

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O TRABALHO DO VENDEDOR-VIAJANTE E PRACISTA*

Alice Monteiro de Barros**

Sumário: 1 Relação de emprego; 2 Remuneração dos Vendedores-viajantes e praticistas; 2.1 Nascimento do direito às comissões; 2.2 Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador. Cancelamento de vendas; 2.3 Comissões – Vendas através de licitação; 2.4 Comissões e exclusividade de zona – Comissões e cessação da relação de emprego; 2.5 Vendas à prestação. Exigibilidade das comissões; 2.6 Insolvência do comprador; 2.7 Cláusula *star del credere*; 2.8 Lastro ou fiança; 3 Comissões – Natureza jurídica. Repercussão na remuneração para os efeitos legais; 4 Pagamento das comissões; 5 Acumulação de funções; 6 Alteração contratual; 7 Intervalo; 8 Vendedor viajante e praticista – Serviço Externo – Hora extra; 9 Enquadramento; 10 Equiparação salarial; 11 Cláusula de não-concorrência; 12 Competência da Justiça do Trabalho para dirimir as controvérsias entre vendedor viajante e empregador.

1 RELAÇÃO DE EMPREGO

A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do Direito do Trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parassubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela instituída para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste no nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta.

No campo da ciência jurídica, ao lado de casos típicos, em relação aos quais não há dúvida sobre o enquadramento, existem figuras intermediárias que se situam nas chamadas “zonas grises”, cuja tipificação apresenta-se difícil, ensejando certa complexidade. Esse fato ocorre, muitas vezes, quando se torna necessário realizar o enquadramento do vendedor como trabalhador subordinado regido pelo Direito do Trabalho ou como representante comercial autônomo, disciplinado pela Lei nº 4.886, de 1967.

Não há no Direito do Trabalho brasileiro lei que defina o vendedor-empregado e o representante comercial.¹ A subordinação jurídica é reconhecida, universalmente,

* Artigo republicado por ter saído com incorreção na numeração das notas de rodapé na Revista TST, vol. 67, nº 3, jul/set 2001.

** *Doutora em Direito pela UFMG, Juíza Togada do TRT 3ª Região, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto de Direito Social Cesarino Júnior.*

1. Representante comercial. Relação de emprego. Não há lei *a priori* que defina o vendedor como representante comercial ou como empregado. É do exame de cada caso e das condições em que se presta o

como elemento descritivo da relação de emprego, apresentando-se como traço que distingue o empregado viajante ou praticista do representante comercial autônomo, cujas funções são análogas às do primeiro. O conteúdo da subordinação varia de intensidade, segundo a natureza da prestação de serviços e fins da empresa. E, em se tratando de distinguir esses dois trabalhadores, nem sempre é fácil a missão. Isto porque a Lei nº 4.886/67 (com as alterações advindas da Lei nº 8.420/92), que disciplina o trabalho do representante comercial autônomo, dificulta ainda mais esse enquadramento, quando estabelece, para o representante comercial, além do serviço 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 zona 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). Assim, restam, como critérios favoráveis à subordinação, a obrigatoriedade de comparecimento à empresa em determinado lapso de tempo, a obediência a métodos de venda, rota de viagem, cota mínima de produção, ausência de apreciável margem de escolha dos clientes e de organização própria, como também risco a cargo do dador de trabalho.

A doutrina oferece alguns critérios que poderão auxiliar o intérprete na aferição da subordinação jurídica. Marly Cardone, em excelente monografia sobre o tema,² fornece uma classificação de circunstâncias que compreendem três espécies de elementos, os quais podem ser sintetizados da seguinte forma:

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.

serviço que depende o enquadramento do vendedor em uma ou outra categoria. Somente o exame das condições em que se desenvolve a atividade é que definirá qual a condição prevalecente (TRT – 12ª Reg. – 2ª T. – Ac. nº 9357/2000 – Rel.: Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo – DJSC 28.9.2000, p. 81 – Revista do Direito Trabalhista, Brasília: Editora Consulex, outubro/2000, p. 60.

2. CARDONE, Marly A. *Viajantes e Praticistas no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Editora Ltda., 1998, p. 32.

4. Obrigação de mínimo de produção.
5. Recebimento de ajuda de custo.
6. Obrigação de prestar pessoalmente os trabalhos.

Elementos excludentes:

1. Existência de escritório de 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.

Esclarece a citada autora que os elementos de certeza devem ser encontrados simultaneamente para se concluir pela existência da subordinação jurídica, enquanto os elementos de indício, basta que exista um deles para que o julgador fique alerta, procure os elementos de certeza ou as excludentes e defina a natureza da relação de trabalho.³

Também na tentativa de auxiliar o intérprete, Rubens Requião aponta como características do trabalho autônomo a organização própria, o encargo dos riscos, a liberdade de itinerário e de emprego de tempo, os ônus pessoais de despesas, a inscrição nos registros peculiares e o pagamento de impostos e taxas pelo exercício da profissão.⁴ Esclarece o autor que os dois últimos fatos são elementos formais que não afetam a substância da relação jurídica.

