

PODER JUDICIÁRIO JUSTICA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23º REGIÃO

2ª VARA DO TRABALHO DE SINOP RTOrd 0001381-72.2017.5.23.0037

**RECLAMANTE: CASSIO MULLER** 

RECLAMADO: CUIABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE LIMPEZA

**LTDA** 

**SENTENÇA** 

I- RELATÓRIO

CASSIO MULLER, devidamente qualificado na petição inicial, ajuizou,

em 10/11/2017, ação trabalhista em desfavor de CUIABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE

LIMPEZA LTDA, também qualificada. Após breve exposição fática e jurídica, realizou os pedidos

elencados na exordial. Anexou procuração e documentos. Atribuiu valor à causa.

Rejeitada a primeira proposta conciliatória.

A Ré apresentou defesa escrita, contestando as pretensões e refutando os

fundamentos dos direitos buscados pela Parte Autora. Ao final, postulou a improcedência dos pedidos.

Anexou procuração e documentos.

O autor impugnou a defesa e os documentos.

Em audiência de instrução, foi ouvido o Autor e a Ré. Ouvidas três

testemunhas, Expedidas cartas precatórias para a oitiva de mais duas testemunhas. Designada perícia

técnica.

Cumpridas as precatórias.

Laudo pericial juntado aos autos, sendo oportunizada a manifestação das

partes. Quesitos suplementares da Ré respondidos.

Sem mais provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais por memoriais pelas partes.

Sem êxito a derradeira proposta conciliatória.

É, em síntese, o relatório.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911 Número do processo: RO 0001381-72.2017.5.23.0037

Passo a decidir.

**II- FUNDAMENTAÇÃO** 

A) CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS:

DIREITO INTERTEMPORAL - APLICAÇÃO DE NORMAS

ANTES E DEPOIS DA LEI 13.467/2017

Embora esta sentença esteja sendo proferida sob a égide da Lei 13.467/17,

as normas de direito material do trabalho não retroagem para regular contratos de trabalho anteriores à sua

vigência, conforme artigo 5°, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e artigo 6°, parte final, da Lei de

Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Ademais, os temas referentes à gratuidade de justiça, custas processuais e

honorários advocatícios e periciais devem ser regidos pela legislação processual trabalhista vigente à

época do ajuizamento. Isso porque tais institutos têm natureza híbrida, pois são normas de direito

processual com repercussões materiais, já que impõem ônus financeiro aos litigantes em Juízo (STJ, REsp

1.465.535/SP).

Saliento que tal entendimento, além de resguardar a segurança jurídica,

visa evitar a chamada decisão surpresa (artigo 10, Novo Código de Processo Civil), uma vez que a parte,

quando buscou o Judiciário, avaliou os riscos da sua demanda (custos do processo) considerando todo o

trâmite processual. Sendo assim, a aplicação de nova legislação que onere tal avaliação desrespeita as

legitimas expectativas dos litigantes quanto ao fator custo do processo.

Aliás, essa diretriz acompanha a teoria da unidade do processo, utilizada

pelo TST quando definiu que os dispositivos do rito sumaríssimo apenas teriam aplicação aos processos

iniciados após sua vigência (OJ n. 260 da SDI-1, TST).

Desse modo, afasto as normas processuais da novel legislação trabalhista

afetas aos temas de sucumbência (custas e honorários periciais/advocatícios) e gratuidade de justiça, de

modo que esta decisão judicial aplicará as regras existentes à época do ajuizamento da demanda.

Os demais dispositivos processuais, regem-se pelo princípio do tempus

regis actum - considerando o isolamento do ato processual.

**B) PRELIMINARES:** 

IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911

A Ré impugna o valor dado à causa, afirmando que a soma dos pedidos

formulados pelo Autor totalizam o montante de R\$ 1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove

mil quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e dois centavos), conforme cálculo de fl. 287.

Com razão a Ré.

Em que pese a CLT não exigisse a liquidação dos pedidos, antes da

entrada em vigor da Lei 13.467/2017, é certo que o valor da causa deve corresponder ao mais próximo

possível da somatória dos pleitos, nos termos do art. 292, §3°, CPC.

Assim, acolho a preliminar e retifico o valor da causa, para fazer

constar o montante de R\$ 1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e

noventa e dois reais e sessenta e dois centavos).

CONTRADITA DA TESTEMUNHA FLAVIO OGEDA

O Juízo deprecado de Jaciara MT deixou ao deprecante a análise e decisão

quanto à contradita da testemunha Flavio Ogeda, por amizade íntima com o Autor.

Pois bem.

Conquanto tenha ficado evidenciado que a mãe da testemunha possui uma

empresa com a esposa do Reclamante, não verifico nos autos qualquer prova da amizade entre o Autor e o

Sr. Flavio Ogeda, motivo pelo qual rejeito a contradita.

<u>C) PREJUDICIAL DE MÉRITO:</u>

O artigo 7°, inciso XXIX, da CRFB/1988, dispõe que é direito dos

trabalhadores urbanos e rurais a "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com

prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos ap

ós a extinção do contrato de trabalho".

No caso, verifico que a Reclamação Trabalhista foi ajuizada em

10/11/2017, de forma que pronuncio prescritas as pretensões condenatórias anteriores a 10/11/2012,

conforme requerido pelo Réu, extinguindo-as com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do

CPC/2015.

Ressalvo, contudo, as pretensões declaratórias, visto que imprescritíveis,

consoante art. 11, §1°, da CLT, e as pretensões relativas aos depósitos de FGTS, porquanto em relação a

estas ainda se aplica o art. 23, §5°, da Lei 8.036 (prescrição trintenária). Isso porque ao presente contrato

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911

de trabalho se aplica a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do art. 23, §5°, da Lei

8.036/90 publicada pelo STF em 13/11/2014, nos termos da Súmula 362, II, do TST.

D) MÉRITO:

RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO

Aduz o Autor que laborou ininterruptamente para a Ré no período de

02.06.2008 a 09.08.2017, preenchendo os requisitos do art. 3°, da CLT, pois era subordinado, tinha uma

relação pessoal, não eventual, onerosa e recebia salário.

Afirma que a contratação mediante Pessoa Jurídica se deu de forma

fraudulenta, pois a Ré que determinou a abertura da empresa, sendo que o Autor começou a prestar

serviços antes mesmo de possuir CNPJ. Requer a nulidade do contrato de prestação de serviços e de todas

as notas fiscais emitidas, em virtude do intuito de burlar as leis trabalhistas (art. 9°, CLT).

Postula o reconhecimento do vínculo de emprego existente entre o Autor e

a Ré de 02.06.2008 a 09.08.2017, com a anotação na CTPS do obreiro, na função de vendedor e salário

fixo de R\$ 1.500,00, mais comissões, que tinham uma média mensal de R\$ 15.300,00, totalizando R\$

19.860,00 de média remuneratória com o DSR.

Postula, inclusive, o pagamento do DSR das comissões.

A Ré contesta a narrativa e os pedidos, afirmando que o Autor foi

contratado como representante comercial, para receber 10% a título de comissões das vendas efetuadas,

sem salário fixo.

Argumenta que a média recebida de comissões pelo Demandante nos

últimos 5 anos foi de R\$ 14.419,93 (quatorze mil quatrocentos e dezenove reais e noventa e três centavos)

e não aquele apontada na exordial.

Aduz que o Reclamante trabalhava de forma autônoma, sem jornada

estabelecida e sem subordinação. Afirma, ainda, que o Autor pediu desligamento da empresa, não tendo

sido dispensado em nenhum momento.

