

**VÍNCULO DE EMPREGO. REQUISITOS LEGAIS. NOVA INTERPRETAÇÃO. CONTRATO-REALIDADE. ALTERIDADE.** O contratualismo do direito civil não se presta a explicar a verdadeira concepção de contrato, no direito do trabalho. O contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador. A subordinação, com as características impressas pelo moderno mercado de trabalho, e a alteridade, requisito de construção doutrinária que significa a prestação de serviços por conta alheia, devem ser conjugados para aferir se existe efetiva autonomia ou se a relação é de emprego, apesar de formalmente constituída como contrato de índole civil. Recurso provido para reconhecer a relação de emprego e determinar o retorno dos autos à origem para análise dos demais pedidos.

**V I S T O S**, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 13ª Vara do Trabalho de Curitiba, em que é recorrente **ELIO HORST JUNIOR** e recorrida **ARTEX S. A.**

## **I. RELATÓRIO**

Da sentença de fls. 202/205, que julgou improcedente a ação e aplicou multa por litigância de má-fé, recorre o autor, pelas razões de fls. 207/216. Alega que a prova produzida nos autos demonstra que a relação entre as partes alterou-se, a partir de 8 de fevereiro de 1997, apenas para exonerar a ré dos encargos decorrentes do vínculo de emprego que havia anteriormente. Pede reforma para que se reconheça que mesmo depois da dispensa, em 5 de fevereiro de 1997, manteve-se a relação de emprego até 28 de novembro de 1997. Pede, também, que se exclua a condenação em multa por litigância de má-fé e invertam-se os ônus da sucumbência. Custas processuais recolhidas (fl. 217). Procuração à fl. 09.

A ré apresentou as contra-razões de fls. 221/228. Procuração e substabelecimento às fls. 63/64.

O Ministério Público do Trabalho entendeu que a natureza dos interesses em litígio não exige sua intervenção no feito, por ora (fl. 231).

## **II. FUNDAMENTAÇÃO**

### **1. ADMISSIBILIDADE**

Regular e tempestivamente interposto, **CONHEÇO DO RECURSO.**

### **2. MÉRITO**

#### ***a) Vínculo de emprego***

O autor foi admitido pela ré em 3 de maio de 1993, na função de vendedor e demitido sem justa causa em 5 de fevereiro de 1997 (fls. 12/14). Narrou, na inicial, que foi compelido pela empregadora a assumir a condição de representante comercial, inclusive com abertura de firma individual em seu nome. Junta contrato de representação comercial que firmou com a ré em 8 de

fevereiro de 1997 e do instrumento de ruptura do pacto (fls. 15/24). Alega que a relação manteve, sempre, a mesma natureza e que a constituição de empresa individual foi condição imposta pela ré, com objetivo de eximir-se de encargos trabalhistas. Nega que tenha sido empregador das testemunhas, como entendeu o julgador e pede que se reconheça que, em todo o período, houve vínculo de emprego, com a condenação da ré nos termos da inicial.

Os contratos de trabalho e de representação comercial possuem diversos pontos comuns, de forma que se reveste de extrema complexidade a tarefa de distingui-los. Em geral, as duas figuras têm, em comum, o caráter pessoal, oneroso e habitual da prestação de serviços, sem que se possa negar, na representação comercial, traços de subordinação.

Por vezes, é imposta ao representante a obrigação de observar critérios de venda, área de atuação e até mesmo a exclusividade na representação dos produtos da representada.

São previsões legítimas a partir do teor da Lei n.º 4.886/65, com os acréscimos introduzidos pela Lei n.º 8.420/92. O único parâmetro – e, ainda assim, bastante difuso – restante para aferir a verdadeira natureza da relação que se estabelece é a intensidade da subordinação. Costuma-se entender, nessa esteira, que o empregado se sujeita ao controle e direção do empregador de forma direta e irrestrita, sem qualquer margem de autonomia nas atividades. Em contrapartida, o profissional de vendas autônomo, ainda que sujeito aos limites pactuados no contrato de representação comercial, é o responsável pela direção do empreendimento, inclusive no tocante à disciplina do tempo que destina às vendas<sup>1</sup>.

Tenho sustentado a dificuldade de utilizar o elemento subordinação como critério distintivo, sem acrescentar-lhe algumas características que o mercado terminou por imprimir às relações de trabalho<sup>2</sup>.

