

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 pracistas. 2.1. Nascimento do direito às comissões. 2.2. Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador. 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 - Insolvência do cliente. 2.6. Cláusula *star del credere* 2.7. Lastro ou fiança 2.8. Comissões - Natureza jurídica. Repercussão na remuneração para os efeitos legais 2.9. Pagamento das comissões 2.10. Acumulação de funções 3. Alteração contratual 4. Intervalo. 5. Vendedor viajante e pracista - Serviço Externo - Hora extra. 6. Enquadramento. 7. Cláusula de não-concorrência. 8. 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 parasubordinado) 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.

^(*)Doutora em Direito pela UFMG, Juíza Togada do TRT 3^ª 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

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.

Não há no Direito do Trabalho Brasileiro lei que defina o vendedor- empregado e o representante comercial⁽¹⁾. A subordinação jurídica é reconhecida, universalmente, 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 4.886/67 (com as alterações advindas da Lei 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

⁽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 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 n 9357/2000 – Rel Juiz Dilnei Ângelo Biléssimo – DJSC 28 9 2000, p 81 – Revista do Direito Trabalhista, Brasília Editora Consulex, outubro/2000, p 60*

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 a 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 a 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, lapis etc

3 Uso de papel timbrado da empresa

4 Obrigação de mínimo de produção

5 Recebimento de ajuda de custo

6 Obrigação de prestar pessoalmente os trabalhos

⁽²⁾ Cardone Marly A *Viajantes e Pracistas no Direito do Trabalho São Paulo LTr 1998 p 32*

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 e 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.

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

⁽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

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 contrário⁽⁷⁾. Já a falta desta formalidade, associada a outros elementos, fortalece o reconhecimento do liame empregatício⁽⁸⁾. Entre esses elementos, favoráveis à

⁽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’, n 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 transmuda 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

⁽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’, n 47/83, pág 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

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 n. 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 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 a base de comissões. quer como forma exclusiva de remuneração (comissionista puro), 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

1.610/1999 – Rel Juiz José Carlos Rizk – DJTES 16 06 2000) Revista Síntese Trabalhista Out 2000, p 78

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 “última 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 3.207, seu art. 3º dispôs que a transação será considerada aceita se o empregador não recusar a proposta, por escrito, 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. Este artigo 3º da Lei 3.207 aplica-se às vendas à vista.

2.2. Inexecução do negócio por vontade do cliente ou do empregador

Verifica-se, portanto, que o direito à comissão surge ou com a aceitação expressa do negócio ou, de forma tácita, 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⁽⁹⁾, 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 empregador deixa de entregar a mercadoria, ainda assim fará jus às comissões, pois já houve dispêndio de energia

⁽⁹⁾ “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

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 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 jurisprudência⁽¹⁰⁾ 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 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”⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Não gera direito à comissão do vendedor negócio efetuado com os entes públicos, eis que havidos mediante licitação, visto que, neste procedimento, inexistente 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

⁽¹¹⁾ Cardone, Marly Op cit. p. 74

A terminação das relações de trabalho não prejudica a percepção das comissões e percentagens devidas, como se infere do art. 6º da Lei 3.207⁽¹²⁾, 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 residual”, “deixando rastro jurídico”. É o fenômeno da eficácia retardada do contrato⁽¹³⁾.

2.5. Vendas à prestação – Insolvência do cliente

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. E mais, verificada a insolvência do comprador, cabe ao empregador estornar a comissão que houver pago ao empregado (art. 70 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”⁽¹⁴⁾. 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).

2.6. Cláusula *star del credere*

⁽¹²⁾ *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

⁽¹³⁾ Catharino, José Martins *Compêndio de Direito do Trabalho Vol II, p 494*

⁽¹⁴⁾ Cardone, Marly *Op cit p 89*

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 doutrina⁽¹⁵⁾ 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 ocasionado dano ao empregador 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.

2.7. 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⁽¹⁶⁾. O fundo de reserva, na prática, constitui-se de desconto 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.

