

PROCESSO nº 0021209-20.2014.5.04.0221 (RO)

RECORRENTE: ANDRE LUIS MAROCCO DE BORBA

RECORRIDOS: BR TRONIC ELETRONICA EIRELI,
GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI, THYSSENKRUPP
ELEVADORES

RELATOR: MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO

EMENTA

FRAUDE ATRAVÉS DE "PEJOTIZAÇÃO".

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

1. A "pejotização" é uma fraude mediante a qual o empregador obriga seus trabalhadores a constituir empresas (pessoas jurídicas) em caráter pro forma, para burla do vínculo empregatício, com vistas a uma ilegal redução dos custos da mão-de-obra, em total desrespeito da legislação trabalhista, especialmente arts. 2º e 3º, 29 e 41 da CLT, atraindo, pois, a aplicação do disposto no art. 9º da CLT: "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação."

2. A constituição de pessoa jurídica, nestes casos, funciona como máscara da relação de emprego existente, assim como para frustrar a aplicação dos preceitos consolidados, furtando-se o real empregador a arcar com ônus de seu negócio na medida em que busca, fraudulentamente, fugir à conceituação do art. 2º da CLT, assim como tenta descaracterizar seus empregados do tipo do art. 3º do mesmo diploma.

3. Sob outro norte, o fato da parte autora possuir empresa constituída em seu nome não indica, por si só, que tenha interesse

em prestar serviços na condição de representante comercial autônoma, mas sim a modalidade de labor imposta para manter a atividade remunerada pela parte ré, transmutada de vínculo para a "pejotização", que é fórmula de fraude aos direitos sociais, mediante a qual transmudam-se os trabalhadores em "sócios" meramente formais de empresas terceirizadas, implicando na sonegação da paga de FGTS, gratificação natalina, férias, vale-transporte, etc.

4. Reconhecido o vínculo empregatício direto com a empresa BR TRONIC ELETRÔNICA - EIRELI, impõe-se reconhecer, em atenção aos limites do pedido, a responsabilidade subsidiária das empresas GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI e THYSSENKRUPP ELEVADORES. Inteligência dos arts. 932, III, e 942, parágrafo único, do CCB, e 9º da CLT.

CRIMES TRABALHISTAS. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO TRABALHISTA MEDIANTE FRAUDE E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CONDUTAS DELITUOSAS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS. A prática adotada pelos réus está capitulada como crime em tese, conforme previsto no art. 203 do Código Penal (frustração de direito trabalhista mediante fraude) e art. 297, §4º, do CP (sonegação dolosa de registro em CTPS), razão pela qual é cabível, em cumprimento ao disposto no art. 40 do CPP, a comunicação ao Ministério Público do Trabalho, para as providências cabíveis, na forma do art. 7º da Lei 7347/85.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR, ANDRE LUIS MAROCCO DE BORBA, para:

a) determinar a incidência das horas extras deferidas na origem em repouso semanais remunerados, feriados, 13º salário, férias com 1/3, FGTS com 40% e aviso prévio;

b) declarar a responsabilidade subsidiária das rés GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI e THYSSENKRUPP ELEVADORES em relação ao crédito reconhecido na presente demanda.

Por maioria, vencido parcialmente o Exmo. Des Relator, expeça a Vara de origem o ofício ao MPT, após o trânsito em julgado da demanda. Custas de R\$200,00, sobre o valor de R\$10.000,00, ora acrescido à condenação, pelas rés.

Intime-se.

Porto Alegre, 17 de novembro de 2016 (quinta-feira).

RELATÓRIO

Inconformado com a sentença (id 7a84d31) que julgou improcedente o pedido da ação em relação à GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI, segunda ré, e à THYSSENKRUPP ELEVADORES, terceira demandada, excluindo-as do polo passivo da demanda, e parcialmente procedentes os pedidos formulados em face da primeira ré BR TRONIC ELETRÔNICA - EIRELI, o autor, ANDRE LUIS MAROCCO DE BORBA, interpõe recurso ordinário (id

65bb1cd), abordando os seguintes temas: reflexos das horas extras e responsabilidade subsidiária da segunda e da terceira ré.

