



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO

Identificação

PROCESSO n° 0021046-52.2014.5.04.0023 (RO)
RECORRENTE: IVONE STRACK
RECORRIDO: CIMED INDUSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA, MEDPHARMA
DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA
RELATOR: KARINA SARAIVA CUNHA

EMENTA

RELAÇÃO HAVIDA ENTRE AS PARTES. VÍNCULO DE EMPREGO. NULIDADE DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Ausência de prova quanto à existência de subordinação. Não preenchidos os requisitos do artigo 3º da CLT, o trabalho do reclamante em favor da ré ocorreu na condição de trabalhador autônomo, ou seja, de representante comercial, nos exatos termos em que previsto na Lei nº 4.886/65. Recurso da reclamante não provido, no tópico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: **à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário interposto pela reclamante.**

Intime-se.

Porto Alegre, 1º de dezembro de 2016 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença (IDbb3d08b) de improcedência da ação, a reclamante interpõe recurso ordinário.

Pretende reformá-la quanto ao reconhecimento da relação de emprego em detrimento da representação comercial, custas, honorários assistenciais e grupo econômico. (IDcd09855)

Com contrarrazões das reclamadas, vêm os autos a este Tribunal, para julgamento.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RELAÇÃO DE EMPREGO

A reclamante não se conforma com a improcedência do pedido de reconhecimento da relação de emprego. Sustenta que, admitida a prestação de serviços, cabia à reclamada a prova de que o contrato celebrado com a ré se caracteriza como de representação comercial. Invoca os arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC de 1973. Não obstante, destaca que não estão presentes todos os requisitos da representação comercial autônoma, previstos no artigo 3º da Lei nº 4.886/65. Alega que, consoante a cláusula sexta (Id. 640a510 - Pág. 2), não poderia "conceder abatimentos, descontos ou dilações, nem agir em desacordo com as instruções da REPRESENTADA", o que lhe retirava a liberdade de negociação que deve ser conferida ao representante comercial, ainda que em prejuízo de sua comissão. Aduz que o endereço da pessoa jurídica é o mesmo de sua residência (Id. 0347a2b - Pág. 2). Por outro lado, afirma que não há prova de que Adilson Strack, seu marido e sócio, tivesse atuação perante a reclamada. Argumenta que do capital social somente 500 quotas (10%) pertencem ao marido (cláusula 4ª do Id. 0347a2b), de modo que quem exercia a administração da sociedade era a recorrente (cláusula 8ª, Id.0347a2b). Afirma que os documentos (Id. e24ef3d) e a prova testemunhal demonstram a sua participação em reuniões, convenções e demais eventos congêneres da reclamada. Sustenta ainda que se verifica mais um caso de "pejotização". Refere, quanto à subordinação, que trabalhou vendendo os produtos da reclamada, atividade que se insere no objetivo social da empresa (atividade-fim), conforme se extrai do artigo 4º, "a", do contrato social. (Id. be3d139 - Pág. 5). Destaca subsídio jurisprudencial e invoca o princípio da primazia da realidade. Pugna pelo reconhecimento da relação de emprego, com o retorno dos autos à origem para julgamento dos demais pedidos que restaram prejudicados, bem como para consequente revisão do julgado quanto aos honorários assistenciais e custas processuais. Postula ainda seja declarada a existência de grupo econômico entre as reclamadas e a condenação solidária, nos termos do §2º do art. 2º da CLT. Invoca a Súmula 297 (prequestionamento) do TST.

Examino.

A reclamante declina na petição inicial que foi admitida em 30 de novembro de 2012, para exercer a função de propagandista-vendedor "autônomo", percebendo comissões sobre as vendas realizadas, em média, de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Afirma que tinha como zona de trabalho as cidades integrantes do Vale dos Sinos e foi despedida em 31 de outubro de 2013. Alega que as condições de trabalho e a