Passo a analisar.

Como é sabido, a configuração do vínculo de emprego depende da

presença dos seguintes requisitos: trabalho prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade,

onerosidade e subordinação jurídica (art. 2º e 3º da CLT).

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911 No caso dos autos, vejo que é incontroverso que o Reclamante trabalhou

para a Reclamada de 02/06/2008 a 09/08/2017, atuando na venda de produtos da empresa e nos

treinamentos ofertados aos compradores.

A controvérsia centra-se na natureza do vínculo existente entre as partes,

se empregatício, como defende o Autor, ou de representação comercial, como aduz a Ré.

De início, ressalto que o que distingue um empregado de um representante

comercial basicamente é a subordinação jurídica, porque tanto o empregado como o representante

exercem, em regra, as suas atividades pessoalmente, mediante pagamento (onerosidade) e de forma não

eventual.

Vejamos o art. 1º da Lei 4.886/65, que traz o conceito de representante

comercial:

"Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a **pessoa jurídica ou** 

a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma

ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos,

para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos

negócios".

Na hipótese em tela, a prova testemunhal evidenciou que o Autor

trabalhava sem subordinação jurídica, com autonomia suficiente para diferenciá-lo de um empregado

celetista. Vejamos:

Testemunha Cleria Martins: "trabalhou de 2006 a 2011 como

representante comercial, sendo colega do autor; que depois voltou como gerente comercial de 2014 a

dezembro de 2017; que não gerenciava a região do autor; que na ré existem duas modalidade de

vendedores, sendo uma de empregados celetistas e outra de representantes comerciais; que o

representante comercial tem a empresa dele e não era cobrado pelo gerente; que o vendedor celetista

era diferente; que não havia cobrança de horário dos representantes comerciais e nem metas, apenas

campanhas; que o representante é um empresário; que no máximo poderia acompanhar um

representante numa visita, agendendo com ele um dia e horário (alinhamento de agenda); que os

representantes comerciais possuem outras empresas; que não tem conhecimento se o autor tinha outra

empresa ou se atendia a outra empresa como representante comercial pois não era de sua equipe; que os

representantes comerciais de sua equipe não tinham rotina de trabalho, poderiam trabalhar quantos dias

quisesse por mês; que mesmo os vendedores celetistas não possuem controle de ponto, pois o trabalho é

externo; que os celetistas poderiam ter rotas alinhadas, mas os representantes não [...] que a ré exige

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1810150900071830000007060911

emissão de nota fiscal ao representante, mas não exige que se crie pessoa jurídica, pode ser por pessoa

física [...] que seu percentual de comissão como representante era de até 10%; que a realidade da

depoente como represetante era igual à do autor, assim como era igual às dos demais representantes;

que sabe sisso pois os representantes sempre foram amigos e costumavam se reunir; que não possuía

salário fixo".

Testemunha Emilson Gonzaga: "que na época em que o autor

trabalhava para a ré era o depoente quem fazia sua contabilidade pois foi o depoente quem abriu a

empresa do Autor; que cobrava à parte por esses serviços, sendo que os representantes eram quem

faziam os pagamentos; que quem pagava os tributos da empresa do autor era o próprio autor enviando

depois os comprovantes ao depoente; que na empresa há dois tipos de vendedores, os representantes

comerciais e os empregados; que a diferença entre um e outro é que o empregado é subordinado,

"sendo art. 62 da CLT" e os represetantes não são subordinados; que o autor tinha liberdade para

fazer a sua rotina de trabalho; que não trabalhava diretamente com o autor, mas sabe que o autor tinha

liberdade, porque trabalha na empresa há 10 anos e sabe como funcionam as coisas com os

representantes e com os vendedores; que o autor não tinha meta; que não sabe se o autor prestava

serviços para outra empresa".

Consoante depoimentos supra, o Reclamante geria com liberdade a sua

rotina de trabalho, fazendo os seus próprios horários e não contando com a ingerência efetiva de um

chefe/superior.

O fato de o Autor possuir crachá de identificação, tal qual o de fl. 88, e

como informado pela testemunha Valdene, não serve, por si só, para evidenciar relação empregatícia ou

subordinação, uma vez que o crachá pode ser apenas um meio de identificação da pessoa, que acaba

transitando por diversos locais, com a finalidade de vender os produtos da empresa representada.

Quanto à exigência ou não de abrir uma empresa, em que pese a

testemunha Flavio Ogeda tenha dito que foi obrigado a abrir, nada soube informar sobre a situação do

Autor.

E, conquanto a testemunha Wilker Borges tenha dito que o Autor teve que

abrir uma empresa (CNPJ), tal fato, por si só, não configura fraude, pois o representante comercial pode

ser contratado tanto como pessoa física tanto quanto pessoa jurídica.

No que se refere à administração da pessoa jurídica aberta e ao pagamento

de impostos, ficou claro que era o Reclamante quem administrava (com auxílio do contador Emilson) e

quem pagava os impostos, pois a testemunha Wilker Borges afirmou "que o funcionário/contador da

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911

reclamada, registrado pela ré, fazia a contabilidade das pessoas jurídicas abertas pelos seus

representantes, mas os impostos eram custeados pelos próprios vendedores e não pela reclamada".

Ainda no que tange à ausência de subordinação, destaco que todas as

testemunhas foram uníssonas quando afirmaram que havia plano de vendas e até metas estipuladas, mas

que não havia punição no caso de não atingimento de tais metas.

Vejamos trecho do depoimento da testemunha Flavio Ogeda, no qual o

depoente informa que não havia punição nem para a ausência em reuniões e nem pelo não cumprimento

de metas:

"Que encontrava o autor de 3 em 3 meses quando eram realizadas as

reuniões acima mencionadas; que ocomparecimento dos vendedores nas ditas reuniões na concepção do

depoente era obrigatória, já que eramconvocados via e-mail, e que recebiam ressarcimento das despesas

para comparecerem em tais reuniões; que não sabe informar se havia penalidade no caso de não

comparecimento nessas reuniões [...]que não havia puniçãocaso não cumprissem as metas".

Por fim, ainda com o intuito de demonstrar a ausência de subordinação,

destaco que a testemunha Wilker, que supostamente seria o "gerente" do Autor, ora deu a entender que

controlava as rotas e vendas do Demandante, ora deu a entender que não, deixando em dúvida o Juízo

quanto à credibilidade de seu depoimento.

Vejamos trecho do depoimento da testemunha: "o reclamante não tinha

horário fixo de trabalho, nem tinha a obrigação de se reportar ao depoente diariamente informando o

horário de início e termino da sua jornada; que o depoente não tinha como controlar os horários do

autor, uma vez que ele trabalhava no interior e o depoente em Cuiabá[...] que depois do início da

prestação de serviços do autor, a empresa exigiu que este constituísse pessoa jurídica; que antes era

realizado um teste para ver se compensava ficar com o vendedor ou não; que as condições de trabalho

do autor não foram alteradas depois de constituída a pessoa jurídica; que o autor sempre seguiu as

ordens dadas pelo depoente, sendo que este era o gerente do reclamante; [...] que a empresa estabelecia

cota de vendas para o reclamante e demais vendedores; que a meta de vendas era enviada aos

vendedores através de e-mail; que o depoente indicava clientes a serem visitados pelo reclamante, além

daqueles da própria carteira de clientes do autor [...] que se o autor quisesse, poderia contratar outro

contador que não o da reclamada [...] que a finalidade dos roteiros repassados pelo depoente aos

vendedores era 'vender'".