Com contrarrazões das rés GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI (id 7060a5d) e BR TRONIC ELETRONICA EIRELI (id fe3b071).

Processo não submetido à análise prévia do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Dados contratuais: o autor alega ter sido admitido em 12/07/2004, sem anotação do contrato de trabalho em sua CTPS, sendo integrado como sócio da empresa no período de 01/10/2004 a 17/05/2005. Diz que seguiu laborando até 13/08/2006, quando obrigado a constituir uma M.E. Trabalhou como gerente da empresa até 31/07/2013. Ação ajuizada em 05/09/2014. Valor provisório da condenação: R\$80.000,00.

RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR, ANDRÉ LUIS MAROCCO DE BORBA.

1. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS.

No tocante às horas extras, a sentença indefere o pedido de "reflexos nas demais verbas", ao fundamento de que vedado em nosso ordenamento jurídico o pedido genérico, nos termos do art. 322 do Novo CPC (id 7a84d31 - Pág. 7).

Com efeito, embora o demandante nada esclareça a respeito na inicial, limitando-se a postular horas extras com "reflexos nas demais verbas", observo que em recurso o autor especifica as repercussões que endente devidas (id 65bb1cd - Pág. 4).

Diante disso e nos termos da OJ 394 da SDI-I do TST, dou provimento parcial a este item do apelo para determinar a incidência das horas extras deferidas na origem em repouso semanais remunerados, feriados, 13º salário, férias com 1/3, FGTS com 40% e aviso prévio.

2. RESPONSABILIDADE DAS RÉS.

A sentença declara a existência de vínculo de emprego entre o autor e a primeira ré, BR TRONIC ELETRÔNICA - EIRELI, no período de 12/07/2004 a 31/07/2013, na função de gerente e julga improcedente o pedido quanto ao reconhecimento da responsabilidade subsidiária da segunda (GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI) e da terceira (THYSSENKRUPP ELEVADORES) demandada.

Inconformado, o demandante recorre, reafirmando que os proprietários da primeira (BR TRONIC) e da segunda (GABRIELA EIRELI) demandada são casados e constituíram a segunda unicamente para burlar direitos trabalhistas, permitindo que a primeira passe o patrimônio para a segunda, de modo que, no momento da execução já não haja bens passíveis de garantia do pagamento. Reitera que prestou serviço para as empresas desde 2004, sem registro em CTPS. Quanto à terceira ré (Thyssenkrupp), deve ela ser subsidiariamente responsabilizada, uma vez que a BR Tronic se transformou em Chicoteira elétrica exclusivamente para atender a ré THYSSENKRUPP, a qual gerenciava e fiscalizava o trabalho desenvolvido por ele.

Examino.

Na inicial, o demandante diz que a segunda demandada (GABRIELA CARDOSO PEREIRA - EIRELI) foi aberta pela

primeira (BR TRONIC ELETRÔNICA - EIRELI) com o intuito de fraudar direitos trabalhistas e que a terceira (THYSSENKRUPP ELEVADORES) era tomadora dos serviços prestados com exclusividade pela primeira.

Em depoimento pessoal, o autor esclarece o seguinte:

"Era chefe da produção da parte elétrica; que a primeira ré fornecia produtos da parte elétrica para a Thyssenkrupp; que decidiu pela inclusão no polo passivo de Gabriela, logo após a comunicação que a Thyssenkrup não faria mais compras da BR Tronic e receava que houvesse uma troca de CNPJ e atividade passasse a ser operadora pela empresa individual da Gabriela; que não prestou serviços para a Gabriela; que trabalhou na Sur, antiga denominação da Thyssenkrupp, como empregado; que o setor em que trabalhava foi terceirizado; que a empresa terceirizada faliu; que o depoente foi empregado desta empresa, Microsul; que foi criada a Sulconnect; que também foi empregado da Sulconnect; que o atual presidente da Thyssen passou para a BR Tronic a atividade terceirizada; que então o depoente foi convidado pelo proprietário da BR Tronic, Carlos Neto, para fazer parte da sociedade; que foi ajustado que o depoente seguiria com suas atividades, sem participação na administração, recebendo o mesmo salário da Sulconnect; que pediu para sair do quadro social porque não tinha poder de administração e então foi lhe feita a proposta que passasse a ser empregado, mas sua CTPS não foi assinada; que o representante da ré pediu que abrisse uma firma individual, para evitar o reconhecimento do vínculo, e em virtude do valor do seu salário que era alto, o que geraria encargos sociais maiores; (...) que a firma individual criada pelo depoente prestou serviços para