forma de prestação eram típicas de relação de emprego, mascarada por um contrato de representação comercial, o qual não lhe conferia qualquer poder de gestão, considerando que a organização do negócio, seu desenvolvimento, a fixação dos preços, a concessão de bonificações, o estabelecimento de condições de comercialização, entre outros importantes aspectos, eram da competência exclusiva das reclamadas. Alega ainda que a reclamada a obrigou a utilizar a empresa "Glamour Representações Ltda.", ainda que somente laborasse com os medicamentos comercializados pelas reclamadas, mascarando a relação sob forma de "pejotização". Afirma que foi compelida pela primeira reclamada - CIMED INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS LTDA a firmar, também, contrato de representação comercial com a segunda reclamada - MEDPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., sendo esta uma distribuidora integrante do mesmo grupo econômico da primeira reclamada, ainda que não tenha havido qualquer alteração nas atividades da autora. Assim, postulou o reconhecimento da relação empregatícia, no período compreendido entre 30 de novembro de 2012 a 31 de outubro de 2013.

A primeira reclamada, na defesa, sustenta que a única possível ligação entre as partes, no período de 30 de novembro de 2012 à 30 de abril de 2013, é o contrato de Representação Comercial onde são partes a Reclamada e a empresa de propriedade da autora - GLAMOUR REPRESENTAÇÕES LTDA., nos moldes da lei 4.886/65, conforme documentação anexada. (Num. a749baf - Pág. 2).

Por sua vez, a segunda reclamada sustenta que a reclamante jamais lhe prestou serviços ou foi subordinada e tampouco existia pessoalidade nas atividades contratadas, uma vez que independia para a contestante qual a pessoa que exercia as funções, o importante era apenas e tão-somente a prestação do serviço. Salienta que a sua administração é absolutamente distinta da 1ª reclamada, não se subordinando uma à outra ou mantendo qualquer vínculo distinto do contrato civil de prestação de serviços especializados. Aduz que apenas possui contrato de prestação de serviços com a 1ª, sendo esta última quem contrata o pessoal necessário para a realização do serviço, de modo que não manteve com a reclamante qualquer relação jurídica, e, menos ainda, qualquer relação que pudesse ser considerada vínculo empregatício. (Num. 81d26eb - Pág. 5). Refere que a prestação de serviços da autora em seu favor ocorreu de 01/04/2013 a 20/11/2013.

A magistrada de origem julgou improcedente o pedido. Pondera que, além da confissão da autora, a documentação juntada comprova que a relação existente entre a reclamante e as reclamadas não era de emprego, mas de representação comercial, tendo havido 2 contratos distintos, um com cada uma das rés, em períodos bem definidos contratualmente.

A controvérsia diz respeito ao tipo de relação jurídica havida entre as partes, se de emprego ou de representação comercial regulada pela Lei 4.886/65.

O caput do artigo 1º da 4.886/65 define que:

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

Parágrafo único - Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial.

Já o art. 3º, invocado pela recorrente, estabelece que:

Art. 3º O candidato a registro, como representante comercial, deverá apresentar:

a) prova de identidade;

b) prova de quitação com o serviço militar, quando a êle obrigado;

c) prova de estar em dia com as exigências da legislação eleitoral;

d) fôlha-corrída de antecedentes, expedida pelos cartórios criminaís das comarcas em que o registrado houver sido domiciliado nos últimos dez (10) anos;

e) quitação com o impôsto sindical.

§ 1º O estrangeiro é desobrigado da apresentação dos documentos constantes das alíneas b e c dêste artigo.

§ 2º Nos casos de transferência ou de exercício simultâneo da profissão, em mais de uma região, serão feitas as devidas anotações na carteira profissional do interessado, pelos respectivos Conselhos Regionais.

§ 3º As pessoas jurídicas deverão fazer prova de sua existência legal.