Algumas hipóteses exigem interpretação temperada, ou quando menos, modernizada, ao conceito de subordinação. É que o mercado de trabalho sofreu modificações profundas, nas últimas décadas, mas o ordenamento jurídico – e, por conseqüência, também a doutrina e a jurisprudência – ainda não foram capazes de assimilar as alterações decorrentes. Entendo que não se pode mais exigir, para efeito de configurar a subordinação de que trata o art. 3º da CLT, o contato direto de empregador e empregado, tampouco a estreita vigilância na consecução dos serviços.

Veja-se, por exemplo, que a possibilidade de ampla informatização, no âmbito das empresas, já permite o acompanhamento de tarefas e o envio de relatórios, sem que o comparecimento à sede do empregador tenha caráter obrigatório, como antes ocorria. Nem por isso se pode dizer que o trabalhador age com autonomia apenas porque não precisa comparecer diariamente ao estabelecimento do empregador. Fragilizam-se, assim, argumentos como a inexistência de controle de jornada, de superior hierárquico, entre outros.

Reflita-se, a propósito, sobre a inegável subordinação ao capital, na medida em que a não execução das tarefas implicará, sem dúvida, em causa para rompimento da relação de trabalho (ou de representação) e cessação do pagamento de salários (ou de comissões). O não cumprimento de

---

<sup>1</sup> REPRESENTANTE COMERCIAL - A distinção principal do contrato de trabalho e do contrato de representação comercial é a autonomia. Portanto, ausente a subordinação jurídica, não há como se reconhecer o vínculo empregatício. (TRT 9ª R. - RO 2.825/99 - Ac. 21.068/99 - 2ª T. - Rel. Juiz Ney José de Freitas - DJPR 17.09.1999)

<sup>2</sup> VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. ARTIGO 3º DA CLT. ADAPTAÇÃO DO CONCEITO À NOVA REALIDADE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. A modernização das relações de trabalho, bem como a introdução de tecnologia, impõem a revisão do conceito de subordinação como requisito para configuração do vínculo de emprego. Não se pode cogitar da estreita fiscalização, quanto ao cumprimento de tarefas, pois mesmo os empregados que podem enviar relatórios à distância, por meio de comunicação informatizado, são subordinados ao empregador. É, portanto, dispensável o contato direto entre empregado e empregador nos moldes antes exigidos. (TRT 9ª R. - RO 1753/2001 - Ac. n.º 23.920/2001, publ. 06/09/2001 - 2ª T.. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu.)

tarefas, de forma reiterada, poderia acarretar punição de outra natureza, qual seja o rompimento da relação de emprego e o fim dos ganhos, pelo trabalhador.

Na hipótese dos autos, a decisão acatou a tese da defesa de que o autor deixou de ser empregado, em 5 de fevereiro de 1997 e, três dias depois, firmou com a ré o contrato de representação comercial juntado às fls. 15/22. A proximidade das datas não pode ser vista como óbice a que, realmente, o empregado tivesse feito essa opção. Ocorre que outros elementos permitem supor que seria, no mínimo, despropositado que o autor tivesse optado pela perda de uma série de garantias em troca de pequena alteração nos ganhos mensais. Extraí-se dos autos que, enquanto empregado, o autor auferia cerca de R\$2.000,00 mensais; como representante comercial, sua renda ficava entre R\$2.500 e R\$3.000,00.

O contrato que firmou com a ré tem claras demonstrações de quem ocupava posição de supremacia. Nas doze cláusulas do instrumento, a ré cercou-se de uma série de garantias – todas com previsão da cominação para desatendimento, pelo autor – sem que se vislumbre uma só, em favor do suposto “representante comercial”. Mesmo assim, a cláusula 10ª (fl. 21) assevera que eventual tolerância por quaisquer das partes (sic) no cumprimento das obrigações ajustadas ou na imposição das cominações respectivas, não acarretará o cancelamento das penalidades, que poderão ser exigidas e aplicadas a qualquer tempo. Há, ainda, previsão rígida a respeito do poder de fiscalização, por parte da “representada”, que poderia até mesmo enviar funcionário credenciado (cláusula 8ª e seus parágrafos) para fazer vistorias a que o representante deveria se sujeitar. Outras obrigações são impostas, na cláusula 8ª, de forma a evidenciar que o autor não detinha qualquer autonomia na direção do empreendimento que “resolveu” assumir.

Observa-se que o autor deteve pouco dos poderes típicos de quem se estrutura e organiza empresarialmente para colocar no mercado produtos de seus representados, sujeito aos riscos de sua atividade econômica. O autor sequer detinha autonomia para realizar vendas de outros produtos, que não fossem aqueles produzidos pela ré<sup>3</sup>.