outras empresas após a saída do depoente da BR Tronic; que trabalhou na BR Tronic até agosto de 2013; (...) que foi em reuniões na Thyssenkrupp, representando a BR Tronic, para tratar assuntos como prazo de entrega e orçamentos, porque era da sua área; que a Thyssen, para a realização de pedidos, falava diretamente com o depoente; que não falou com a Thyssenkrupp sobre a venda direta por sua firma individual; (...) que além da Thyssenkrupp a BR Tronic tinha como clientes também Italianinha, LG Tech (atual Melco), SR Engenharia e Altus; que não havia empregados da Thyssenkrupp na BR Tronic; que havia um portal no sistema de informática da Thyssen em que as empresas prestadoras de serviços apresentavam orçamentos; que apesar do fornecimento de alguns orçamentos, nem todos viravam pedidos da Thyssen; que apesar dos produtos da BR Tronic serem fios, acabavam sendo diferentes para cada uma das empresas compradoras; (...) que os produtos eram entregues prontos e acabados para a Thyssenkrupp; (...)"

.

Ou seja, diversamente do entendido pelo Juízo da origem, o autor declara expressamente que, embora não tenha prestado serviços para a segunda ré (GABRIELA), decidiu incluí-la no polo passivo em razão do vínculo familiar e afetivo existente entre sua proprietária e o proprietário da primeira (BR TRONIC). Ademais, o demandante afirma, expressamente, que a terceira ré (THYSSENKRUPP) terceirizou a atividade para a BR TRONIC. A chancelar as declarações do autor, o depoimento prestado por ELIARA MARTINS DA SILVA, testemunha por ele convidada:

"(...) trabalhou para a primeira ré, na função de auxiliar de produção; que não lembra o período; que saiu em 2013, tendo trabalhado por 5 ou 6 anos; que o autor era chefe da depoente; que a depoente trabalhou também na Sulconnect e Carlos Francisco Pereira Neto, entrou como sócio quando foi criada a BR Tronic; que a CTPS da autora foi assinada pela primeira ré; que o autor comparecia diariamente na empresa; (...) que sempre recebeu as ordens do autor, durante todo o período de trabalho; que o autor recebia os pedidos da Thyssenkrupp, repassava para o pessoal da produção; (...)"

.

Não há dúvida, portanto, de que a terceira ré, THYSSENKRUPP, era a efetiva tomadora dos serviços prestados pelo autor na qualidade de empregado da primeira ré (BR TRONIC), tanto que terceirizado o setor onde ele laborava.

Portanto, o contexto fático e probatório evidencia o seguinte: o autor, empregado da BR TRONIC, cujo proprietário é casado com a proprietária da empresa GABRIELA CARDOSO PEREIRA EIRELI (alegação não impugnada pelas rés), prestava serviços em favor de THYSSENKRUPP ELEVADORES.

Por outro lado, a documentação acostada revela que o objeto social da segunda ré - GABRIELA CARDOSO PEREIRA EIRELI (id 6d61ee4 - pág.3) é a fabricação de material elétrico para instalações em circuito de consumo (CNAE 2732500); fabricação de componentes eletrônicos (CNAE 2610800); comércio atacadista de material elétrico (4873700) e instalação e manutenção elétrica (CNAE 4321500).

Pois bem.

Pelo princípio da primazia da realidade, e tratando-se o contrato de trabalho de um contrato realidade, deve-se avaliar a situação concreta/fática efetivada ao longo da prestação laboral, independentemente da manifestação de vontade das partes e em detrimento de eventual instrumento escrito pactuado.