Como se observa, a distinção entre a relação de representação comercial autônoma e a de empregado é tênue, havendo características comuns a ambos os institutos. Nesse sentido, interessante colacionar lição do festejado Ribeiro de Vilhena, em sua obra *Relação de Emprego, Estrutura Legal e Supostos* (2ª edição, Editora LTr, p. 497): "a Lei nº 4.886/65 fixa uma tênue linha divisória - uma zona gris - entre o representante comercial autônomo e aquele que se submete ao vínculo de emprego. Vê-se ali a previsão de que, assim como o contrato de trabalho subordinado, os serviços prestados pelo representante comercial autônomo, se caracterizam como não eventuais (art. 1º); que a representação pode ser de uma pessoa, atraindo a ideia de pessoalidade (art. 1º); que o contrato pode prever a delimitação de zona de atuação (art. 27, letra d) ou condição de exercício exclusivo ou não da representação (art. 27, letra i). A possibilidade de prática de atos que tenham ligação com a execução dos negócios não constitui característica exclusiva da relação de emprego. Veja-se que o caput do art. 1º insere estas atividades no rol das desenvolvidas pelo representante comercial, o que pode incluir as cobranças e as preparações do ambiente ligado às vendas".

Ora, a subordinação jurídica do empregado tem por característica o poder de direção, mediante comando direto, controle e fiscalização. Assim, quem trabalha de forma subordinada é empregado, enquanto que aquele que tem a direção de sua própria atividade é autônomo.

Ocorre que a atividade de representante comercial, ainda que autônoma, também é sujeita a controle, embora menos rigoroso, aproximando-se da situação dos vendedores empregados que executam serviços externos. A representação comercial ocupa, por assim dizer, a "zona gris" entre o vínculo empregatício e o trabalho autônomo. Devido a semelhança que apresentam, a diferenciação entre o representante comercial e o empregado traz dificuldades práticas para definição da natureza jurídica da relação havida entre as partes. Por exemplo, constitui, sem dúvida, indício de subordinação o fato de representante comercial ter sido empregado vendedor da empresa, se recebeu algum tipo de punição pelo não atingimento de metas ou por outro motivo, se representação se dava com exclusividade para a empresa reclamada, se há obrigatoriedade de comparecimento diário à empresa, ou seja, se o representante e o empregado vendedor da empresa são tratados igualmente. Por outro lado, se não há pessoalidade na prestação de serviços, se não há exclusividade, se já o reclamante já era representante comercial muito antes de prestar serviços para o representado, se não há controle de horários, determinação de roteiros pela empresa, fiscalização acentuada por meio de relatórios, infere-se que se trata de verdadeiro representante comercial. Em suma, o que distingue, verdadeiramente, o pacto de emprego do contrato de representação comercial, é o grau de subordinação, que consiste na sujeição do trabalhador às ordens do empregador que orienta, controla e determina como o serviço deve ser prestado, subordinação esta que assume caráter jurídico, do qual decorre o poder diretivo do empregador, que legitima a imposição de roteiros, a fiscalização de horários e de visitas, as advertências, as suspensões e, até mesmo, a despedida por justo motivo.

Portanto, o reconhecimento da relação de emprego depende efetivamente do que ocorre no plano dos fatos. No caso dos autos, em face da alegação de fato impeditivo ao direito vindicado, era da reclamada o ônus da prova, e dele se desincumbe a contento.

A começar, vale destacar, como bem o fez a sentença, que a própria reclamante, em depoimento, esclarece que:

"...começou a trabalhar para a reclamada Cimed em outubro de 2013; que era representante comercial; que recebia exclusivamente por comissão, sendo que o percentual durante todo o contrato foi variável; que emitia notas fiscais para recebimento das comissões; (...) que prestava serviços apenas para a reclamada Cimed; que a reclamada Cimed tinha escritório no Rio Grande do Sul pela segunda reclamada; que não conhece os sócios das reclamadas; que prestou serviços para a Medpharma desde o início do contrato; que o pagamento das comissões era feito pelas duas reclamadas; que tinha roteiro; que a reclamante sugeria o roteiro ao supervisor Fernando Luft, o qual poderia autorizar ou não o roteiro; que se o supervisor não autorizasse o roteiro feito pela autora, o mesmo sugeria alterações;...".