Como se pode extrair do depoimento supra, a relação existente entre a

testemunha Wilker e o Autor não era uma relação de superior e empregado, mas uma relação entre

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911

representante comercial e gerente de vendas da empresa representada, porquanto não há provas e sequer

indícios de que o Sr. Wilker pudesse efetivamente dirigir os negócios do Reclamante, aplicar-lhe

advertências ou suspensões, ou mesmo realizar o controle de atividades e rotina de trabalho do

Demandante.

Os e-mails presentes no processo também não evidenciam a existência de

uma relação empregatícia, pois apenas retratam a rotina normal de tratamento e acompanhamento de

trabalho existente entre uma empresa e seu representante comercial.

Por outro lado, o e-mail de fl. 250, por exemplo, deixa nítida a

flexibilidade e autonomia do Autor, que poderia se ausentar e realizar suas vendas à distância, fora do

estado, quando preciso por razões particulares.

Nesse sentido, considerando a ausência de subordinação jurídica do

Reclamante, não há como reconhecer a condição de empregado.

E não se alegue que o Autor foi enganado ou obrigado a cometer qualquer

tipo de fraude, notadamente, porque, se quisesse, poderia ter sido empregado celetista da Ré, bastando,

para tanto, que concordasse com a subordinação exigida e com a diferença salarial, que é considerável

entre os empregados vendedores e os representantes comerciais autônomos, como evidenciam os

documentos de fls. 587 e seguintes, que demonstram os valores das comissões pagas a um empregado.

Tanto o Autor não foi coagido a ser representante comercial que

permaneceu por quase 10 anos trabalhando para a Ré, se auto declarando "representante comercial" nos

e-mails enviados e até mesmo nas ações ajuizadas na justiça comum.

Ora, seria, no mínimo, contraditório (venire contra factum proprium), o

Reclamante, após tanto tempo e ciente de toda a sua autonomia e condições flexíveis de trabalho, aduzir

ilicitude no contrato tácito de representação comercial. Tal comportamento viola a boa-fé objetiva que

rege a interpretação dos contratos (art. 113, CC/02).

Assim, mesmo não possuindo registro no CORE e mesmo a Ré não tendo

feito contrato escrito de representação, tenho que tais fatos são meramente formalidades descumpridas,

não sendo suficientes para invalidarem a representação comercial, com base, inclusive, no princípio da

primazia da realidade.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911 Ante o exposto, julgo improcedente pedido de reconhecimento de

vínculo de emprego entre o Autor e a Ré e, por consequência, todos os demais pedidos formulados

nesta ação (verbas contratuais e rescisórias, horas extras e reflexos, adicional de insalubridade,

acúmulo de função, indenização por danos materiais).

JUSTIÇA GRATUITA

A Parte Autora declarou a sua condição de hipossuficiência econômica

para arcar com as despesas concernentes à presente demanda sem prejuízo de seu sustento próprio e de

sua família, declaração esta que possui presunção de veracidade, razão pela qual concedo o benefício da

justiça gratuita ao Reclamante.

Registro, apenas para que não se alegue omissão, que o fato de o

Autor possuir uma empresa não é suficiente para provar que possui rendimentos suficientes para

arcar com os custos do processo, sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

LITIGÂNCIA DE MÉ FÉ

O procedimento adotado pelo Autor no decorrer do processo não evidencia

a prática de quaisquer das condutas elencadas no art. 80 do CPC/2015, tampouco ofensa ao art. 5º do

mesmo diploma legal, não havendo falar, portanto, em litigância de má-fé.

Esclareço que a mera formalização de pedidos sem a devida comprovação

da tese não tem o condão de evidenciar o propósito de distorcer a verdade dos fatos. Da mesma forma,

não verifico a existência de pretensão deduzida contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Indefiro.

HONORÁRIOS PERICIAIS

A responsabilidade pelos honorários periciais é da parte sucumbente na

pretensão relativa ao objeto da perícia, nos termos do art. 790-B da CLT. A parte Autora foi sucumbente

no objeto da perícia referente ao adicional de insalubridade.

Assim, fixo os honorários do perito em R\$ 1.300,00 (hum mil e trezentos

reais), de responsabilidade do Reclamante, tendo em vista a qualidade do laudo pericial, a complexidade

da perícia, o grau de zelo do perito e os valores costumeiramente arbitrados neste Regional.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=18101509000718300000007060911

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

Em face da concessão do benefício da gratuidade da justiça ao Autor, os

honorários deverão ser satisfeitos pela União Federal, com os recursos vinculados ao custeio da justiça

gratuita (processo ajuizado antes da Lei 13.467/2017 entrar em vigor).

**III- DISPOSITIVO** 

Ante o exposto e nos termos da fundamentação supra, que integra este

dispositivo, na ação movida por CASSIO MULLER, em desfavor de CUIABA DISTRIBUIDORA DE

PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA, retifico o valor da causa para fazer constar o montante de R\$

1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e noventa e dois reais e

sessenta e dois centavos), e, no mérito, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA PARTE

**AUTORA**.

Defiro à Parte Autora o benefício da gratuidade da justiça.

Honorários periciais de R\$ 1.300,00 pelo Autor, a serem pagos com os

recursos da União Federal destinados ao custeio das ações dos beneficiários da justiça gratuita.

Custas processuais de 2%, calculadas sobre o valor da causa de R\$

1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e

dois centavos), dispensadas na forma da lei.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

SINOP, 22 de Janeiro de 2019

PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS

Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO

2ª VARA DO TRABALHO DE SINOP RTOrd 0001381-72.2017.5.23.0037

**RECLAMANTE: CASSIO MULLER** 

RECLAMADO: CUIABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE LIMPEZA

LTDA

**SENTENÇA** 

I- RELATÓRIO

CASSIO MULLER, devidamente qualificado na petição inicial, ajuizou,

em 10/11/2017, ação trabalhista em desfavor de CUIABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE

LIMPEZA LTDA, também qualificada. Após breve exposição fática e jurídica, realizou os pedidos

elencados na exordial. Anexou procuração e documentos. Atribuiu valor à causa.

Rejeitada a primeira proposta conciliatória.

A Ré apresentou defesa escrita, contestando as pretensões e refutando os

fundamentos dos direitos buscados pela Parte Autora. Ao final, postulou a improcedência dos pedidos.

Anexou procuração e documentos.

O autor impugnou a defesa e os documentos.

Em audiência de instrução, foi ouvido o Autor e a Ré. Ouvidas três

testemunhas, Expedidas cartas precatórias para a oitiva de mais duas testemunhas. Designada perícia

técnica.

Cumpridas as precatórias.

Laudo pericial juntado aos autos, sendo oportunizada a manifestação das

partes. Quesitos suplementares da Ré respondidos.

Sem mais provas a serem produzidas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais por memoriais pelas partes.

Sem êxito a derradeira proposta conciliatória.

É, em síntese, o relatório.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19012220160450700000007060899 Número do processo: RO 0001381-72.2017.5.23.0037

Número do documento: 19012220160450700000007060899

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

Passo a decidir.

**II- FUNDAMENTAÇÃO** 

A) CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS:

DIREITO INTERTEMPORAL - APLICAÇÃO DE NORMAS

ANTES E DEPOIS DA LEI 13.467/2017

Embora esta sentença esteja sendo proferida sob a égide da Lei 13.467/17,

as normas de direito material do trabalho não retroagem para regular contratos de trabalho anteriores à sua

vigência, conforme artigo 5°, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e artigo 6°, parte final, da Lei de

Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Ademais, os temas referentes à gratuidade de justiça, custas processuais e

honorários advocatícios e periciais devem ser regidos pela legislação processual trabalhista vigente à

época do ajuizamento. Isso porque tais institutos têm natureza híbrida, pois são normas de direito

processual com repercussões materiais, já que impõem ônus financeiro aos litigantes em Juízo (STJ, REsp

1.465.535/SP).