Vislumbro, na mudança ocorrida a partir da dispensa do autor e subsequente pactuação da representação comercial, tentativa de mascarar relação de emprego. A formalização do ajuste não pode ser vista como óbice a esse reconhecimento, conforme o entendimento que se vê no seguinte julgado:

**RELAÇÃO DE EMPREGO – REPRESENTANTE COMERCIAL – A**  
formalização de contrato de representação comercial não constitui óbice ao reconhecimento do vínculo empregatício quando evidenciado trabalho essencial à atividade comercial fim da empresa, infere-se do depoimento do preposto que a Reclamada fornecia listagem de clientes a serem visitados e confirmam os testemunhos que a empresa determinava a rota a ser cumprida pelo Autor enquanto vendedor.<sup>4</sup>

A questão da relação de emprego é casuística e, segundo a doutrina, é irrelevante o que se escreveu na segunda parte do parágrafo único do art. 442/CLT<sup>5</sup>. A figura do representante comercial, cuja autonomia seria capaz de excluir o vínculo empregatício, deve ser discutida em cada caso concreto.

---

<sup>3</sup> **RELAÇÃO DE EMPREGO – REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO – AUTONOMIA** – O fato do reclamante haver antes trabalhado para a reclamada como vendedor, devidamente registrado, não faz prova sozinho de que a relação posterior seja a de emprego. Havia contrato de representação comercial entre as partes, sobressaindo a autonomia, consistente em vender o reclamante também para outra empresa. Não comprovados os requisitos do art. 3º da CLT, a reclamação é improcedente. (TRT 9ª R. – RO 4.585/95 – 5ª T. – Ac. 967/96 – Rel. Juiz José Montenegro Antero – DJPR 19.01.1996)

<sup>4</sup> TRT 9ª R. – RO 12.344/95 – 3ª T. – Ac. 15.551/96 – Rel. Juiz João Oreste Dalazen – DJPR 02.08.1996

<sup>5</sup> PEREIRA, José Luciano de Castilho. Cooperativas de Trabalho – Relação de Emprego. Publicada na Síntese Trabalhista n.º 94 – ABR/1997, p.128.

O desenvolvimento econômico produziu alterações no mercado, em geral, que têm levado os elementos conceituais do contrato de trabalho – autonomia privada, atividade, onerosidade, não eventualidade, alteridade e subordinação – a sucumbir de acordo com o nascimento de novas e criativas modalidades contratuais de prestação de serviços<sup>6</sup>. Nesse novo panorama, há quem entenda que o direito do trabalho ficaria relegado à atuação no âmbito do contrato de trabalho. A ausência dos requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT afastaria, de plano, a possibilidade de aplicação do regramento contratual do direito do trabalho de forma que o conflito entre capital e trabalho, porque manifestado sob outra roupagem, não seria passível de resolução com base no direito do trabalho.

Não pode ser assim, todavia, e a razão é a absoluta distinção entre o contratualismo, no direito civil, e a verdadeira concepção de contrato, no direito do trabalho. Parecem retomar atualidade as lições de Mario de La Cueva<sup>7</sup>, no sentido de que o contrato de trabalho é denominado contrato-realidade porque existe, não no acordo abstrato de vontades, mas na realidade da prestação do serviço, independente do que foi pactuado entre empregado e empregador.

Contrato de trabalho, portanto, deve ser compreendido em sua acepção de relação de trabalho, para permitir que o direito do trabalho solucione os conflitos nascidos das novas espécies de prestação de serviços. Ainda que a situação do autor não seja propriamente um fruto do moderno processo produtivo, sua solução parece exigir essa nova forma de interpretar a teoria do contrato-realidade.

Apesar da formalização do contrato de representação comercial, o que se concretizou foi outra realidade, limítrofe entre uma improvável autonomia nos moldes do direito civil e uma relação de trabalho (ainda que aparentemente despida de alguns requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT).

O fato é que o autor empreendia esforços que, ao final, tinham por beneficiária a própria ré. Tudo que por ele era feito, na condição (apenas aparente) de representante comercial, poderia perfeitamente ser realizado se fosse empregado. Vantagens dessa nova condição só existiram para a ré, desonerada dos encargos sociais que o contrato de emprego formal acarretaria. Para o autor, a pequena elevação de ganhos não representa, em absoluto, compensação por tudo que perdeu ao deixar a condição de empregado.