Por sua vez, o preposto da primeira reclamada afirma que: "a reclamada realizava de uma a duas reuniões anuais; que as reuniões duravam de 6h a 8h; que as reuniões não eram de uma semana; que a reclamada participava de feira de produtos e negócios.". E, a testemunha convidada pela autora, Luiz Feliciano Ribeiro Figueira, afirma que

"trabalhou na reclamada Cimed por um ano e pouco, de fevereiro de 2012 a setembro de 2013, ao que recorda, como vendedor; que como vendedor tinha um roteiro previamente aprovado pela reclamada após sugestão do depoente; (...) que para trabalhar na reclamada precisou constituir empresa; que emitia notas fiscais para receber as comissões, não recordando para quem dirigia as notas, acreditando que fosse para a reclamada Medpharma; que a esposa do depoente era sua sócia na sua empresa; que a esposa do depoente não trabalhava para as reclamadas; que havia promessa de anotação da CTPS do depoente pela reclamada Cimed; que na equipe de Fernando havia nova vendedores; que havia acompanhamento de Fernando nas rotas, apenas duas vezes por mês; que poderiam sugerir novos clientes à empresa, mas ela que decidia a inclusão ou não de clientes; que não poderiam oferecer descontos ou condições de pagamentos, apenas falando com o gerente Lico; que se apresentava aos clientes como "Luiz da Cimed"; que não contava com escriturário, empregados ou prepostos, desconhecendo em relação à reclamante; (...) que o acompanhamento do supervisor era para visitar clientes e conferência se estava dentro do roteiro; que as convenções são para treinamentos de vendas e divulgação de novos produtos; que as reuniões eram para análise de vendas e resultados; que nas reuniões quinzenais o comparecimento era obrigatório; que participou de todas as reuniões quinzenais; que a empresa exigia exclusividade;...".

Já a testemunha Alessandro Nieto Ferreira Bernardo, afirma:

"...trabalha para a reclamada Cimed desde 1997, atualmente como gerente; que trabalhou como vendedor de 1997 a 1998; que conhece a reclamante, que trabalhou na reclamada como representante comercial; que a reclamante não tinha roteiro pré determinado a cumprir; que a reclamante recebia por comissão variável; que o percentual de comissão era de 5 a 10, dependendo da condição e do produto; que a reclamante não tinha supervisor; que as reclamadas tem relação de fornecedor e cliente entre si; que a reclamada realiza convenções anuais, que duram dois ou três dias e com local variado; que os representantes comerciais são convidados a comparecer nas convenções; que no caso de não comparecimento do representante não há nenhum tipo de penalidade; que são realizadas reuniões com representantes com frequência variada, dependendo do lançamento de campanha ou outro fator relevante como entrega de material; que nas reuniões o comparecimento do representante não é obrigatório; que a finalidade das convenções é passar informações, campanhas, lançamento de produtos, estratégias comerciais; que o representante comercial recebe relatório elaborado pela reclamada para emissão de notas fiscais e recebimento de comissões; que havendo divergência, o vendedor pode reclamar no departamento de apoio ao representante sobre comissões pagas a menor."

Já a segunda testemunha Cleidio Anglerti da Costa Pinto, declara:

"...trabalhou para a reclamada Cimed por dois períodos, o primeiro há dez anos atrás e o segundo em 2010/2011, ficando por cerca de três anos; que na Cimed era gerente distrital; que o gerente distrital analisa relatório de vendas, venda direta para farmácias, tinha equipe de supervisores como subordinados; que trabalhou com a reclamante, a qual era representante comercial; que a reclamante trabalhou na reclamada do final de 2012 a abril de 2013; que a reclamada Cimed não possui escritório no Rio Grande do Sul; que

o representante comercial é quem estabelece seu roteiro; que o roteiro não sofre fiscalização dos supervisores; que a remuneração do representante comercial é por comissão, sendo o percentual de 5 a 8 no período da reclamante; que as reclamadas possuem relação comercial entre si; que a reclamada Cimed realiza convenções sem frequência estipulada, mas ocorria geralmente uma vez por ano; (...) que o representante comercial recebia relatório prévio no final do mês, com o valor das vendas feitas por ele e percentual das comissões; que havendo divergência no valor das comissões, o representante poderia contestar, sendo isso passado ao setor financeiro;...".

