prestação de trabalho continuativa e coordenada, prevalentemente pessoal, que não se caracteriza como subordinada. No contrato de agência, o agenciado só faz o agenciamento, não tendo liberdade de agir, enquanto na representação comercial o representante representa o representado.

O fato da figura do parassubordinado se situar em uma zona intermediária gera uma insegurança jurídica pela falta de previsão legal. Observa-se que o empregado subordinado conta com a proteção de normas trabalhistas e o autônomo é responsável pelo risco da atividade econômica, tendo como única tutela a fonte decorrente do âmbito judicial. Propõe-se, então, para o trabalho parassubordinado uma tutela adequada, como bem sugere Alice Monteiro de Barros (2012, p. 229):

A instituição do trabalho parassubordinado, ao lado do trabalho autônomo e do trabalho subordinado, implica, sem dúvida, redimensionamento do Direito do Trabalho. Em primeiro porque, se esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do Direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação e “perseguir os fugitivos”, como alerta Ermida Uriarte na hipótese de burla à subordinação jurídica. Afora essa hipótese, é necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão dessa disciplina, analisando quais institutos seriam devidos ao trabalhador.

2 CONTRATO DO REPRESENTANTE COMERCIAL

2.1 Conceito

O comércio é um meio de circulação de mercadorias. Para ocorrer a rotatividade de produtos a venda é preciso ter um colaborador. Essa é a principal função do representante comercial, colaborar com os contratos de compra e venda buscando empresários interessados na mercadoria do fornecedor. Ou seja, é ele o responsável por fazer a aproximação, o elo da cadeia de circulação de mercadorias.

No Brasil antigo, até meados do século XIX, os caixeiros-viajantes, mascates, tropeiros, regatões, entre outras denominações, foram os precursores do representante comercial atual. Acrescenta Rubens Requião (2009, p. 221/222):

A figura do representante comercial surgiu como categoria jurídica própria no direito moderno. A atividade de mediação entre contratantes era tradicionalmente desempenhada pelos corretores, ou pelos mandatários e comissários, como auxiliares independentes do comércio. Quando as empresas tomaram maior vulto, com a expansão dos mercados e melhores vias e meios de comunicação, intensificou-se novo estilo de atividade mediadora, através dos caixeiros-viajantes, comumente conhecidos, no interior do Brasil, como *cometas*. Em decorrência de sua inusitada atividade, sobretudo em nosso País, logo ocuparam eles o lugar de *mascates*, comerciantes ambulantes (...). (...) A mediação se impôs como atividade auxiliar e independente das empresas industriais e atacadistas, que se valiam dela, para atingir, mais funcional e economicamente, a clientela disseminada por toda parte (...).

O trabalho do representante comercial autônomo é disciplinado pela lei 4886/65 (alterada pela lei 8420/92). O artigo primeiro da lei 4886/65 conceitua o representante comercial:

Art . 1º: Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios.

Através do conceito, podemos destacar algumas características, entre elas, a autonomia, pessoa jurídica ou física, onerosidade, limitação da zona de trabalho, atividade permanente, aproximação para a circulação de mercadorias.

2.2 Características

2.2.1 Pessoa física ou Pessoa jurídica

O artigo primeiro da lei 4886/65 estipula que representante comercial é pessoa física ou pessoa jurídica.

O representante comercial pessoa física deve ser registrado no Conselho Regional dos Representante Comerciais consoante o artigo 2º da Lei 4886/65.

No entanto, os artigos 967 a 970 do Código Civil e a Teoria da Empresa, regulamentam que empresário deve estar registrado na Junta Comercial. Logo, o representante que quiser constituir como pessoa física empresa individual ou como pessoa jurídica sociedade empresária deverá obedecer os requisitos que a lei dispõe para o empresário.

Complementa Fábio Ulhoa Coelho (2013, p. 488):

O exercício da atividade de representação comercial autônoma está disciplinado pela Lei n. 4886, de 1965, alterada pela Lei n. 8420, de 1992. O representante comercial autônomo deve registrar-se no órgão profissional correspondente, o Conselho Regional dos Representantes Comerciais, ficando sujeito à observância dos preceitos éticos e administrativos definidos pela sua profissão, bem como ao poder disciplinar correspondente. Se o representante comercial for uma pessoa jurídica, deve ser registrado também na Junta Comercial.