A jurisprudência, em geral, com apoio no princípio da primazia da realidade, não tem considerado o simples registro no Conselho Regional dos Representantes Comerciais e o recolhimento de contribuições sociais na condição de autônomo como excludentes da relação de emprego,⁵ tampouco a ausência deste registro como elemento de certeza da relação de emprego.⁶ A formalidade do registro no CORE e o recolhimento da contribuição social na condição de autônomo geram uma presunção de autonomia da relação jurídica, podendo, entretanto, ser invalidada por prova em sentido contrá-

3. CARDONE, Marly A. *Op. cit.* p. 33/34.

4. REQUIÃO, Rubens. Representação Comercial – Sua distinção da relação de emprego. *Revista LTr* 34/553, ano 1970, p. 560. Os critérios distintivos apresentados pelo autor assemelham-se aos apontados por Giuseppe Giordano, na obra *Il contratto di agenzia*, p. 83.

5. VENDEDOR. “Não é pelo simples fato de um representante comercial estar registrado no respectivo Conselho Regional que se caracteriza seu trabalho independente. Se o representante está sujeito à produção mínima, a controle de atividades, a relatórios e a outras exigências que fazem configurar o trabalho subordinado, aí se torna ele um empregado”. (Eduardo Gabriel Saad, “CLT Comentada”, 25ª edição). Recurso a que se nega provimento. TRT 6ª Reg. RO 5.961/96 – AC. 1ª T, 7.1.97 – Rel. Juiz Joaquim Pereira da Costa Filho 61-07/959. (*In* “Revista LTr”, nº 61, 1997, pág. 1.728).

6. RELAÇÃO DE EMPREGO VERSUS REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – Provado que o trabalho era realizado com ampla autonomia, o simples fato de o prestador de serviço não ser registrado no órgão de classe competente não transmuta a relação havida. O princípio do contrato realidade não vigora apenas em benefício do trabalhador, já que a realidade é um fenômeno único, não havendo que se falar em vínculo de emprego, portanto. (TRT 3ª R. – RO 898/00 – 1ª T. – Relª Juíza Beatriz Nazareth T. de Souza – DJMG 14.07.2000). *Revista Síntese Trabalhista*. Set. 2000. p. 82.

rio.⁷ Já a falta desta formalidade, associada a outros elementos, fortalece o reconhecimento do liame empregatício.⁸ Entre esses elementos, favoráveis à subordinação e de acordo com o caso concreto, que o justifique, temos a obrigação de o vendedor cumprir as instruções do empregador sobre o desenvolvimento da atividade, como plano detalhado de trabalho, com exigência de comparecimento à empresa ou de informações periódicas, rota de viagem, sujeição a controles e inspeções, não incidência de risco. O conteúdo da subordinação nesta relação de emprego é atenuado, embora presente.

Outro aspecto objeto de discussão entre os doutrinadores diz respeito à representação do empregador pelo vendedor empregado, a qual não define a relação de emprego, pois esta poderá existir com ou sem a representação.

2 REMUNERAÇÃO DOS VENDEDORES-VIAJANTES E PRACISTAS

2.1 Nascimento do direito às comissões

É disciplinada pela Lei nº 3.207, de 18 de julho de 1957, a situação dos empregados, vendedores viajantes, que executam suas atividades deslocando-se de cidade em cidade ou para países diferentes e a dos chamados “pracistas”, que se encarregam de vender os produtos da empresa numa única e determinada praça, onde está domiciliado. A par da Lei nº 3.207 de 1957 existem também dispositivos da CLT que tratam da temática, como o art. 62, “a”, e o art. 651, § 1º.

Os vendedores, sejam eles pracistas ou viajantes, em regra, recebem salário à base de comissões, quer como forma exclusiva de remuneração (comissionista puro),

REPRESENTANTE COMERCIAL – Vínculo de emprego inexistente. No presente caso, restou demonstrado inexistência de subordinação com a reclamada, em face da autonomia de decisão do reclamante. A falta de contrato de representação e a inexistência de registro perante o Conselho Regional, como representante comercial autônomo, não têm o condão de descaracterizar a representação comercial autônoma, posto que o art. 27 da Lei nº 4.886/65 possibilita a existência de contrato verbal de representação, sendo o registro no conselho uma obrigação legal do reclamante e não da reclamada. (TRT 15ª R. – Proc. 746/1999-0 – (018748/00) – 1ª T. – Rel. Juiz Luiz Antônio Miguel Pereira – DOESP 30.05.2000) Revista Síntese. Out. 2000. p. 78.