2.8. Comissões – Natureza jurídica. Repercussão na remuneração para os efeitos legais

⁽¹⁵⁾ *Catharino, José Martins Compêndio de Direito do Trabalho, v 2, São Paulo Editora Jurídica e Universitária. 1972. p 492*

⁽¹⁶⁾ *Cardone, Marly Op cit p 81*

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 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.

2.9. 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 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 3.207 e art. 459 da CLT).

2.10 Acumulação de funções

O empregado que acumula as funções de vendedor viajante ou praticista 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).

3. 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 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 3.207). Cada parcela mensal deverá ser devidamente atualizada com correção monetária, para que seja posteriormente somada e obtida a citada média⁽¹⁷⁾.

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 n. 175 da SDI do TST).

4. 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

⁽¹⁷⁾ Cardone, Marly *Op cit*, p 108

mês de viagem realizada, não podendo, porém, ultrapassar o limite de quinze dias (art. 9º da Lei n. 3207).

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

6. ENQUADRAMENTO

O empregado vendedor-viajante ou pracista pertence à categoria diferenciada, como aliás já se pronunciou o C. TST⁽¹⁸⁾.

7. 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.

⁽¹⁸⁾ *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 n. 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, pág 349) Revista do Direito Trabalhista, outubro 2000, p 63*

Prevê o art 482, c, da CLT, que o empregado devera se abster de realizar negociação habitual por conta propria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência a empresa para a qual trabalha, ou for prejudicial ao serviço. A pratica dessa falta implica justa causa para a dispensa⁽¹⁹⁾

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 principio da boa-fé. Se a lei proíbe a negociação habitual sem permissão do empregador, quando constituir ato de concorrência a empresa, evidentemente que ela torna possível a inserção da clausula de não-concorrência durante o periodo de vigência do contrato. Após o termino da relação de emprego, a persistência dessa clausula so se justifica em casos excepcionais, isto e, quando necessaria a proteção dos legítimos interesses do empregador, e ainda assim, por um determinado periodo, durante o qual dever-se-a assegurar ao trabalhador uma indenização. Não cremos, tampouco, possa a referida clausula, nessas condições, cercear a liberdade de exercicio de qualquer trabalho, officio ou profissão inserida no art 5, XIII da Constituição de 1988, pois a inserção da clausula devera permitir ao empregado a possibilidade de exercer a atividade que lhe e propria, considerando sua experiência e formação, desde que junto a estabelecimentos empresariais insuscetíveis de ocasionar concorrência danosa ao ex-empregador.

A legislação estrangeira vem autorizando a inserção da clausula de não concorrência no contrato de trabalho, mas com limitações. E assim e que o art 2125 do Código Civil Italiano autoriza a estipulação do *patto di non concorrenza*, o qual limita o desenvolvimento da atividade do empregado, por periodo sucessivo a cessação do contrato. Essa clausula sera nula se não for ajustada por escrito com uma contraprestação em favor do empregado e se o vinculo não for contido entre determinados limites de objeto, tempo e lugar. A duração do vinculo não podera ser superior a cinco anos, se se tratar de empregado dirigente e a três anos nos outros casos. Se for pactuada uma

⁽¹⁹⁾ *Justa causa Concorrência desleal. Caracteriza-se a pratica de concorrência desleal prevista na alinea c do art 482 da CLT a prestação de serviços para os quais foi contratado pela empresa a clientes desta de forma autonoma com orçamentos inferiores aos por ela apresentados mesmo que fora do horario contratual de trabalho (TRT - 15 Reg - 5 T - Ac n 9248/2000 - Rel " Olga A J Gomieri - DJSP 13 3 2000 pag 93) Revista do Direito Trabalhista abril 2 000 p 55*

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⁽²⁰⁾. 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-

⁽²⁰⁾ GAI'ALDA, Natacha *Les critères de validité des clauses de non-concurrence em droit du travail Droit Social, n 06, jun 99*

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

Percebe-se que a doutrina brasileira⁽²¹⁾, 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.

8. 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 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”.

⁽²¹⁾ LEITE, Carlos Henrique Bezerra *Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho Repertório IOB de Jurisprudência Trabalhista 1ª Quinzena de julho de 1999, n 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*