A prova oral evidencia que a reclamante não tinha metas, apenas roteiros a cumprir por sua sugestão ou por sugestão das reclamadas, não havendo notícia de qualquer punição em razão de eventual descumprimento dos roteiros. Além disso, a exclusividade na prestação de serviços em relação aos produtos oferecidos pela reclamante, no caso, decorre da natureza da própria atividade, uma vez que se trata de venda de produtos farmacêuticos ligados à própria indústria representada. Nesse sentido, a cláusula 4ª do contrato de representação comercial estabelece que:

CLÁUSULA QUARTA. A REPRESENTADA poderá efetuar vendas diretas nas áreas geográficas de atuação do REPRESENTANTE ou nomear outros representantes comerciais para intermediação de vendas, desde que observada a exclusividade prevista na cláusula segunda retro, bem como o disposto nas cláusulas 16 e 17 infra.

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA. Tendo em vista que o representante exerce exclusividade sobre seus clientes, dentre os limites previstos na cláusula segunda deste instrumento, o que não permite a REPRESENTADA efetuar vendas para estes, através de outros representantes comerciais desta, obriga-se o representante a visitar constante e periodicamente os clientes relacionados no Anexo I. Essas visitas não poderão deixar de ser feitas em prazo que ultrapasse a 45 dias...

Por outro lado, a demandante arcava com os gastos decorrentes da atividade de representante comercial, o que, aliás, estava estabelecido no contrato de representação, denota autonomia e demonstra que a recorrente assumia os riscos do próprio negócio. Não bastasse, há prova da inscrição regular da autora no Conselho Regional dos Representantes Comerciais (Num. d209c6c - Pág. 1) e de seu requerimento perante a primeira reclamada sob a justificativa de ter "amplo conhecimento na área comercial" de representá-la (Num. d2f6ab3 - Pág. 1).

Por outro lado, consoante o contrato social a segunda reclamada - MEDPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA. foi constituída por dois sócios, em 06 de dezembro de 2011 e dentre os seus objetivos sociais, está: *a) Distribuição, representação comercial, comércio varejista, e comércio atacadista dentro do campo de produtos químicos, farmacêuticos e biológicos, inclusive de materiais medicinais, agropecuários, cosméticos, de toucador, de higiene pessoal e correlatos,...*" (Num. d8ab66d - Págs. 2-5). A mesma empresa celebrou contrato de representação comercial em 1º de abril de 2013 com a GLAMOUR REPRESENTAÇÕES LTDA. (empresa constituída pela autora), para representação de produtos da linha CIMED, NUTRACOM e NOUVELLE (Anexo 2, Num. c683a4c - Pág. 9), tendo sido

estabelecido por contrato uma lista de clientes a serem visitados (Num. c683a4c - Pág. 11). Resta evidente, portanto que a segunda reclamada representava e distribuía os produtos farmacêuticos da primeira reclamada (CIMED, Indústria de Medicamentos), mas não de forma exclusiva, uma vez que distribuía produtos de outras indústrias, como a NUTRACOM e a NOUVELLE, as quais também foram representadas pela recorrente. Não há, assim, elementos para se afirmar que a segunda reclamada pertence ao mesmo grupo econômico da primeira reclamada. Por outra perspectiva, esses aspectos permitem concluir que a recorrente efetivamente prestava serviços com autonomia, embora limitada às cláusulas contratuais da representação comercial.

Em suma, não se desenha nesse quadro, a subordinação jurídica e hierárquica que diferencia o contrato de trabalho do contrato de representação comercial.

Ressalto, por fim, que o reconhecimento de fraude ou de "pejotização" exige prova robusta, o que não se verifica no presente caso, uma vez que a testemunha convidada pela demandante nada revela quanto a relação da recorrente com as reclamadas, de modo que não há prova de que o contrato de representação comercial visava mascarar a relação de emprego existente.

Assim sendo, nego provimento ao apelo, ficando pelos fundamentos supra prequestionadas as normas invocadas pela recorrente.

KARINA

SARAIVA

CUNHA

Relator

VOTOS

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADORA KARINA SARAIVA CUNHA (RELATORA)

DESEMBARGADOR CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

DESEMBARGADORA BRÍGIDA JOAQUINA CHARÃO BARCELOS TOSCHI