Saliento que tal entendimento, além de resguardar a segurança jurídica,

visa evitar a chamada decisão surpresa (artigo 10, Novo Código de Processo Civil), uma vez que a parte,

quando buscou o Judiciário, avaliou os riscos da sua demanda (custos do processo) considerando todo o

trâmite processual. Sendo assim, a aplicação de nova legislação que onere tal avaliação desrespeita as

legitimas expectativas dos litigantes quanto ao fator custo do processo.

Aliás, essa diretriz acompanha a teoria da unidade do processo, utilizada

pelo TST quando definiu que os dispositivos do rito sumaríssimo apenas teriam aplicação aos processos

iniciados após sua vigência (OJ n. 260 da SDI-1, TST).

Desse modo, afasto as normas processuais da novel legislação trabalhista

afetas aos temas de sucumbência (custas e honorários periciais/advocatícios) e gratuidade de justiça, de

modo que esta decisão judicial aplicará as regras existentes à época do ajuizamento da demanda.

Os demais dispositivos processuais, regem-se pelo princípio do tempus

regis actum - considerando o isolamento do ato processual.

**B) PRELIMINARES:** 

IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899 A Ré impugna o valor dado à causa, afirmando que a soma dos pedidos

formulados pelo Autor totalizam o montante de R\$ 1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove

mil quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e dois centavos), conforme cálculo de fl. 287.

Com razão a Ré.

Em que pese a CLT não exigisse a liquidação dos pedidos, antes da

entrada em vigor da Lei 13.467/2017, é certo que o valor da causa deve corresponder ao mais próximo

possível da somatória dos pleitos, nos termos do art. 292, §3°, CPC.

Assim, acolho a preliminar e retifico o valor da causa, para fazer

constar o montante de R\$ 1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e

noventa e dois reais e sessenta e dois centavos).

CONTRADITA DA TESTEMUNHA FLAVIO OGEDA

O Juízo deprecado de Jaciara MT deixou ao deprecante a análise e decisão

quanto à contradita da testemunha Flavio Ogeda, por amizade íntima com o Autor.

Pois bem.

Conquanto tenha ficado evidenciado que a mãe da testemunha possui uma

empresa com a esposa do Reclamante, não verifico nos autos qualquer prova da amizade entre o Autor e o

Sr. Flavio Ogeda, motivo pelo qual rejeito a contradita.

<u>C) PREJUDICIAL DE MÉRIT</u>O:

O artigo 7°, inciso XXIX, da CRFB/1988, dispõe que é direito dos

trabalhadores urbanos e rurais a "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com

prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos ap

ós a extinção do contrato de trabalho".

No caso, verifico que a Reclamação Trabalhista foi ajuizada em

10/11/2017, de forma que pronuncio prescritas as pretensões condenatórias anteriores a 10/11/2012,

conforme requerido pelo Réu, extinguindo-as com resolução do mérito, nos termos do art. 487, II, do

CPC/2015.

Ressalvo, contudo, as pretensões declaratórias, visto que imprescritíveis,

ID. 20929be - Pág. 3

consoante art. 11, §1º, da CLT, e as pretensões relativas aos depósitos de FGTS, porquanto em relação a

estas ainda se aplica o art. 23, §5°, da Lei 8.036 (prescrição trintenária). Isso porque ao presente contrato

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899

de trabalho se aplica a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade do art. 23, §5°, da Lei

8.036/90 publicada pelo STF em 13/11/2014, nos termos da Súmula 362, II, do TST.

D) MÉRITO:

RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO

Aduz o Autor que laborou ininterruptamente para a Ré no período de

02.06.2008 a 09.08.2017, preenchendo os requisitos do art. 3°, da CLT, pois era subordinado, tinha uma

relação pessoal, não eventual, onerosa e recebia salário.

Afirma que a contratação mediante Pessoa Jurídica se deu de forma

fraudulenta, pois a Ré que determinou a abertura da empresa, sendo que o Autor começou a prestar

serviços antes mesmo de possuir CNPJ. Requer a nulidade do contrato de prestação de serviços e de todas

as notas fiscais emitidas, em virtude do intuito de burlar as leis trabalhistas (art. 9°, CLT).

Postula o reconhecimento do vínculo de emprego existente entre o Autor e

a Ré de 02.06.2008 a 09.08.2017, com a anotação na CTPS do obreiro, na função de vendedor e salário

fixo de R\$ 1.500,00, mais comissões, que tinham uma média mensal de R\$ 15.300,00, totalizando R\$

19.860,00 de média remuneratória com o DSR.

Postula, inclusive, o pagamento do DSR das comissões.

A Ré contesta a narrativa e os pedidos, afirmando que o Autor foi

contratado como representante comercial, para receber 10% a título de comissões das vendas efetuadas,

sem salário fixo.

Argumenta que a média recebida de comissões pelo Demandante nos

últimos 5 anos foi de R\$ 14.419,93 (quatorze mil quatrocentos e dezenove reais e noventa e três centavos)

e não aquele apontada na exordial.

Aduz que o Reclamante trabalhava de forma autônoma, sem jornada

estabelecida e sem subordinação. Afirma, ainda, que o Autor pediu desligamento da empresa, não tendo

sido dispensado em nenhum momento.

Passo a analisar.

Como é sabido, a configuração do vínculo de emprego depende da

presença dos seguintes requisitos: trabalho prestado por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade,

onerosidade e subordinação jurídica (art. 2º e 3º da CLT).

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

No caso dos autos, vejo que é incontroverso que o Reclamante trabalhou

para a Reclamada de 02/06/2008 a 09/08/2017, atuando na venda de produtos da empresa e nos

treinamentos ofertados aos compradores.

A controvérsia centra-se na natureza do vínculo existente entre as partes,

se empregatício, como defende o Autor, ou de representação comercial, como aduz a Ré.

De início, ressalto que o que distingue um empregado de um representante

comercial basicamente é a subordinação jurídica, porque tanto o empregado como o representante

exercem, em regra, as suas atividades pessoalmente, mediante pagamento (onerosidade) e de forma não

eventual.

Vejamos o art. 1º da Lei 4.886/65, que traz o conceito de representante

comercial:

"Art . 1º Exerce a representação comercial autônoma a **pessoa jurídica ou** 

a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma

ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos,

para, transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos

negócios".

Na hipótese em tela, a prova testemunhal evidenciou que o Autor

trabalhava sem subordinação jurídica, com autonomia suficiente para diferenciá-lo de um empregado

celetista. Vejamos:

Testemunha Cleria Martins: "trabalhou de 2006 a 2011 como

representante comercial, sendo colega do autor; que depois voltou como gerente comercial de 2014 a

dezembro de 2017; que não gerenciava a região do autor; que na ré existem duas modalidade de

vendedores, sendo uma de empregados celetistas e outra de representantes comerciais; que o

representante comercial tem a empresa dele e não era cobrado pelo gerente; que o vendedor celetista

era diferente; que não havia cobrança de horário dos representantes comerciais e nem metas, apenas

campanhas; que o representante é um empresário; que no máximo poderia acompanhar um

representante numa visita, agendendo com ele um dia e horário (alinhamento de agenda); que os

representantes comerciais possuem outras empresas; que não tem conhecimento se o autor tinha outra

empresa ou se atendia a outra empresa como representante comercial pois não era de sua equipe; que os

representantes comerciais de sua equipe não tinham rotina de trabalho, poderiam trabalhar quantos dias

quisesse por mês; que mesmo os vendedores celetistas não possuem controle de ponto, pois o trabalho é

externo; que os celetistas poderiam ter rotas alinhadas, mas os representantes não [...] que a ré exige

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19012220160450700000007060899

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

emissão de nota fiscal ao representante, mas não exige que se crie pessoa jurídica, pode ser por pessoa

física [...] que seu percentual de comissão como representante era de até 10%; que a realidade da

depoente como represetante era igual à do autor, assim como era igual às dos demais representantes;

que sabe sisso pois os representantes sempre foram amigos e costumavam se reunir; que não possuía

salário fixo".