2.2.2 Autonomia

O representante comercial não é dependente do representado, ele mesmo é o responsável pela execução da sua atividade, daí sua autonomia.

Danilo Rocha Magalhães (2012) aponta no seu artigo critérios relevantes que caracterizam a autonomia do representante comercial:

Alguns elementos caracterizam o trabalho autônomo, são eles:

- a) iniciativa para ajustar serviços e preços, como para pesquisar novos clientes;
- b) o trabalho por conta e risco. Ao representante comercial cabe o custeio de toda sua atividade desde a divulgação do produto até o pós-venda solucionando possíveis problemas, como trocas e devoluções. Ele é responsável em fazer o negócio progredir;
- c) propriedade dos instrumentos de trabalho, ressalvadas as exceções. O veículo, principal instrumento da maioria dos representantes, normalmente é de sua propriedade.
- d) pagamento em função do resultado. No caso do representante comercial, a comissão só é recebida mediante o pagamento pelo cliente, caso a comissão já houver sido paga, a representada tem direito a estornar o valor pago (Artigo 32 da Lei 4.886/65);
- e) prestação do serviço com independência e liberdade. A cooperação do representante no intuito de alcançar as metas propostas e solucionar os problemas dos clientes junto à representada não é obstáculo a sua independência e liberdade;
- f) poder de direção da própria atividade. O representante comercial autônomo define quando, onde e como desempenhará seu trabalho.

2.2.3 Remuneração

A remuneração do representante comercial se dá por meio de comissão. Trata-se de uma proporcionalidade ao valor do pedido de compra, sendo normalmente calculado por meio de porcentagem.

Explica Rubens Requião (2009, p. 231):

A remuneração do agente ou representante comercial, cujo pagamento é obrigação da empresa representada, chama-se *comissão*, e é geralmente calculada em termos de porcentagem sobre o valor do negócio por ele agenciado. Não havendo ajuste expresso da comissão, esta será fixada pelos usos do lugar onde se cumprir o contrato de representação. A comissão não constitui retribuição pelo trabalho prestado, mas contraprestação resultante da utilidade que decorre da mediação efetuada. Assim, se da mediação nenhum resultado econômico resulta para o representado, a comissão não é devida.

O direito a comissões se dá no pagamento dos pedidos ou propostas (art. 32 da lei), e ainda, deverá ser efetuado até o décimo quinto dia do mês subsequente ao da liquidação da fatura, sob pena de serem corrigidas monetariamente (art. 32 § 1º e 2º da lei).

Acrescenta Fábio Ulhôa Coelho (2008, p. 117):

Mas não basta localizar interessados e motivá-los a formular pedidos de compra para que tenha o representante direito a remuneração. Regra geral, ele passa a titularizar crédito perante o representado desde que se verifiquem, sucessiva e cumulativamente, mais duas condições: a aceitação do pedido (isto é, a concretização do contrato de compra e venda mercantil) e o recebimento do preço pelo representado (ou seja, o cumprimento do contrato pelo comprador).

2.2.4 Exclusividade da zona

A exclusividade da zona está prevista no art. 31 da Lei n. 4886/65.

Quando o contrato de representação comercial for omissivo quanto a exclusividade da zona, o representante fará jus pelos negócios ali realizados. A regra é que a exclusividade venha expressa no contrato.

Fábio Ulhoa Coelho (2008, p. 116) complementa:

Quanto às cláusulas de exclusividade, deve-se atentar para a diferença de tratamento reservada pela lei a cada espécie. A exclusividade da zona é *implícita*, quer dizer, mesmo em caso de omissão do contrato, o representado não poderá comercializar seus produtos nas zonas de exercício referidas no instrumento contratual (art. 31). A presunção do pacto de exclusividade de zona foi introduzida na forma da lei de 1992 e, portanto, não alcança os contratos assinados anteriormente. Em relação a estes – salvo se feita renovação escrita já sob a égide do sistema vigente – não haverá exclusividade de zona senão na hipótese de cláusula expressa. Já a exclusividade de representação *não é implícita*; para que o representante esteja impedido de trabalhar para outro ou outros representados, é indispensável que o instrumento contratual ostente expressa cláusula nesse sentido. As partes definem, se pactuam a exclusividade, os limites da restrição, que pode ser *parcial* (referindo-se somente a produtos concorrentes aos do representado ou a determinada base geográfica) ou *total* (quando os esforços da

empresa do representante estarão todos concentrados na criação ou consolidação dos produtos do representado).