7. RELAÇÃO DE EMPREGO PROVADA. O REGISTRO DO CONSELHO REGIONAL DE REPRESENTANTES NÃO O FAZ AUTÔNOMO. “O registro do Conselho Regional dos Representantes Comerciais e o recolhimento como autônomo das contribuições de previdência não excluem, de plano, a relação de emprego. – Prevalência das condições efetivas de prestação de serviço. É empregado o Inspetor de Vendas e Cobrança que presta contas à Tesouraria da firma e trabalha em regime de subordinação, recebendo da empresa as despesas de viagem” (TRT 6ª Reg. RO 2.523/82, Ac. 23.2.83, Rel. Juiz José Guedes Corrêa Gondim Filho, in Rev. LTr, nº 47/83, p. 1.244).
8. RELAÇÃO DE EMPREGO – Caracterização. Se o reclamante se diz típico empregado e a reclamada, em contraposição, o diz autêntico representante autônomo, deve-se verificar a presença dos requisitos formais e materiais que sinalizem o trabalhador autônomo. Na hipótese em exame, a reclamada não logrou provar o registro do reclamante no Conselho Regional dos Representantes Comerciais, um dos requisitos formais (Lei nº 4.886/65, arts. 2º, 5º e 6º). Por outro lado, das próprias cláusulas do contrato de representação comercial, acostado aos autos, exsurge a ingerência da reclamada na atividade do reclamante – rotinas traçadas periodicamente, exigência de relatórios pormenorizados, modelo padrão de relatórios e remuneração fixa – limitando-o a tal ponto que o tornou mero colaborador da atividade da reclamada. Não se pode ignorar a relação de emprego que se evidencia. (TRT 17ª R. – RO 1.610/1999 – Rel. Juiz José Carlos Rizk – DJTES 16.06.2000) Revista Síntese Trabalhista. Out. 2000, p. 78.

quer sob a forma de salário composto, isto é, um fixo acrescido de comissões. Na hipótese de ser o vendedor comissionista puro, quando as comissões mensais não alcançarem o mínimo legal ou convencional, o credor do trabalho deverá assegurar-lhe esta importância de acordo com o comando constitucional (art. 7º, VII). Essa obrigação é uma decorrência do fato de que o risco do empreendimento econômico deverá ser suportado pelo empregador.

Dispõe o art. 466 da CLT que o pagamento das comissões e percentagens só é exigível depois de ultimada a transação a que se referem. E o § 1º deste mesmo artigo prevê que nas transações realizadas por prestações sucessivas, é exigível o pagamento das percentagens e comissões que lhes disserem respeito, proporcionalmente à respectiva liquidação.

Esse artigo despertou divergência quanto à interpretação: uns entendiam que o termo “ultimada a transação” significava a conclusão do negócio, com a aceitação da proposta e outros entendiam que a expressão pressupõe a completa execução, inclusive com pagamento feito pelo comprador. Com o advento da Lei nº 3.207, seu art. 3º dispôs que a transação será considerada aceita se o empregador não recusar a proposta, por escrito,⁹ dentro de dez dias, contados da data da proposta, em se tratando de vendas realizadas no mesmo Estado. Este prazo alonga-se para 90 dias quando se trata de venda efetivada em outro Estado ou no estrangeiro, podendo o referido prazo ser prorrogado por tempo determinado, mediante comunicação escrita do empregador ao empregado.

2.2 Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador. Cancelamento de vendas

Verifica-se, portanto, que o direito à comissão surge ou com a aceitação expressa do negócio ou, de forma tácita, com a expiração do prazo previsto para o empregador recusar a proposta. Logo, aceita a proposta, de uma ou de outra forma, nasce o direito do empregado às comissões, independentemente de o cliente cancelá-la,¹⁰ devolvendo a mercadoria, que lhe foi entregue com defeito ou outro motivo qualquer e deixando de efetivar o pagamento. Da mesma forma, se por motivo alheio à vontade do empregado, o

9. Comunicação impeditiva do direito a comissões por vendas canceladas. Forma prescrita em lei. A Lei nº 3.207/57, em seu artigo 3º, estabelece que o cancelamento de vendas, por parte do empregador, deve ser comunicado ao empregado-vendedor-comissionista por escrito. Assim sendo, nos termos do art. 145 do Código Civil, a validade do ato depende de forma prescrita em lei. Tendo sido feita verbalmente a comunicação impeditiva do direito ao pagamento de comissões por vendas, não atinge o fim colimado. Revista conhecida e provida. TST.RR-360686/97 – 4º T. Rel. Min. Ives G. Martins Filho. DJ 12.05.2000.

10. “Comissões sobre vendas canceladas”. Deve-se adotar a interpretação favorável ao empregado no sentido de que não pode o vendedor sujeitar-se ao fato de o cliente não aceitar as mercadorias que lhe foram enviadas, devendo o empregador arcar com tal risco”. Ac. TST 3ª T. RR 3118/85, Rel. Min. Ranor Barbosa, DJ. 16.5.1986. In *Dicionário de Decisões Trabalhistas*. Calheiros Bonfim, 21ª edição. ESTORNO DE COMISSÕES – Se a transação foi concluída pela aceitação do comprador e vendedor, o empregado faz jus à comissão resultante do seu trabalho, regularmente cumprido. Se fato posterior ocorre, prejudicando aquele negócio, cabe ao empregador suportar os ônus decorrentes, característicos do risco inerente à atividade empresarial. (TRT 3ª R. – RO 13.837/99 – 4ª T. – Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira – DJMG 18.03.2000) Revista Síntese Trabalhista, maio de 2000, p. 79.

empregador deixa de entregar a mercadoria, ainda assim fará jus às comissões, pois já houve dispêndio de energia do trabalhador, insuscetível de restituição, situando-se o desfazimento do negócio na esfera do risco do empreendimento econômico, o qual deverá ser suportado pelo empregador, na forma do art. 2º da CLT. A própria Lei nº 3.207 determina que “a inexecução voluntária do negócio pelo empregador não prejudicará a percepção das comissões e percentagens devidas”. O referido preceito corrobora a assertiva segundo a qual o direito às comissões nasce com a aceitação do negócio.