Testemunha Emilson Gonzaga: "que na época em que o autor

trabalhava para a ré era o depoente quem fazia sua contabilidade pois foi o depoente quem abriu a

empresa do Autor; que cobrava à parte por esses serviços, sendo que os representantes eram quem

faziam os pagamentos; que quem pagava os tributos da empresa do autor era o próprio autor enviando

depois os comprovantes ao depoente; que na empresa há dois tipos de vendedores, os representantes

comerciais e os empregados; que a diferença entre um e outro é que o empregado é subordinado,

"sendo art. 62 da CLT" e os represetantes não são subordinados; que o autor tinha liberdade para

fazer a sua rotina de trabalho; que não trabalhava diretamente com o autor, mas sabe que o autor tinha

liberdade, porque trabalha na empresa há 10 anos e sabe como funcionam as coisas com os

representantes e com os vendedores; que o autor não tinha meta; que não sabe se o autor prestava

serviços para outra empresa".

Consoante depoimentos supra, o Reclamante geria com liberdade a sua

rotina de trabalho, fazendo os seus próprios horários e não contando com a ingerência efetiva de um

chefe/superior.

O fato de o Autor possuir crachá de identificação, tal qual o de fl. 88, e

como informado pela testemunha Valdene, não serve, por si só, para evidenciar relação empregatícia ou

subordinação, uma vez que o crachá pode ser apenas um meio de identificação da pessoa, que acaba

transitando por diversos locais, com a finalidade de vender os produtos da empresa representada.

Quanto à exigência ou não de abrir uma empresa, em que pese a

testemunha Flavio Ogeda tenha dito que foi obrigado a abrir, nada soube informar sobre a situação do

Autor.

E, conquanto a testemunha Wilker Borges tenha dito que o Autor teve que

abrir uma empresa (CNPJ), tal fato, por si só, não configura fraude, pois o representante comercial pode

ser contratado tanto como pessoa física tanto quanto pessoa jurídica.

No que se refere à administração da pessoa jurídica aberta e ao pagamento

de impostos, ficou claro que era o Reclamante quem administrava (com auxílio do contador Emilson) e

quem pagava os impostos, pois a testemunha Wilker Borges afirmou "que o funcionário/contador da

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

reclamada, registrado pela ré, fazia a contabilidade das pessoas jurídicas abertas pelos seus

representantes, mas os impostos eram custeados pelos próprios vendedores e não pela reclamada".

Ainda no que tange à ausência de subordinação, destaco que todas as

testemunhas foram uníssonas quando afirmaram que havia plano de vendas e até metas estipuladas, mas

que não havia punição no caso de não atingimento de tais metas.

Vejamos trecho do depoimento da testemunha Flavio Ogeda, no qual o

depoente informa que não havia punição nem para a ausência em reuniões e nem pelo não cumprimento

de metas:

"Que encontrava o autor de 3 em 3 meses quando eram realizadas as

reuniões acima mencionadas; que ocomparecimento dos vendedores nas ditas reuniões na concepção do

depoente era obrigatória, já que eramconvocados via e-mail, e que recebiam ressarcimento das despesas

para comparecerem em tais reuniões; que não sabe informar se havia penalidade no caso de não

comparecimento nessas reuniões [...]que não havia puniçãocaso não cumprissem as metas".

Por fim, ainda com o intuito de demonstrar a ausência de subordinação,

destaco que a testemunha Wilker, que supostamente seria o "gerente" do Autor, ora deu a entender que

controlava as rotas e vendas do Demandante, ora deu a entender que não, deixando em dúvida o Juízo

quanto à credibilidade de seu depoimento.

Vejamos trecho do depoimento da testemunha: "o reclamante não tinha

horário fixo de trabalho, nem tinha a obrigação de se reportar ao depoente diariamente informando o

horário de início e termino da sua jornada; que o depoente não tinha como controlar os horários do

autor, uma vez que ele trabalhava no interior e o depoente em Cuiabá[...] que depois do início da

prestação de serviços do autor, a empresa exigiu que este constituísse pessoa jurídica; que antes era

realizado um teste para ver se compensava ficar com o vendedor ou não; que as condições de trabalho

do autor não foram alteradas depois de constituída a pessoa jurídica; que o autor sempre seguiu as

ordens dadas pelo depoente, sendo que este era o gerente do reclamante; [...] que a empresa estabelecia

cota de vendas para o reclamante e demais vendedores; que a meta de vendas era enviada aos

vendedores através de e-mail; que o depoente indicava clientes a serem visitados pelo reclamante, além

daqueles da própria carteira de clientes do autor [...] que se o autor quisesse, poderia contratar outro

contador que não o da reclamada [...] que a finalidade dos roteiros repassados pelo depoente aos

vendedores era 'vender'".

Como se pode extrair do depoimento supra, a relação existente entre a

testemunha Wilker e o Autor não era uma relação de superior e empregado, mas uma relação entre

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899

Data de Juntada: 22/01/2019 20:16

representante comercial e gerente de vendas da empresa representada, porquanto não há provas e sequer

indícios de que o Sr. Wilker pudesse efetivamente dirigir os negócios do Reclamante, aplicar-lhe

advertências ou suspensões, ou mesmo realizar o controle de atividades e rotina de trabalho do

Demandante.

Os e-mails presentes no processo também não evidenciam a existência de

uma relação empregatícia, pois apenas retratam a rotina normal de tratamento e acompanhamento de

trabalho existente entre uma empresa e seu representante comercial.

Por outro lado, o e-mail de fl. 250, por exemplo, deixa nítida a

flexibilidade e autonomia do Autor, que poderia se ausentar e realizar suas vendas à distância, fora do

estado, quando preciso por razões particulares.

Nesse sentido, considerando a ausência de subordinação jurídica do

Reclamante, não há como reconhecer a condição de empregado.

E não se alegue que o Autor foi enganado ou obrigado a cometer qualquer

tipo de fraude, notadamente, porque, se quisesse, poderia ter sido empregado celetista da Ré, bastando,

para tanto, que concordasse com a subordinação exigida e com a diferença salarial, que é considerável

entre os empregados vendedores e os representantes comerciais autônomos, como evidenciam os

documentos de fls. 587 e seguintes, que demonstram os valores das comissões pagas a um empregado.

Tanto o Autor não foi coagido a ser representante comercial que

permaneceu por quase 10 anos trabalhando para a Ré, se auto declarando "representante comercial" nos

e-mails enviados e até mesmo nas ações ajuizadas na justiça comum.

Ora, seria, no mínimo, contraditório (venire contra factum proprium), o

Reclamante, após tanto tempo e ciente de toda a sua autonomia e condições flexíveis de trabalho, aduzir

ilicitude no contrato tácito de representação comercial. Tal comportamento viola a boa-fé objetiva que

rege a interpretação dos contratos (art. 113, CC/02).