2.2.5 Requisitos

A lei 4886/65, dispõe no seu artigo 27 cláusulas que obrigatoriamente devem constar no contrato de representação comercial:

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

- a) condições e requisitos gerais da representação;
- b) indicação genérica ou específica dos produtos ou artigos objeto da representação;
- c) prazo certo ou indeterminado da representação
- d) indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação;
- e) garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona;
- f) retribuição e época do pagamento, pelo exercício da representação, dependente da efetiva realização dos negócios, e recebimento, ou não, pelo representado, dos valores respectivos;
- g) os casos em que se justifique a restrição de zona concedida com exclusividade;
- h) obrigações e responsabilidades das partes contratantes:
- i) exercício exclusivo ou não da representação a favor do representado;
- j) indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35, cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação.

2.2.6 Prazo contratual

O contrato de representação comercial pode ser com prazo determinado ou indeterminado.

A lei 4886/65 estipula em seu artigo 27, parágrafos 2º e 3º, que se o contrato com prazo determinado tiver o seu prazo inicial prorrogado, tornar-se-á em contrato com prazo indeterminado, pouco importando se a dilação do prazo se deu expressa ou tacitamente.

Será considerado por prazo indeterminado todo contrato que suceder dentro de seis meses a outro contrato, independente de determinação de prazo.

Acrescenta Fábio Ulhôa Coelho (2008, p. 116):

Sobre o prazo contratual, pode ser determinado apenas no *primeiro* contrato entre as partes. A renovação será, de acordo com a lei, sempre feita por prazo indeterminado, de modo a preservar o representante de periódicas negociações, que poderiam criar oportunidade para mudança, em seu desfavor, dos termos do contrato. Para protegê-lo, inclusive, define a lei que, vencido sem renovação o prazo do primeiro vínculo contratual, também será necessariamente com prazo indeterminado o novo contrato firmado nos 6 meses seguintes (art. 27, § 2º e 3º).

3 VENDEDOR EMPREGADO OU REPRESENTANTE COMERCIAL?

3.1 Zona grise

A expressão *zona grise* vem do francês e quer dizer zona nebulosa, zona cinzenta.

Deu-se essa denominação às situações em que a relação de trabalho situa em zonas intermediárias trazendo dificuldade sobre qual o vínculo existente.

É o que acontece com o representante comercial e o vendedor empregado. Em que no primeiro visualiza-se a autonomia, já no segundo, a subordinação com o empregador.

Mas, no caso concreto, é difícil distinguir um do outro, já que suas funções se confundem, daí a *zona grise*. Explica Guedes, Moraes e Guedes (2010, p. 35):

(...) torna-se às vezes, nebulosa, como, por exemplo, ao se distinguir certo tipo de relações de autonomia do trabalho subordinado. Um vendedor pode ser autônomo, se dirige sua própria atividade em seu proveito, não se subordina; mas, se os traços da subordinação surgem: controle; direção de atividade; salário, muitas vezes até exclusividade, começa a transparecer a subordinação e surge a relação de emprego e, correspondentemente, o contrato de trabalho.

Não há no direito brasileiro, lei que defina o vendedor empregado e o representante comercial. O que existe são características apontadas pela doutrina e jurisprudência que ajudam a diferenciar um do outro. Alice Monteiro de Barros (2012, p. 251) argumenta que o art. 1º da lei 4886/65 dificultou ainda mais esta diferenciação entre esses profissionais, vejamos:

Isso porque a Lei n. 4886/65 (com as alterações advindas da Lei n. 8420/92), que disciplina o trabalho do representante comercial autônomo, dificulta ainda mais esse enquadramento, quando estabelece, para o representante comercial, além dos serviços de natureza não eventual (art. 1º), certos elementos a que os tribunais se apegavam para caracterizar a subordinação jurídica, entre os quais: a fixação e restrição de zonas de trabalho, a proibição de autorizar descontos, a obrigação de fornecer informações detalhadas sobre o andamento do negócio e a observância às instruções do representado (art. 27, 28, e 29).