2.3 Comissões – Vendas através de licitação

A jurisprudência¹¹ tem entendido que a participação do vendedor, na fase preparatória da licitação, que levaria o empregador a participar da concorrência pública, não gera o direito às comissões caso este último vença a licitação e realize a venda a ente público. Isto porque, além de a lei de licitações proibir a intermediação, a venda é resultado da vitória da proposta apresentada, de acordo com a decisão do órgão licitador, não intervindo aqui a capacidade de convencimento do vendedor.

2.4 Comissões e exclusividade de zona – Comissões e cessação da relação de emprego

Dispõe o art. 2º da Lei nº 3.207 que na hipótese de lhe ter sido reservada, com exclusividade e expressamente, uma zona de trabalho, o vendedor terá direito às comissões sobre as vendas ali realizadas diretamente pelo empregador ou por um preposto da empresa. O fundamento desta garantia consiste em assegurar a “subsistência do contrato de trabalho do vendedor, não permitindo que os proventos do empregado sejam reduzidos por concorrência do próprio empregador, pois que, neste caso, o empregado seria forçado a demitir-se; caracteriza a despedida indireta, pois é óbvio que o empregador, agindo dessa maneira, estaria obrigando o empregado a demitir-se”.¹²

A terminação das relações de trabalho não prejudica a percepção das comissões e percentagens devidas, como se infere do art. 6º da Lei nº 3.207,¹³ que tutela o direito adquirido do empregado advindo da aceitação da proposta de venda pela empresa, ainda que posteriormente à cessação da relação laboral. O contrato continua com “efeito

11. Não gera direito à comissão do *vendedor* negócio efetuado com os entes públicos, eis que havidos mediante *licitação*, visto que, neste procedimento, não existe por consequência dos princípios e mandamentos constitucionais a intermediação entre a empresa e a administração pública. TST. RR. 127.228/94 – 3ª T. AC 1542. DJ 9.8.96, p. 27337. Rel.: Min. José Luiz Vasconcellos.

12. CARDONE, Marly. *Op. cit.* p. 74.

13. Comissionista. Vendas ajustadas durante o contrato. Finalização após a cessação da relação de emprego. Comissões por vendas. Mesmo após a cessação da relação de emprego, o empregado comissionista faz jus às comissões resultantes de vendas ajustadas no curso do contrato, ainda que finalizadas posteriormente.” AC TRT-2ª Reg., 2ª T. RO 02910052278. Rel: Juiz Antônio Pereira dos Santos. DJSP 24.2.93. p. 141. Repertório IOB de Jurisprudência 7/93, p. 119.

A matéria é polêmica e comporta decisão contrária: “Comissões – Exigibilidade. As comissões só são exigíveis quando efetivamente pagas e liquidada a transação (inteligência do art. 466 da CLT). Não há que se falar em pagamento das mesmas, após o rompimento do pacto laboral, quando não mais existe a relação de emprego. Recurso de revista a que se nega provimento”. (TST – 2ª T – RR nº 311950/96-3 – Rel. Min. José Alberto Rossi – DJ 13.08.99 – pág. 169).

residual”, “deixando rastro jurídico”. É o fenômeno da eficácia retardada do contrato.¹⁴

2.5 *Vendas à prestação. Exigibilidade das comissões*

Nas transações em que a empresa se obriga por prestações sucessivas, o pagamento das comissões e percentagens será exigível de acordo com a ordem de recebimento das mesmas (art. 5º da Lei nº 3.207). O dispositivo deixa claro que se o cliente paga a primeira prestação e deixa de quitar a segunda, as comissões só serão exigíveis depois de quitada esta última, o que significa assumir o empregado o risco de empreendimento juntamente com o empregador.

O preceito em questão trata da exigibilidade, isto é, do aspecto temporal, da ordem de recebimento das comissões. Se, contudo, a venda tiver sido realizada, com a aceitação expressa ou tácita da proposta, a simples inadimplência do cliente ou o cancelamento do contrato por quaisquer das partes, não impede que o vendedor receba suas comissões pelo trabalho realizado, sendo irrelevante tratar-se de pagamento integral ou parcelado. Entendimento contrário implicaria transferir para o trabalhador os riscos do negócio, contrariamente ao que dispõe o art. 2º da CLT. O trabalhador só perderia esse direito se tivesse agido dolosa ou culposamente.