Assim, mesmo não possuindo registro no CORE e mesmo a Ré não tendo

ID. 20929be - Pág. 8

feito contrato escrito de representação, tenho que tais fatos são meramente formalidades descumpridas,

não sendo suficientes para invalidarem a representação comercial, com base, inclusive, no princípio da

primazia da realidade.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=19012220160450700000007060899

Ante o exposto, julgo improcedente pedido de reconhecimento de

vínculo de emprego entre o Autor e a Ré e, por consequência, todos os demais pedidos formulados

nesta ação (verbas contratuais e rescisórias, horas extras e reflexos, adicional de insalubridade,

acúmulo de função, indenização por danos materiais).

JUSTIÇA GRATUITA

A Parte Autora declarou a sua condição de hipossuficiência econômica

para arcar com as despesas concernentes à presente demanda sem prejuízo de seu sustento próprio e de

sua família, declaração esta que possui presunção de veracidade, razão pela qual concedo o benefício da

justiça gratuita ao Reclamante.

Registro, apenas para que não se alegue omissão, que o fato de o

Autor possuir uma empresa não é suficiente para provar que possui rendimentos suficientes para

arcar com os custos do processo, sem prejuízo de seu sustento e de sua família.

LITIGÂNCIA DE MÉ FÉ

O procedimento adotado pelo Autor no decorrer do processo não evidencia

a prática de quaisquer das condutas elencadas no art. 80 do CPC/2015, tampouco ofensa ao art. 5º do

mesmo diploma legal, não havendo falar, portanto, em litigância de má-fé.

Esclareço que a mera formalização de pedidos sem a devida comprovação

da tese não tem o condão de evidenciar o propósito de distorcer a verdade dos fatos. Da mesma forma,

não verifico a existência de pretensão deduzida contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Indefiro.

HONORÁRIOS PERICIAIS

A responsabilidade pelos honorários periciais é da parte sucumbente na

pretensão relativa ao objeto da perícia, nos termos do art. 790-B da CLT. A parte Autora foi sucumbente

no objeto da perícia referente ao adicional de insalubridade.

Assim, fixo os honorários do perito em R\$ 1.300,00 (hum mil e trezentos

reais), de responsabilidade do Reclamante, tendo em vista a qualidade do laudo pericial, a complexidade

da perícia, o grau de zelo do perito e os valores costumeiramente arbitrados neste Regional.

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS https://pje.trt23.jus.br/segundograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=1901222016045070000007060899

Em face da concessão do benefício da gratuidade da justiça ao Autor, os

honorários deverão ser satisfeitos pela União Federal, com os recursos vinculados ao custeio da justiça

gratuita (processo ajuizado antes da Lei 13.467/2017 entrar em vigor).

**III- DISPOSITIVO** 

Ante o exposto e nos termos da fundamentação supra, que integra este

dispositivo, na ação movida por CASSIO MULLER, em desfavor de CUIABA DISTRIBUIDORA DE

PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA, retifico o valor da causa para fazer constar o montante de R\$

1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e noventa e dois reais e

sessenta e dois centavos), e, no mérito, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DA PARTE

**AUTORA**.

Defiro à Parte Autora o benefício da gratuidade da justiça.

Honorários periciais de R\$ 1.300,00 pelo Autor, a serem pagos com os

recursos da União Federal destinados ao custeio das ações dos beneficiários da justiça gratuita.

Custas processuais de 2%, calculadas sobre o valor da causa de R\$

1.249.492,62 (um milhão duzentos e quarenta e nove mil quatrocentos e noventa e dois reais e sessenta e

dois centavos), dispensadas na forma da lei.

Intimem-se as partes.

Nada mais.

SINOP, 22 de Janeiro de 2019

PAULA CABRAL DE CERQUEIRA FREITAS

Juiz(a) do Trabalho Substituto(a)





**PROCESSO** 

n o

0001381-72.2017.5.23.0037

(RO)

RECORRENTE:

CASSIO

MULLER

RECORRIDO: CUIABA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE LIMPEZA LTDA

RELATOR: TARCÍSIO VALENTE

## **EMENTA**

REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. As provas colacionadas aos autos evidenciam que a prestação dos serviços desenvolveu-se com autonomia. Desse modo, há que se prestigiar o princípio da primazia da realidade para reconhecer, assim como na decisão de origem, a condição do Autor de representante comercial e, por corolário, afastar a tese de existência de relação de emprego. Recurso do Autor ao qual se nega provimento.

## RELATÓRIO

A MM. Juíza da 2ª Vara do Trabalho de Sinop/MT, por intermédio da Sentença de ID 5a8267a, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Foram deferidos os benefícios da justiça gratuita à parte autora.

Inconformado, o Autor interpôs o Recurso Ordinário de ID 3245094,

reiterando o pleito inicial.

Contrarrazões pela parte ré (ID 0cb1de2).

Dispensado o recolhimento das custas processuais, diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita, bem como de manifestação do MPT, termos legais e regimentais.

Eis o breve relatório.

## **ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do

Recurso Ordinário interposto pelo Autor, bem como das contrarrazões correlatas.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017

A presente reclamatória foi ajuizada em 10/11/2017, 01 dia antes da

entrada em vigência da lei 13.467/2017, que realizou alterações substanciais na sistemática material e

processual trabalhista.

Deste modo, observar-se-á a legislação anterior quanto aos aspectos de

direito material, eis que a relação contratual findou-se em data anterior à entrada em vigência da

mencionada reforma; quanto aos aspectos puramente processuais, serão observadas as alterações trazidas

pela reforma trabalhista.

**MÉRITO** 

VÍNCULO EMPREGATÍCIO x REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

O órgão julgador "a quo" entendeu pelo não reconhecimento do vínculo

empregatício, sob o fundamento de que não ficou comprovada a subordinação jurídica apta à

configuração do vínculo.

O recorrente alega, em suma, que as testemunhas trazidas pela recorrida

teriam desviado da verdade em audiência, enquanto que a testemunha trazida por ele, Sr. FLAVIO

OGEDA, teria comprovado que era comum a recorrida obrigar a constituição de pessoa jurídica para

contratação, a fim de comprovar a figura do trabalhador "pejotizado".

Argui ainda, que não possui registro no CORE, tampouco veio aos autos o

contrato de representação comercial, o que a seu ver seria suficiente a comprovar a relação de emprego.

Pois bem, passo à análise.

Data de Juntada: 12/04/2019 08:34

ID. b055b10 - Pág. 2

Do exame dos artigos 2º e 3º da CLT, infere-se que são cinco os elementos

imprescindíveis da relação de emprego: a) trabalho prestado por pessoa física; b) pessoalidade do

empregado; c) não eventualidade da prestação do serviço; d) subordinação ao tomador do serviço; e)

onerosidade da relação.

Ademais, é cediço que a ausência de qualquer um dos elementos

fático-jurídicos caracterizadores da figura do "empregado", implica na inexistência de relação de natureza

empregatícia.

Pontuo, ainda, que embora a combinação de todos os elementos

caracterizadores da relação de emprego seja imprescindível para configurá-la, não se discute a

proeminência da subordinação ante os demais, tendo em vista ser a subordinação o elemento principal de

diferenciação entre a relação de emprego e as demais relações de trabalho, conforme nos ensina Maurício

Godinho Delgado (in "Curso de Direito do Trabalho", 10ª edição, São Paulo: LTr, 2011, pág. 291):

A subordinação corresponde ao polo antitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de

direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

(...)