3.2 Elementos diferenciadores

A diferenciação entre o trabalho autônomo e o trabalho empregado é importante para que ninguém tenha desvantagem na relação empregatícia. O trabalhador é hipossuficiente em relação ao seu empregador, logo, o principal prejudicado acaba sendo o empregado, que muitas vezes, leigo, executa um trabalho diferente do qual foi contratado recebendo menos por isso, sendo que, poderia ganhar uma remuneração maior pela sua função.

Neste sentido, a doutrina estabeleceu alguns elementos diferenciadores que podem ajudar os tribunais na definição de qual trabalho fora executado pelo suposto empregado ou trabalhador autônomo.

Adriano Jannuzzi Moreira, 2013 (apud MANNRICH, 2009, p. 455/481) aponta os critérios diferenciadores:

Em determinadas situações, há sérias dificuldades para se aferir se o serviço é prestado por empregado ou autônomo. Para tanto, é possível utilizar-se do critério da presunção do contrato de trabalho, levando-se em conta os seguintes aspectos: como trabalha, onde trabalha e como é remunerado. De acordo com o primeiro aspecto, como trabalha, levam-se em conta as seguintes considerações: se o prestador de serviços está inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade; se presta serviços sob as orientações do tomador; se os instrumentos de trabalho são essencialmente fornecidos pelo beneficiário da atividade. Em outras palavras, deve-se investigar se o trabalho é executado segundo instruções e sob controle de outra pessoa; se implica integração do trabalhador na organização da empresa; se é desenvolvido única ou principalmente em benefício de outrem; se deve ser executado pessoalmente pelo trabalhador, num horário determinado, ou no lugar indicado ou aceito por quem solicita o trabalho; se é de certa duração e tem certa continuidade, ou requer disponibilidade do trabalhador, implicando fornecimento de ferramentas, materiais e máquinas por parte de quem encomenda o trabalho. De acordo com o segundo critério, onde trabalha – devem-se levar em conta as seguintes condições: se o serviço é prestado na empresa beneficiária da atividade, ou em local por esta controlado, com horário previamente definido. O último dos apontados critérios refere-se à forma de pagamento. Este deve levar em conta o tempo despendido ou se o prestador dos serviços se encontra numa situação de dependência econômica. Por meio do apontado critério, deve-se verificar se a remuneração se dá periodicamente, representando única fonte ou fonte principal de rendado trabalhador, ou se há pagamentos em espécie, tais como alimentação, moradia ou transporte, bem como se são reconhecidos direitos como descanso semanal e férias anuais. Além disso, se o pagamento leva em conta se o trabalho é executado no horário noturno ou em domingos e feriados. Por fim, se o contratante paga viagens para o trabalhador executar o serviço, de modo a livrar-se dos riscos inerentes à atividade econômica.

Para Marli A. Cardone (1998, p.32/33), a subordinação é a principal característica da relação de trabalho, assim, ela sugere a divisão dos elementos que

podem existir num vínculo empregatício (elementos de certeza, de indício e excludentes). Vejamos:

Como a questão da subordinação caracterizadora do contrato de trabalho é geralmente discutida nos tribunais, procuramos buscar nas relações entre empresário e vendedor elementos que possam configurar essa subordinação ou excluí-la. Assim, entendemos poder dividir os elementos que podem existir na relação de trabalho em três espécies: elementos de *certeza* – quando encontrados existirá a subordinação; elementos de *indício* – quando encontrados, devem levar o julgador a uma busca mais ampla a fim de chegar ao encontro de elementos de certeza ou à sua exclusão; elementos *excludentes* – quando encontrados, afastam por completo a possibilidade de subordinação. Esses elementos englobam as seguintes circunstâncias:

Elementos de certeza:

1. Colocação à disposição da empresa da energia de trabalho durante um certo lapso de tempo, diário, semanal ou mensal, com o correspondente controle pela empresa.
2. Obrigação de comparecer pessoalmente à empresa, diária, semanal ou mensalmente.
3. Obediência a métodos de venda da empresa.
4. Fixação de período para viagem pela empresa.
5. Recebimento de instruções sobre o aproveitamento da zona.
6. Obediência a regulamento da empresa.

Elementos de indício:

1. Recebimento de quantia fixa mensal.
2. Utilização de material da empresa, pastas, talões de pedidos, lápis etc.
3. Uso de papel timbrado da empresa.
4. Obrigação do mínimo de produção.
5. Recebimento de ajuda de custo.
6. Obrigação de prestar pessoalmente trabalhos.