Vejam, a propósito, a jurisprudência:

COMISSÃO. VENDA PARCELADA. TRANSAÇÃO COMERCIAL RATIFICADA PELA EMPRESA. POSTERIOR CANCELAMENTO. DIREITO À PERCEPÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, DA LEI Nº 3207/57, E § 1º, DO ART. 466 DA CLT. O direito à percepção das comissões nasce com a aceitação da proposta pela empresa, sendo irrelevante se o pagamento for integral, ou parcelado. A partir desse momento, toda responsabilidade pelo cumprimento do contrato restringe-se à empresa e à contratada. Na hipótese de haver cancelamento, a exigibilidade do crédito da comissão advém do efetivo pagamento, nos termos do art. 5º da Lei nº 3207/57, bem como o §1º do art. 466 consolidado. Ressalte-se que o termo exigibilidade deve ser entendido como ordem de recebimento, considerado o aspecto puramente temporal. Havendo cancelamento do contrato, quer pela empresa contratada, quer pela contratante, e não tendo o empregado-comissionista contribuído para tal desiderato, faz jus à percepção das comissões, posto que não lhe é lícito suportar os riscos do negócio. TRT – 15ª Região – Ac. 009472/2000 – RO-032780/98 – 2ª Turma – Relator: Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 13.03.2000.

SALÁRIO. COMISSÕES. CANCELAMENTO. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS DESCONTADAS. Exceto no caso excepcional de insolvência do comprador, ou quando houver recusa por escrito da proposta de venda pelo empregador (Lei nº 3207/57, art. 6º), o descumprimento, pelo comprador, das obrigações resultantes do negócio ou o cancelamento da compra não dá ao empre-

14. CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. Vol. II, p. 494.

DOUTRINA

gador o direito de proceder ao estorno das comissões ou percentagens auferidas pelo empregado. Exegese do artigo 466 da CLT e incidência do art. 7º da Lei nº 3207/57. Revista parcialmente conhecida e provida. TST-RR-319248/1996 – Ac. 1ª Turma – Redator Designado: Ministro João Oreste Dalazen. DJ 10.03.2000. Obs.: No corpo deste voto, o douto redator deixa claro que apenas “no caso excepcional de insolvência do comprador cabe ao empregador estornar a comissão que porventura já tenha pago”.

2.6 Insolvência do comprador

Verificando-se a insolvência do comprador, cabe ao empregador estornar a comissão que houver pago ao empregado (art. 7º da Lei nº 3.207). A lei teve em mira impedir que o vendedor, “na ganância de receber altos salários não se interessasse em conhecer a real situação econômica e financeira do cliente e entabulasse o negócio”.¹⁵ Entretanto, não nos parece justo, mesmo quando aja de boa-fé, e com as cautelas necessárias, deixe o vendedor de auferir as comissões pelas vendas aceitas antes da falência do cliente. Melhor teria sido que o legislador brasileiro seguisse o exemplo da lei argentina quando determina “que não será responsável o viajante, salvo o caso de dolo ou culpa grave de sua parte, pela insolvência do cliente (art. 12 da Lei nº 14.546).

2.7 Cláusula *star del credere*

Esta cláusula tem origem no direito italiano e é utilizada nos contratos de comissão mercantil; através da sua inserção o comissário fica constituído responsável solidário ao comitente. Atualmente a cláusula em questão perdeu essa característica e constitui uma garantia parcial nos contratos de comissão mercantil.

Indaga-se sobre a possibilidade de ser estipulada esta cláusula nos contratos de trabalho. A doutrina¹⁶ ressalta a dificuldade de aplicá-la ao Direito do Trabalho, considerando que o inadimplemento da obrigação pelo freguês ou sua mora, situa-se na esfera de risco do empreendimento, o qual será suportado pelo empregador, devendo ser aplicado ao vendedor empregado a regra insculpida no art. 462 da CLT, isto é, responderá o empregado pelos danos ocasionados dolosamente, ou, se previamente ajustado, na hipótese de ter agido culposamente.

Saliente-se, entretanto, que na hipótese de insolvência do cliente o vendedor perderá as comissões, caso a venda tenha sido a prestação, mas não se torna devedor solidário.

2.8 Lastro ou fiança

O lastro ou fiança consiste em um fundo de reserva feito através de numerário do empregado em favor do empregador, para garantir a liquidez das vendas, dos estornos ou de adiantamentos.¹⁷ O fundo de reserva, na prática, constitui-se de desconto

15. CARDONE, Marly. *Op. cit.* p. 89.

16. CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*, v. 2, São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. p. 492.

17. CARDONE, Marly. *Op. cit.* p. 81.

mensal feito no salário do empregado, o que encontra obstáculo no art. 462 da CLT ou então de um valor global pago pelo empregado ao empregador, o que também é ilegal, por transferir para o trabalhador o risco do empreendimento econômico; ademais, cumpre lembrar que a própria Lei nº 3.207 já assegura ao empregador os meios de se precaver na hipótese de insolvência do cliente, isto é, procede-se ao estorno das comissões que houver pago.