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: **ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador**. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetivista do

**trabalhador**. E, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visao subjetivista do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do

trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição

Desta forma, segundo a doutrina acima citada, convém definir a

subordinação jurídica como sendo a situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o

empregado comprometer-se-ia a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua

prestação de serviços.

Além disso, segundo Vólia Bomfim Cassar, autônomo "é o trabalhador

que explora seu ofício ou profissão com habitualidade, por conta e risco próprio. A habitualidade tem o

conceito temporal, ou seja, que a atividade seja exercida com repetição. (...) os representantes

comerciais, assim como os empreiteiros de lavor são considerados autônomos e têm pessoalidade e

subordinação (leve) em relação ao tomador dos serviços. Estes se distinguem dos empregados porque

correm os riscos de sua atividade" ("Direito do Trabalho" - 11ª edição - Rio de Janeiro: Forense; São

Paulo: Método, 2015, págs. 276/277).

Doutrina e jurisprudência debatem-se quanto à dificuldade em se

estabelecer critérios distintivos entre o representante comercial autônomo e o vendedor empregado, em

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: TARCISIO REGIS VALENTE

Data de Juntada: 12/04/2019 08:34

ID. b055b10 - Pág. 3

virtude de a Lei 4.886/65 ter admitido laços da nítida dependência do representante ao representado, desautorizando o recurso ao critério da subordinação jurídica, usualmente utilizado na diferenciação do contrato de trabalho de outros contratos de atividades afins.

Assim, a distinção entre o representante comercial e o vendedor empregado é tênue. Para caracterização do vínculo de emprego não basta a presença de exclusividade ou prestação de contas à empresa, sendo necessária a demonstração nítida de robusta subordinação, como, v. g., cobrança de metas com aplicação de penalidades, frequência e horário de trabalho, dentre outros fatores que indiquem total ingerência do empregador na prestação dos serviços.

In casu, tendo a Ré admitido a prestação de serviços, atraiu para si o ônus de provar que tal se deu com autonomia, via contrato de representação comercial, desincumbindo-se a contento desse mister.

Vejamos o que deflui da prova oral:

Testemunha Cleria Martins: "trabalhou de 2006 a 2011 como representante comercial, sendo colega do autor; que depois voltou como gerente comercial de 2014 a dezembro de 2017; que não gerenciava a região do autor; que na ré existem duas modalidade de vendedores, sendo uma de empregados celetistas e outra de representantes comerciais; que o representante comercial tem a empresa dele e não era cobrado pelo gerente; que o vendedor celetista era diferente; que não havia cobrança de horário dos representantes comerciais e nem metas, apenas campanhas; que o representante é um empresário; que no máximo poderia acompanhar um representante numa visita, agendando com ele um dia e horário (alinhamento de agenda); que os representantes comerciais possuem outras empresas; que não tem conhecimento se o autor tinha outra empresa ou se atendia a outra empresa como representante comercial pois não era de sua equipe; que os representantes comerciais de sua equipe não tinham rotina de trabalho, poderiam trabalhar quantos dias quisesse por mês; que mesmo os vendedores celetistas não possuem controle de ponto, pois o trabalho é externo; que os celetistas poderiam ter rotas alinhadas, mas os representantes não [...] que a ré exige emissão de nota fiscal ao representante pode ser por pessoa física [...] que seu percentual de comissão como representante era de até 10%; que a realidade da depoente como representante era igual à do autor, assim como era igual às dos demais representantes; que sabe disso pois os representantes sempre foram amigos e costumavam se reunir; que não possuía salário fixo".

Testemunha Emilson Gonzaga: "que na época em que o autor trabalhava para a ré era o depoente quem fazia sua contabilidade pois foi o depoente quem abriu a empresa do Autor; que cobrava à parte por esses serviços, sendo que os representantes eram quem faziam os pagamentos; que quem pagava os tributos da empresa do autor era o próprio autor enviando depois os comprovantes ao depoente; que na empresa há dois tipos de vendedores, os representantes comerciais e os empregados; que a diferença entre um e outro é que o empregado é subordinado, "sendo art. 62 da CLT" e os representantes não são subordinados; que o autor tinha liberdade para fazer a sua rotina de trabalho; que não trabalhava diretamente com o autor, mas sabe que o autor tinha liberdade, porque trabalha na empresa há 10 anos e sabe como funcionam as coisas com os representantes e com os vendedores; que o autor não tinha meta; que não sabe se o autor prestava serviços para outra empresa".

**Testemunha Valdeni Pererira:** nunca trabalhou para a ré; que conhece o autor da época em que trabalhou na empresa Martins & Martins (Machado); que essa empresa era cliente do autor; que trabalhou na Martins & Martins de 2000 a 2015 na função de gerente geral; que várias vezes o autor foi até a empresa em que o depoente trabalhava dar treinamento de como usar os produtos; que a Martins & Martins comprava com o autor em média 02

vezes no mês em relação à loja do depoente; que o autor dava treinamento umas 10 vezes ao mês pois a empresa tinha muito giro de funcionários. Nada mais

Testemunha Wilker Borges: "Que trabalhou para a reclamada por cerca de 8 anos, tendo se desligado em 2014; que trabalhava na função de gerente de vendas; que trabalhou junto com o autor; que o autor trabalhava como vendedor; que o depoente passava ordens ao reclamante; que não se recorda quando o autor iniciou na reclamada, mas acha que o autor trabalhou por cerca de 05 anos na reclamada; que o autor também dava treinamentos, fazia a instalação de equipamentos; que o autor continuou na empresa depois que o depoente se desligou; que foi o depoente quem contratou o reclamante; que o reclamante não tinha registro em CTPS; que nenhum dos vendedores da reclamada era registrado; que o depoente trabalhou um período sem registro, sendo registrado posteriormente, em Cuiabá; que o reclamante foi contratado inicialmente recebendo um valor fixo como ajuda de custo, em torno de R\$ 1.000,00/1.500,00, para formar uma carteira de clientes; que posteriormente, essa ajuda de custo seria retirada, quando a comissão ultrapassasse tal valor; que a comissão era de 10% sobre o valor da venda; que não se recorda por quanto tempo o autor recebeu a ajuda de custo; que a ajuda de custo era prometida por um tempo mínimo de três meses, mas depois de retirada, não retornava, ficando apenas o valor da comissão mensal, ainda que abaixo do valor da ajuda de custo; que não se recorda a média de comissão percebida pelo autor durante o período contratual; que o reclamante não tinha horário fixo de trabalho, nem tinha a obrigação de se reportar ao depoente diariamente informando o horário de início e termino da sua jornada; que o depoente não tinha como controlar os horários do autor, uma vez que ele trabalhava no interior e o depoente em Cuiabá. (...) que o depoente passava ordens ao reclamante cobrando o atingimento das metas; que não penalizava o autor (...) que se o autor quisesse, poderia contratar outro contador que não o da reclamada; que a empresa não pagava verba indenizatória ao autor pela utilização do veículo próprio;

De início, observo que a testemunha Wilker, apesar de informar que o Autor era empregado e que a ele era subordinado, deixou claro que haviam metas, mas que não havia penalidade pelo seu descumprimento, tampouco controle de jornada ou acompanhamento da prestação de serviços, acrescentando ao final que a alteridade ficava por conta do Demandante.

Embora o Recorrente afirme terem as testemunhas da recorrida produzido prova eivada de vício, constato que a testemunha Sr.ª. CLERIA MARTINS afirmou ser amiga do recorrente, de modo que natural que haja o conhecimento da rotina de serviço de seu colega de trabalho, mesmo que à distância.