Nesse sentido, a lição de Maurício Godinho Delgado:

"[...] o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente todos os matizes lançados pelo cotidiano da prestação de serviços. O princípio do contrato realidade autoriza, assim, por exemplo, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviços, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação)" (Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012, p. 203).

Por outro norte, o fato do autor possuir empresa constituída em seu nome não indica, por si só, que tenha interesse em prestar serviços nesta condição, mas sim a modalidade de labor imposta para manter a atividade remunerada pela parte ré, transmudada de vínculo ao que se conhece por "pejotização", que é a nova fórmula de fraude aos direitos sociais, mediante a qual transmudam-se os trabalhadores em "sócios" pro forma de empresas terceirizadas, implicando a sonegação da paga de FGTS, gratificação natalina, férias, vale-transporte, etc., em clara evidência, em tese, do crime do art. 203, caput, do Código Penal (frustração de direito trabalhista mediante fraude), em concurso material com os delitos

dos arts. 299, caput (falsidade ideológica), e 297, §4º (sonegação dolosa de registro em CTPS), do mesmo codex.

Ressalto que o objetivo do contrato de terceirização é a construção de uma parceria entre duas empresas, e não o estabelecimento de um mecanismo de redução de salário por parte da tomadora ou promoção de discriminação entre trabalhadores (os da tomadora e os da prestadora).

Quando isso ocorre, está-se diante de terceirização fraudulenta, em que o instituto negocial busca substituir, pela maquiagem da forma, o conteúdo trabalhista da relação existente entre o empregado e o empregador, com a interposta pessoa impedindo a formação de vínculo direto com a tomadora, em prejuízo dos direitos sociais das vítimas, incluindo aquela obrigada a constituir pessoa jurídica.

É precisamente o caso dos autos em que a empregadora do autor, valendo-se da "pejotização" (ato mediante o qual obriga trabalhadores a constituir pro forma empresas, para descaracterização do vínculo empregatício), buscava uma ilegal redução dos custos da mão de obra, em total desrespeito à legislação trabalhista, especialmente arts. 2º e 3º, 29 e 41 da CLT, atraindo, pois, na sua conduta, a aplicação do disposto no art. 9º da CLT: "serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação."

In casu, restou amplamente comprovada a prestação de serviços do autor à primeira demandada em caráter habitual, oneroso, pessoal e subordinado, tando que reconhecida a existência de

vínculo empregatício direto entre as partes, ante a fraude perpetrada.

E, neste contexto, restando evidenciada a ligação entre as três empresas demandadas, seja em razão da similitude de atividades quanto ao objeto da primeira e da segunda, seja em razão da terceirização de um setor de atividade pela THYSSENKRUPP para a BR TRONIC, entendo caracterizada a responsabilidade solidária, e não subsidiária das referidas empresas.

No particular, saliento que a produção por terceiros, no compartilhamento de riscos e redução de custos, nunca ocorre sem as qualidades técnicas e valores associados à marca, o que não é possível transferir numa mera relação comercial de compra e venda ou de simples fornecimento de produtos, como pretendem fazer crer as rés. A metodologia empregada para o desiderato vai desde a padronização, controle da matéria-prima, tecnologias e supervisão da produção, o que, do ponto de vista trabalhista, se traduz pela quase subordinação do trabalhador aos padrões produtivos da marca - e que, por outra linha de argumentação, poderia até caracterizar a subordinação estrutural (ordens de produção e inserção do trabalhador na organização do empreendimento).

Todavia, não é apenas a intensidade do exercício do direito diretivo do tomador que define sua responsabilidade, pois, nos termos do art. 2º da CLT, quem assume os riscos da atividade econômica é sempre o empregador, de onde dimana a sabedoria vertida na Súmula 331, IV, do TST, nas circunstâncias em que, embora ausente o vínculo direto, o elo entre o beneficiário da mão de obra e o trabalhador é mediado por um empregador de serviços

(intermediário), o que não retira, ao fim e ao cabo, a responsabilidade final dos direitos sociais do tomador, caso o prestador não os garanta.

A situação dos autos é justamente esta: a terceira ré abusou do direito de contratar (art. 187 do CC) - ainda que através de mera prestação de serviços, em franca inobservância de sua função social (art. 421 do CC), ao terceirizar todo um setor produtivo (o que equivale a uma etapa produtiva) para a empregadora do autor.