3 COMISSÕES – NATUREZA JURÍDICA. REPERCUSSÃO NA REMUNERAÇÃO PARA OS EFEITOS LEGAIS

As comissões constituem salário variável pago por unidade de obra ou de serviço sendo esta sua natureza jurídica. Como retribuem apenas trabalho, o repouso semanal atinente a elas deverá ser calculado à parte, tomando-se como parâmetro a regra alusiva ao tarefeiro (art. 7º, *c*, da Lei nº 605/49); isto é, apura-se o valor das comissões recebidas durante a semana, no horário normal de trabalho, e divide-se pelos dias de serviço efetivamente prestados; o divisor desta operação equivale a um dia de repouso. As comissões acrescidas do repouso, dada a sua feição retributiva, incorporam-se ao cálculo das férias (art. 142, § 3º, da CLT), pela média percebida pelo empregado nos doze meses que precederam à concessão. Elas integrarão também o cálculo do aviso prévio, de acordo com a média dos últimos doze meses de serviço (art. 487, § 3º, da CLT), da indenização (art. 478, § 4º); também com base nessa média elas se incorporarão ao cálculo da gratificação natalina, na forma do art. 2º do Decreto nº 57.155 de 3 de novembro de 1965. As comissões incluem-se ainda no cálculo das horas extras, de acordo com o Enunciado 340 do TST.

O citado Enunciado 340 do TST parte do pressuposto de que o comissionista já teria sido remunerado pelas horas acaso trabalhadas, com as comissões que auferiu, pelas vendas que realizou no período extraordinário; em sendo assim, fará jus apenas ao adicional de 50% ou outro previsto em instrumento normativo.

4 PAGAMENTO DAS COMISSÕES

O pagamento das comissões e percentagens deverá ser efetuado mensalmente, expedindo a empresa, no fim de cada mês, a conta respectiva com as cópias das faturas correspondentes aos negócios concluídos (art. 4º da Lei nº 3.207 de 1957). Fica, contudo, ressalvada às partes interessadas fixar outra época para o pagamento das comissões e percentagens, o que, no entanto, não poderá exceder de um trimestre, contado da aceitação do negócio, sendo sempre obrigatória a expedição pela empresa da conta referida neste artigo (art. 4º, § único da Lei nº 3.207 e art. 459 da CLT).

5 ACUMULAÇÃO DE FUNÇÕES

O empregado que acumula as funções de vendedor viajante ou pracista com as de inspeção e fiscalização fará jus ao pagamento adicional de 1/10 (um décimo) da remuneração que lhe é atribuída (art. 8º da Lei nº 3.207).

6 ALTERAÇÃO CONTRATUAL

A regra geral inserida no art. 468 da CLT veda a alteração contratual, mesmo bilateral, quando for capaz de ocasionar prejuízos ao empregado e considera nula a cláusula infringente. O mesmo diploma legal, no art. 469, impõe restrições ao empregador no que tange à transferência dos empregados. As restrições impostas nestes preceitos poderão ser aplicadas ao empregado vendedor viajante ou pracista, porém adaptando-as às disposições contidas na Lei nº 3.207, a qual abre exceção à regra da inalterabilidade das condições contratuais. Esta legislação especial autoriza a empresa, de acordo com as suas necessidades, a ampliar ou restringir a zona de trabalho do empregado, respeitados os dispositivos desta lei quanto à irredutibilidade de salário (art. 2º, § 1º). Sempre que, por conveniência da empresa empregadora, for o viajante transferido de zona de trabalho, com redução de vantagens, ser-lhe-á assegurado, como mínimo de remuneração, um salário correspondente à média dos 12 (doze) últimos meses, anteriores à transferência (art. 2º, § 2º, da Lei nº 3.207). Cada parcela mensal deverá ser devidamente atualizada com correção monetária, para que seja posteriormente somada e obtida a citada média.¹⁸

Alteração contratual lesiva, muito comum entre os que recebem salário à base de comissões, consiste na redução do percentual ajustado a esse título, fato que constitui, sem dúvida, flagrante alteração do contrato de trabalho. Ocorre que o empregado deverá se insurgir contra essa alteração dentro do quinquídio prescricional, se o contrato estiver em vigor, ou em dois anos na hipótese de ter havido ruptura do contrato, sob pena de prescrição total, considerando que o percentual não é fixado por lei, dependendo do consenso das partes. Logo, a redução do percentual está jungida ao terreno da livre contratualidade a ensejar prescrição total, na forma da jurisprudência predominante (Precedente nº 175 da SDI do TST).

7 INTERVALO

O empregado vendedor-viajante não poderá permanecer em viagem por tempo superior a seis meses consecutivos. Em seguida a cada viagem haverá um intervalo para descanso, calculado na base de três dias por mês de viagem realizada, não podendo, porém, ultrapassar o limite de quinze dias (art. 9º da Lei nº 3.207).