O Demandante também alega ter a testemunha Sr. EMILSON GONZAGA faltado com a verdade em audiência, no ponto em que afirmou que não trabalhava diretamente com ele, alegando que os "e-mails" de fls. 107/110 (ID ce6796f) demonstram o contrário. Todavia, compulsando os autos, afiro que não há no corpo das mencionadas mensagens eletrônicas (fls. 107/110 - ID ce6796f) qualquer indicativo de que tenha o Sr. EMILSON GONZAGA recebido as mensagens, porquanto sequer consta como um dos destinatários e não foi o subscritor destas.

Cumpre salientar também que, conforme colocado em Sentença, existem diversos e-mails juntados aos autos em que o Recorrente subscreve as mensagens eletrônicas como "Representante Comercial" (IDs 92444d4, bd04820 e 6d9aa21). Nas ações ajuizadas perante a justiça comum (IDs fecc63b e 8b2967b), este também se identificou como "Representante Comercial".

Acrescento que, conforme perfil pessoal criado junto ao "Linkedin" (IDs

f26270c e f50e072), o Autor novamente se identificou como Representante Comercial, atuando inclusive

nesta funcionalidade atualmente junto à Copagaz.

Apesar da arguição de que este perfil não foi por ele criado, não produziu

qualquer prova capaz de provar o contrário, como um simples boletim de ocorrência, já que se trata de

perfil público com informações pessoais do trabalhador, cujo acesso demanda o conhecimento de senha

pessoal, passível inclusive de responsabilização criminal pelo uso indevido da imagem da pessoa caso não

tivesse sido criado pelo próprio trabalhador. Não houve sequer indicação de irresignação nesse sentido -

de uso indevido da imagem -, motivo a corroborar com a prova trazida pela recorrida de que se trata perfil

alimentado pelo próprio Demandante.

Havendo prova de que o Recorrente se intitulou como "Representante

Comercial" nas diversas formas de convivência social com clientes, colaboradores da Ré, e ainda em

juízo, há que se reconhecer a real função deste como sendo representante comercial, e não vendedor

externo como requer.

Neste sentido, impende destacar também que a lei 4.886/1965 não exige ao

profissional de representação comercial que constitua pessoa jurídica, tendo inclusive a testemunha Sr.<sup>a</sup>.

CLERIA MARTINS (Ata de ID b8ce710), representante comercial, comprovado que inexistia a

imposição por parte da recorrida na constituição de pessoa jurídica, e ainda a testemunha Sr. FLAVIO

OGEDA comprovado que não havia imposição de que o Sr. EMILSON GONZAGA realizasse a criação

das "PJs", sendo serviço particular prestado por este; o próprio Sr. FLAVIO OGEDA se utilizou dos

servicos de profissional distinto.

Com efeito, as provas testemunhais demonstraram que, apesar da

existência de um plano de trabalho com metas, não havia qualquer punição pelo não cumprimento destas,

de modo a demonstrar a existência de flexibilidade na relação contratual. A existência de metas, por si só,

sem punição disciplinar, não é apta a atrair a subordinação jurídica inerente à relação de emprego. Neste

sentido é a jurisprudência:

REPRESENTANTE COMERCIAL. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. Tendo o réu admitido a prestação de serviços, contrapondo, no entanto, que tal se deu de

forma autônoma, acabou por atrair para si o ônus da prova quanto à ausência de vínculo empregatício. Para a configuração do vínculo de emprego no caso de representante comercial é imprescindível o preenchimento do requisito "subordinação jurídica" e "pessoalidade" na prestação dos seus serviços. Na hipótese, contudo, observa-se que a reclamante possuía plena autonomia para o desempenho de seu mister, podendo estipular pausas e períodos longos de descanso sem a necessidade de autorização do reclamado, além de organizar a sua própria rotina de trabalho, como o roteiro de

entregas e o horário de labor. Tais fatores conduzem à inexistência da relação de emprego, merecendo reforma a sentença, no particular. (TRT da 23.ª Região; Processo: 0000881-39.2016.5.23.0005; Data: 24/10/2017; Órgão Julgador: 2ª Turma-PJe;

Relator: ROBERTO BENATAR)

Data de Juntada: 12/04/2019 08:34

(...) II - RECURSO DE REVISTA DO AUTOR INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS N° 13.015/2014 E 13.105/2015. PROCESSO ANTERIOR À LEI N° 13.467/2017. VÍNCULO DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRABALHADOR

AUTÔNOMO . O autor requer, em síntese, o reconhecimento da "relação de emprego entre as partes no período da suposta representação comercial, sendo determinado o retorno dos autos à origem para que seja prolatada nova sentença" . Sustenta que o

próprio Regional reconheceu a sua subordinação à empresa ré, bem como o vínculo de emprego pretendido. Aduz que a ausência de registro no CORE impossibilita o seu enquadramento como representante comercial autônomo. Entretanto, embora o autor tenha transcrito apenas os excertos do acórdão regional que interessam à sua causa, a

leitura da citada decisão evidencia a inexistência dos requisitos legais para a configuração do vínculo de emprego pleiteado. De fato, está claro na decisão recorrida que "os representantes comerciais da ré na prática trabalhavam nos termos da Lei 4.886/65 arcando com todas as despesas advindas do negócio, sem qualquer ajuda de custo e com a

possibilidade de representar comercialmente outras empresas". Registre-se que, como bem estatuiu o Tribunal Regional, o simples fato de o autor não contar com registro no CORE não tem o condão de alterar a conclusão quanto à inexistência de relação empregatícia, em face da forma do contrato havido entre ele e a empresa ré

(princípio da primazia da realidade) . Ante a moldura fática descrita no acórdão recorrido, não há como se reconhecer a existência de vínculo de emprego entre as partes, conforme pretendido pelo autor. Incidência da Súmula nº 126/TST. Estão intactos os preceitos de lei invocados, sendo que a única decisão colacionada atende aos termos da Súmula 337 desta Corte, porquanto não conta com a ementa ou com a fonte de publicação . Recurso de revista não conhecido. (TST. 3ª Turma. Processo AIRR -

515-86.2014.5.12.0001. Data de julgamento: 03/10/2018. Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de publicação: 05/10/2018)

Veja-se que o simples fato de não estar o recorrente registrado no CORE

não implica no reconhecimento direto do vínculo empregatício, em observância ao princípio da primazia

da realidade sobre a forma.

Constato, desta forma, a inexistência da subordinação jurídica apta à

configuração do vínculo de emprego, sendo que a mera fixação de metas, sem penalidade disciplinar,

somente demonstra a existência de uma relação contratual de risco inerente à prestação dos serviços de

representação comercial autônoma, não sendo prova robusta o suficiente a comprovar a subordinação

jurídica e consequentemente o vínculo empregatício.

Deste modo, seja pela flexibilidade na escolha do horário e modo de

trabalho, pela possibilidade de não comparecimento a reuniões (ainda que em situação excepcional), pela

inexistência de penalidades quando do não cumprimento de metas, e ainda pela auto afirmação pública

como sendo Representante Comercial autônomo, concluo que entre as partes vigeu verdadeiro

contrato de representação comercial.

Nego provimento.

Conclusão do recurso

Por todo o exposto, conheço do Recurso Ordinário interposto pelo Autor e

das contrarrazões da Ré, e, no mérito, nego provimento ao apelo, nos termos da fundamentação supra.

Data de Juntada: 12/04/2019 08:34

ID. b055b10 - Pág. 7