Elementos excludentes:

1. Existência de escritório vendedor e admissão de auxiliares.
2. Substituição constante do vendedor por outra pessoa na prestação do serviço.
3. Pagamento de Imposto sobre serviços
4. Registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais.
5. Utilização do tempo segundo diretrizes fixadas pelo próprio vendedor, sem qualquer ingerência da empresa contratante.

Marli A. Cardone (1998, p. 33/34) ainda complementa:

Quanto aos elementos que descrevemos, entendemos útil esclarecer que os elementos de certeza devem ser encontrados simultaneamente para que se possa concluir pela existência de subordinação e conseqüentemente da relação de emprego; já dos elementos de indício basta o encontro de um deles para despertar a atenção do julgador e levá-lo à busca dos elementos de certeza ou dos excludentes. Quanto a estes últimos, apenas os de ns. 1 e 2 são suficientes para, isoladamente, excluïrem por completo a possibilidade de existência de contrato de trabalho. Os seguintes são aspectos de ordem externa, que sozinhos não dizem nada, mas podem corroborar a indicação dos dois anteriores. Aliás, a doutrina e a jurisprudência têm repelido, por exemplo, o fato exclusivo de registro no Conselho como descaracterizador do contrato de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira é omissa quanto ao tema vendedor empregado e representante comercial. Como visto, embora exista uma lei específica para o representante, esta ajudou ainda mais a confundir esses profissionais, pois traçou características que eram usadas pelos tribunais para definir o vendedor empregado. O que temos são elementos diferenciadores que nos ajudam a nortear qual a relação de trabalho existente.

Neste sentido, a Doutrina tem analisado o requisito subordinação como o principal critério diferenciador entre Vendedor Empregado e Representante Comercial. Quanto maior o vínculo do empregado com a empresa, estabelecida estará sua subordinação, caracterizando-se um Contrato de Trabalho. Diferentemente ocorre com o Representante Comercial, que tem mais liberdade no seu trabalho, por tratar-se de um trabalhador autônomo.

Enfim, de acordo com as pesquisas desenvolvidas neste artigo, percebe-se que cabe ao julgador analisar o caso concreto e avaliar qual é a relação empregatícia que se trata, levando em consideração a primazia da realidade fática, já que estamos numa *zona grise* e não há lei que solucione essa divergência. Para

isso, é preciso observar os princípios, normas e jurisprudências que norteiam o nosso sistema jurídico para conseguir chegar a uma decisão equilibrada e fundamentada, que alcance a verdade real.

EMPLOYEE X REPRESENTATIVE SELLER COMMERCIAL

ABSTRACT

This present work aims to differentiate between the Commercial Representative and the Sales Employee. Such workers, by exercising the same functions, are often confused with each other. The Trade Representative is self-employed. The Sales Person is an employee under a contract. It happens that, in this case, there is no specific legislation that differentiates one from the other. For this reason, the courts analyze the contract and check whether there is or isn't subordination, among other relevant criteria found in one or another agreement as will be seen in this monograph.

KEYWORDS: COMMERCIAL REPRESENTATIVE. SALES EMPLOYEE. DIFERENTATION. SUBORDINATION. CONTRACTS.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: Ltr, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Consolidação das Leis do Trabalho, Código de Processo Civil, Constituição Federal, Legislação Trabalhista e Processual Trabalhista, Legislação Previdenciária. 15 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (RT MiniCódigos).
- CARDONE, Marly Antonieta. **Viajantes e pracistas no direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Ltr, 1998.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa (volume 3)**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso direito do trabalho**. 9.ed. São Paulo: Ltr, 2010.
- GUEDES, J.A.C.; MORAES, S.M.P.G.; GUEDES, C.E.P. **Curso prático de direito do trabalho e Clt**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2010.
- MAGALHÃES, Danilo Rocha de. **A lei de representação comercial brasileira e os obstáculos à autonomia e empresarialidade do representante comercial**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 19 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36082&seo=1>>. Acesso em: 08/2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2005

MOREIRA, Adriano Januzzi. Artigo Pejotização e parassubordinação – O direito do trabalho frente a esta nova realidade e os passivos trabalhistas, previdenciários pela caracterização da relação de emprego. **LTr**, São Paulo, ano 77, n. 1, jan. 2013, p. 55-67.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial** (volume 1). 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.