8 VENDEDOR-VIAJANTE E PRACISTA – SERVIÇO EXTERNO – HORA EXTRA

Os empregados vendedores viajantes e pracistas exercem suas funções externamente, fora do estabelecimento empresarial, dificultando o controle direto sobre o tempo que o empregado, efetivamente, encontra-se à disposição do empregador. E, exatamente, em face dessa peculiaridade, o art. 62, I, da CLT, considera não abrangidos pelo regime previsto no capítulo sobre jornada de trabalho os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na CTPS e no registro de empregados. A exclusão só se justifi-

18. CARDONE, Marly. *Op. cit.*, p. 108.

ca se a atividade for insuscetível de fixação de horário; portanto, se o caso concreto situar-se nesta hipótese, não serão devidas horas extras.

9 ENQUADRAMENTO

O empregado vendedor-viajante ou praticista pertence à categoria diferenciada, como aliás já se pronunciou o C. TST.¹⁹

10 EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Discute-se a possibilidade de vendedores com clientela ou áreas diferentes de vendas receberem o mesmo percentual de comissões.²⁰ A jurisprudência tem-se inclinado favoravelmente ao pedido de equiparação salarial, por entender que essas circunstâncias não se situam como excludentes da isonomia consagrada no art. 461 da CLT. O empregador não poderá determinar arbitrariamente o que é igual, devendo pautar-se em critérios objetivos e normativos.

11 CLÁUSULA DE NÃO-CONCORRÊNCIA

A inserção da cláusula de não-concorrência nos contratos de trabalho é polêmica, pois se de um lado ela é necessária à proteção dos legítimos interesses da empresa, “numa época em que o capital intelectual importa mais do que o segredo de fabricação”, dada a intensa concorrência a que são submetidas as empresas, de outro lado ela poderá infringir a liberdade de trabalho, ofício ou profissão assegurada em preceito constitucional.

A legislação estrangeira vem autorizando a inserção da cláusula de não concorrência no contrato de trabalho, mas com limitações. E assim é que o art. 2125 do *Código Civil Italiano* autoriza a estipulação do *patto di non concorrenza*, o qual limita o

19. Categoria diferenciada. Vendedor externo. Negociação coletiva. Aplicação. A Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, após calorosos debates, pacificou o entendimento, sob a forma da Orientação Jurisprudencial nº 55, de que o empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa para a qual prestou serviços não foi representada pelo órgão de classe de sua categoria. Recurso conhecido e provido. (TST – 1ª T. – RR-361848/97-0 – Rel. Min. Ronaldo L. Leal – DJ 01.09.2000, p. 349). Revista do Direito Trabalhista, outubro 2000, p. 63.

20. Isonomia salarial. Não pode o empregador tratar desigualmente empregados exercentes de uma mesma função, atribuindo a uns vantagens que não atribui a outro. O reclamante, por sinal vendedor de primeira linha da reclamada, tem direito a receber o mesmo percentual de comissões pagas a outros vendedores. O fato de trabalhar junto a uma clientela mais selecionada não justifica a desigualdade remuneratória. A hipótese em tela não corresponde exatamente a uma equiparação salarial, sendo irrelevante que à reclamatória tenha sido dada esta natureza, pois ao Juiz é que cabe fixar o enquadramento jurídico da matéria, após ouvir as alegações das partes (TRT-3ª Reg. – RO-2836/75 – 2ª T. – Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos, MG 01.04.77). In. DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. Equiparação salarial. São Paulo: LTr, 1980, p. 73.

Equiparação salarial. Vendedores com diferentes áreas de atuação. Não-configuração da diversidade de locais de trabalho. A circunstância de que o reclamante e o paradigma, na condição de vendedores, cobriam áreas diferentes de vendas, não implica diversidade de local de trabalho e não impede, portanto, a constituição do direito à equiparação salarial. O que o legislador da CLT visou impedir foi a equiparação salarial entre empregados de uma mesma empresa que laborassem, de forma fixa, em localidades diferentes, relativamente às quais a diferença de salário poderia muito bem ser compensada por uma diversidade de nível de custo de vida. (TRT – 2ª R. – RO-029803010/13 – 8ª T. (Ac. 029902924/83), Rel. Juíza Wilma Nogueira de Aratújo Vaz da Silva – DOESP 06.07.1999). Revista Síntese Trabalhista – Jan. 2000, p. 84.