Entendo, portanto, que se deva reconhecer que a relação entre as partes não sofreu real alteração, a partir do desligamento, em 5 de fevereiro de 1997. Mantidas, portanto, as características iniciais, tem-se que foi, em todo o período, uma relação de emprego.

**Reformo** para reconhecer que existiu vínculo de emprego entre as partes, em todo o período. Os pedidos da inicial devem ser apreciados em primeiro grau, sob pena de suprimir-se às partes um grau de jurisdição em face da impossibilidade de levar matéria probatória em revista ao TST.

#### **b) Litigância de má-fé**

O julgador considerou que os depoimentos do autor e das testemunhas afastam completamente a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego, ante à ausência de pessoalidade. Entendeu que, com a constituição de seu próprio escritório, o autor assumiu os riscos da atividade econômica, passou à condição de representante comercial e empregador das suas

<sup>6</sup> HOFFMANN, Fernando. O contrato-realidade e a atualidade. Publicada na Revista da Faculdade de Direito da UFPR Vol. 32 - 1999, p. 135. 22. O autor cita os exemplos da partilha de emprego, do contrato de trabalho com cláusula de intermitência e do próprio contrato "provisório" de trabalho.

<sup>7</sup> DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. 3. ed., México D. F.: Porrúa S.A., 1949.

testemunhas. A esse respeito, disse que a falta de anotação da CTPS da primeira testemunha revelou que o autor é descumpridor da lei. Nessa esteira, porque seria nítida e escancarada a inexistência de personalidade, entendeu que o autor litigou de má-fé, pois promoveu ação contra expresso dispositivo legal (Lei Uniforme da Representação Comercial, que informa a inexistência de vínculo, e do próprio art. 3º da CLT, que define como requisito a personalidade. Condenou o autor ao pagamento de 1% do efetivo valor da causa, que seria aquele proposto em audiência, para efeito de conciliação, a reverter em favor da ré.

A pretensão de exclusão da penalidade funda-se no próprio pedido de reconhecimento do vínculo e, ainda, na alegação de que, na verdade, quem litigou de má-fé foi a empresa. O autor alega que o julgador deixou de apenar a testemunha Milton Carlos Kapaunn, arrolado pela ré e que, devidamente intimado para a audiência de 10 de outubro de 2001, a ela não compareceu, provocando o adiamento do ato. Na nova data designada, 19 de março de 2002, a testemunha não compareceu, nem justificou sua ausência. A ré, em manobra que o recorrente classifica de evasiva, desistiu dos depoimentos das testemunhas, que teriam sido objeto de insistência na audiência anterior. Com isso, afrontou a economia processual e acabou por prejudicar o autor, já que uma de suas testemunhas, presente na primeira oportunidade, não pode comparecer à segunda audiência.

A conduta da ré não foi, efetivamente, a mais adequada. Todavia, não vislumbro a possibilidade de enquadrá-la na litigância de má-fé. Da mesma forma, entendo que foi de excessivo rigor a aplicação da penalidade ao autor – até porque, a meu ver, apoiou-se em algumas premissas falsas. Não restou “nítida e escancarada” a ausência de personalidade na prestação de serviços à ré. Observe-se que não há notícia, nos autos, de que o autor pudesse designar qualquer outra pessoa para realizar as tarefas e, principalmente, responder perante a ré pelas obrigações assumidas no contrato de representação comercial. Quanto ao entendimento de que o autor ajuizou ação contra expressa disposição legal, é, também, calcada em base muito frágil. Conforme fundamentos do tópico anterior, entende-se que o rótulo imprimido pelas partes não é capaz de alterar a natureza da relação, que jamais deixou de ser de emprego. Por fim, e definitivamente, a menos que reste patente a atitude maliciosa, não é legítimo punir a parte por ter postulado direitos que não possui; a improcedência da ação, quando é o caso, já me parece punição bastante.

**Reformo** para excluir a condenação em multa por litigância de má-fé e, em consequência, determinar providências para que o valor das custas, recolhido na interposição do recurso, seja restituído ao autor.

Pelo que,

**ACORDAM** os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO** e, no mérito, por igual votação, **EM DAR-LHE PROVIMENTO** para, nos termos da fundamentação: a) **reconhecer** que houve vínculo de emprego entre autor e ré, em todo o período; b) **determinar** o retorno dos autos à origem, para julgamento dos demais pedidos da inicial; c) excluir a multa por litigância de má-fé; d) **determinar** providências para devolução do valor das custas ao autor.

Custas excluídas.

Intimem-se.

Curitiba, 26 de novembro de 2002.

**MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU**  
Juíza Relatora