Por outro lado, ainda que se entendesse que a situação dos autos não configura terceirização ilícita, por faltar exclusividade e/ou ingerência direta no processo produtivo, não podem a tomadora de serviços permanecer isenta de responsabilidade pela contratação de empresa a quem é atribuída a implementação de toda uma etapa produtiva.

Incide, assim, também a responsabilidade prevista no art. 932, III, e 942, parágrafo único, do CCB. Ora, nos termos do art. 9º da CLT, é nula toda prática voltada a fraudar o ordenamento protetivo do trabalho, e, no caso vertente, constata-se que houve fraude, consubstanciada na terceirização ilícita de um setor produtivo.

Aplicável o caput do art. 942 do Código Civil (na forma do art. 8º da CLT): "os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação."

Diante desse quadro, a responsabilidade das rés é solidária, e não subsidiária.

Entretanto, considerando os limites da lide (vide pedido "g" da inicial - id 04001d4 - Pág. 6), dou provimento ao recurso do autor,

neste item, para declarar a responsabilidade subsidiária da segunda e da terceira demandada em relação ao crédito reconhecido na presente ação.

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Como a conduta de "pejotização", ou seja, máscara do vínculo empregatício mediante contratação de pessoa jurídica pelo empregado, constitui, em tese, crime de frustração de direito trabalhista mediante fraude, na forma dos tipos penais supracitados, determino a expedição de ofício à Polícia Federal e ao Ministério Público do Trabalho para as providências cabíveis, na forma do art. 5º, II, c/c art. 40 do CPP, e art. 7º da Lei 7347/85, para as providências cabíveis.

PREQUESTIONAMENTO E ADVERTÊNCIA

Adotada tese explícita a respeito das matérias objeto de recurso, são desnecessários o enfrentamento específico de cada um dos argumentos expendidos pelas partes e referência expressa a dispositivo legal para que se tenha atendido o prequestionamento e a parte interessada possa ter acesso à instância recursal superior. Nesse sentido, o item I da Súm. 297 do TST e a Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1, ambas do TST.

Também é inexigível o prequestionamento de determinado dispositivo legal quando a parte entende que ele tenha sido violado pelo próprio Acórdão do qual pretende recorrer, conforme entendimento pacificado na Orientação Jurisprudencial 119 da SDI-1 do TST.

Todavia, reputam-se prequestionadas as questões e matérias objeto da devolutividade recursal, bem como os dispositivos legais e

constitucionais invocados, como se aqui estivessem transcritos, um a um.

Advirto as partes acerca das consequências pela oposição de embargos reputados meramente protelatórios, a teor do art. 1026, §2º, do NCPC.

MARCELO JOSE FERLIN D'AMBROSO, Relator

VOTOS

DESEMBARGADORA TÂNIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA:

VOTO DIVERGENTE.

Expedição de Ofício à Polícia Federal. Expedição de Ofício ao Ministério Público do Trabalho.

Respeitados os entendimentos em sentido contrário, divirjo do nobre Relator com relação à determinação de instauração de inquérito policial, bem como de expedição de ofício à Polícia Federal. Tenho que a expedição de ofício ao MPT é suficiente para que sejam adotadas por ele as medidas para coibir a prática dos atos ilícitos verificados no presente feito, condicionada, a expedição de ofício, ao trânsito em julgado da decisão e a ser cumprida pela Vara do Trabalho de origem, como medida afeta à fase de execução.

DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA RECKZIEGEL:

Voto divergente

Expedição de ofício à Polícia Federal

Diversamente do entendimento do nobre Relator, considero suficiente a expedição de ofício apenas ao Ministério Público do

Trabalho, o qual pode adotar as medidas que entender cabíveis, não sendo necessário, de plano, oficiar a Polícia Federal.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR MARCELO JOSÉ FERLIN D AMBROSO
(RELATOR),

DESEMBARGADORA TÂNIA ROSA MACIEL DE OLIVEIRA
e DESEMBARGADORA TÂNIA REGINA SILVA
RECKZIEGEL.