desenvolvimento da atividade do empregado, por período sucessivo à cessação do contrato. Essa cláusula será nula se não for ajustada por escrito com uma contraprestação em favor do empregado e se o vínculo não for contido entre determinados limites de objeto, tempo e lugar. A duração do vínculo não poderá ser superior a cinco anos, se se tratar de empregado dirigente e a três anos nos outros casos. Se for pactuada uma duração superior, ela será reduzida na medida citada. Na *Espanha*, o Estatuto do Trabalhador, no art. 21, também prevê a possibilidade de se ajustar cláusula de não-concorrência para vigor após a cessação do contrato de trabalho. Essa cláusula não poderá ter duração superior a dois anos para os técnicos e a seis meses para os demais trabalhadores e só será válida se concorrerem os seguintes requisitos: que o empresário tenha um efetivo interesse industrial ou comercial nele e que se conceda ao empregado uma compensação econômica adequada. Em *Portugal*, a cláusula de não concorrência está prevista no art. 36/2 da Lei do Contrato de Trabalho, devendo ser estipulada por escrito, durante o período máximo de três anos e desde que haja risco efetivo para o empregador. Na *França*, decisão da Corte de Cassação, de 12 de janeiro de 2000, admitiu a possibilidade da cláusula de não-concorrência poder suspender toda a atividade de ex-empregado em empresa concorrente, desde que necessária à proteção dos legítimos interesses da empresa e não obste o empregado de assumir outro emprego, de acordo com sua formação e experiência profissional.²¹ São requisitos de validade da cláusula de não-concorrência: a necessária proteção dos legítimos interesses das empresas e a possibilidade de se permitir ao empregado sua recolocação. O primeiro requisito poderá ser comprovado, observando-se o setor para o qual trabalha o empregado e o risco que ele constitui. É necessário que os juízes examinem se a empresa tem interesse de se prevenir de uma concorrência e se ela tem concorrentes perigosos, capazes de recrutar o empregado. Não basta, portanto, o estado de concorrência no setor. Por outro lado, o risco irá depender da função que o empregado exerce na empresa, sendo três os indicadores: contato com clientela, acesso às informações específicas sobre a empresa, aquisição de *know how* à empresa. O primeiro desse indicador diz respeito, em geral, aos empregados que exercem atividade comercial, cuja função os coloca em contato com cliente, devendo-se verificar a natureza do laço que existe entre eles. Cumpre verificar também se o empregado tem acesso a informações capazes de arruinar a empresa e se o acesso se dá a um *know how* da empresa, ou seja, a particularidade de técnica ou relatos de outras técnicas utilizadas por ela.

Os autores franceses criticam o acórdão citado, alegando que ele desprezou um dado importante antes utilizado pela jurisprudência, o qual consiste em limitar no tempo e no espaço a inserção da cláusula de não-concorrência. A decisão da Corte de dezembro de 1997 condicionou a validade da cláusula à possibilidade de se permitir ao empregado a sua recolocação, atenta à liberdade de trabalho. Para isso, é necessário que os juízes apreciem a possibilidade de o empregado encontrar nova colocação, tendo em vista sua formação e experiência. Outros indicadores complementares também

21. GAVALDA, Natacha. Les critères de validité des clauses de non-concurrence em droit du travail. Droit Social, n° 06, jun/99, passim.

devem ser analisados como tempo-espaço, salário, idade do empregado, situação familiar, isto é, número de filhos em idade escolar.

No Brasil, o art. 482, c, da CLT, dispõe que o empregado deverá se abster de realizar negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha, ou for prejudicial ao serviço. A prática dessa falta implica justa causa para a dispensa.²²

Como se vê do dispositivo legal citado, a concorrência desleal traduz violação ao dever de fidelidade, constituído por obrigação de não fazer, sendo uma consequência do princípio da boa-fé. Se a lei proíbe a negociação habitual sem permissão do empregador, quando constituir ato de concorrência à empresa, evidentemente que ela torna possível a inserção da cláusula de não-concorrência durante o período de vigência do contrato. Após o término da relação de emprego, a persistência dessa cláusula só se justifica em casos excepcionais, isto é, quando necessária à proteção dos legítimos interesses do empregador, e ainda assim, por um determinado período, durante o qual deve-se assegurar ao trabalhador uma indenização. Não cremos, tampouco, possa a referida cláusula, nessas condições, cercear a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão inserida no art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, pois a inserção da cláusula deverá permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe é própria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimentos empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador.

Percebe-se que a doutrina brasileira,²³ cujo ponto de vista aderimos, tende a aceitar a aplicação da cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho, por aplicação subsidiária da legislação estrangeira, como autoriza o art. 8º da CLT, em situações excepcionais, sendo ideal a previsão em convenção coletiva, com limitações relativas ao objeto, tempo e espaço. A inserção dessa cláusula nos contratos de trabalho deverá ser analisada dentro de um contexto de razoabilidade, em face dos interesses e liberdade que estão em jogo.

12 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA DIRIMIR AS CONTROVÉRSIAS ENTRE VENDEDOR VIAJANTE E EMPREGADOR

À luz do art. 651, § 1º da CLT, com a nova redação dada pela Lei nº 9.861 de 27 de outubro de 1999, “quando for parte no dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Vara de localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima”.

22. Justa causa. Concorrência desleal. Caracteriza-se a prática de concorrência desleal, prevista na alínea c do art. 482 da CLT, a prestação de serviços para os quais foi contratado pela empresa, a clientes desta, de forma autônoma, com orçamentos inferiores aos por ela apresentados, mesmo que fora do horário contratual de trabalho. (TRT – 15ª Reg. – 5ª T. – Ac. nº 9248/2000 – Relª Olga A.J. Gomieri – DJSP 13.3.2000, p. 93). Revista do Direito Trabalhista, Brasília: Consulex, abr./2.000, p. 55.

23. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho. Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista. 1ª Quinzena de julho de 1999, nº 13/99. Caderno 2, p. 287. BELTRAN, Ari Possidonio. A cláusula de não-concorrência no direito do trabalho. Revista do advogado. São Paulo, 1999, p. 63-68.