

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

THAÍS PINHEIRO SENA

TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA:
limite das atividades e responsabilidade real pelo contrato de trabalho

Recife
2016

THAÍS PINHEIRO SENA

TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA:

limite das atividades e responsabilidade real pelo contrato de trabalho

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.
Orientador: Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.

Recife

2016

Sena, Thaís Pinheiro

Terceirização bancária: limite das atividades e responsabilidade real pelo contrato de trabalho. / Thaís Pinheiro Sena. – Recife: O Autor, 2016.

47 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Fábio Menezes de Sá Filho.

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2016.**

Inclui bibliografia.

1. Direito trabalho. 2. Terceirização. 3. Relação de emprego. 4. Prestação de serviços - Bancos I. Título.

**34 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2017-500**

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam em seus sonhos, perseguem seus ideais e ultrapassam seus limites na realização de ações que possibilitem a concretização daquilo que tanto perseguem. Àqueles que sempre buscam o melhor de si ao longo desta caminhada vencida e vindoura.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pois apenas ele é onipresente sobre todos os nossos anseios.

Mãe, sei que onde a senhora estiver, me olha, me guia e sente orgulho de mim.

A minha família, minha avó Vera, a quem desejo eternamente ao meu lado, de modo que vire semente por todo o amor sempre dedicado, meu esposo Gilberto pelo simples fato de acreditar em todos os meus sonhos e tomá-los como se fossem seus também, fazendo parte de cada pedacinho construído e me dando força (e café) em todas as horas que precisei. É como digo sempre, eu conseguiria de todo jeito, mas com você ao meu lado tudo foi mais fácil. A meus filhos, Lino e Theo, os motores que movem minha vida e me ajudam a levantar todas as manhãs, em especial a Lino, por acompanhar desde cedo minha aventura acadêmica e de renovação profissional, perdendo minhas ausências, e compreendendo o significado de tudo desde tão cedo. Que meus esforços e de toda a família sirvam de exemplo para suas vidas e inspiração para suas vitórias. A meu irmão Gregório, pelo choque de realidade pelas vezes que ousei sonhar sem planos e por suportar, inicialmente e mesmo à distância, as minhas crises de carência acerca de discussões jurídicas, conflitos de interesse e moral e claro, pelo “paitrocínio” inicialmente ofertado, sem você eu ainda seria planta atrás de um balcão.

A uma pessoa especial dessa jornada, minha sogra que se fez tão presente e fundamental depois que minha mãe partiu.

À Faculdade Damas pela magnífica oportunidade que me foi dada. Aproveitei cada dia como se fosse o mais importante de todos e graças ao cuidado, dedicação e carinho dos profissionais que dela fazem parte, Tereza, Expedito, Ricardo, os funcionários da xerox e tantos outros que me ajudaram sempre com tanta paciência e zelo a concluir com sucesso essa jornada. Essa chance jamais será esquecida. Tenho a faculdade como segunda casa e os professores como os melhores conselheiros de uma vida. Por cada um que passei, foi deixado em mim marcas de conhecimentos que serão por completo aproveitadas ao longo da minha carreira profissional. Queridos professores. E como são queridos! Fabinho (prof.Ms. Fábio Menezes), irmãozinho de alma, e que grandiosa alma! Rômulo, Cristiany, Leonardo, Aerton, Renata Celeste, Ricardo Silva...obrigada por fazerem de mim o cultivo da busca pela excelência. Vocês são exemplo de competência e desprendimento de precioso tempo dedicado aos alunos.

Aos melhores amigos e companheiros de curso, Anselmo, Cleano, Daniela Simões, Eliene, Jackson, Maria Carolina, Rúbia, e outros com quem tanto dividi e somei para então compartilhar estudos, dúvidas, problemas, alegrias, boas risadas e muito cansaço, mas afinal, parceiros de uma jornada recheada de vitórias.

Aos demais colegas de curso, com os quais me dediquei em cada momento necessário e enxerguei, em cada um, particularidades, que me ajudaram a perceber melhor tudo o que é diferente.

Aos amigos expectadores, que vibram, torcem, participam e ajudam cada um à sua maneira, sendo sempre disponíveis em todas as vezes que precisei, os quais tenho eterna gratidão e amor por fazerem parte da minha vida.

Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.

Ulpiano.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a atividade do empregado bancário, no que concerne a suas atribuições, do ponto de vista técnico em contrapartida às atividades exercidas por trabalhadores que operam em empresas terceirizadas. Buscou compreender os serviços prestados aos bancos aqui analisados, sob o ponto de vista jurídico da finalidade pelas atividades por eles exercidas. Foram abordados aqui os aspectos trabalhistas legais, relacionando-se as atividades desempenhadas pelo do bancário em comparação com aquele que exerce funções semelhantes em empresa interposta. Na perspectiva da terceirização, a definição de um limite para atividade-meio e atividade-fim é imprescindível como forma de evitar fraudes e buscar garantir os direitos dos trabalhadores como é disciplinado pela Constituição do Brasil.

Palavras-chave: Bancos. Relação de emprego. Terceirização. Atividades-meio e fim.

ABSTRACT

The following work focus its scope into analysing the activity of the bank clerk, with regard to its attributions, from a technical point of view, in contrast to activities performed by employees that operate in outsourced companies. It sought to comprehend the services rendered to the bank institutions here examined, from a legal point of view of the purpose of the activities by them exerted. Labour regulatory aspects were here addressed, relating the activities, developed by bank clerks, in comparison with similar ones, developed at a conduit company. In an outsourcing perspective, setting the boundaries for support-activity and target-activity is mandatory, as means to avoid fraud and also work toward guaranteeing the labor rights, as they are ruled by Brasil's Constitution.

Keywords: Banks. Employment relationship. Outsourcing. Support and target-activities.

LISTA DE SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CBO	Classificação Brasileira de Ocupações
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
DIEESE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos
DF	Distrito Federal
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional de Seguro Social
MPT	Ministério Público do Trabalho
MT	Ministério do Trabalho
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
RISTF	Regimento Interno do Superior tribunal Federal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 A ATIVIDADE BANCÁRIA: DEFINIÇÃO, COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES	
2.1 Conceito e disciplina legal.....	14
2.2 Atribuições descritivas das principais atividades.....	16
2.3 Diferenciação das atividade-meio e atividade-fim.....	17
2.4 Subordinação estrutural.....	19
3 DA TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS E UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE BANCÁRIA	
3.1 Noções gerais.....	22
3.2 A atividade bancária exercida pelo empregado de empresa interposta.....	25
3.3 Aspectos práticos: relatórios do MT e do MPT.....	28
3.4 Jurisprudência: análise dos principais julgados.....	30
4 DA FRAUDE À TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA: A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS	
4.1 A busca pela efetivação do Princípio da primazia da realidade.....	34
4.2 Da caracterização do vínculo com o tomador de serviços.....	36
4.3 Obrigações decorrentes do contrato de trabalho na terceirização ilícita.....	37
4.4 Para além da terceirização: efeitos do Projeto de Lei nº 4.330/2004.....	38
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	45

INTRODUÇÃO

É comum uma empresa terceirizada ter em seu quadro empregado que presta integral e continuamente serviços inerentes àqueles fornecidos de forma habitual por bancos, os quais, no caso, são os tomadores de serviços, quando, na verdade, deveriam ser destes os encargos decorrentes do respectivo contrato de emprego, sem prejuízo de eventuais obrigações atribuídas à empresa terceirizada durante a execução das atividades contratadas.

Considerando essa situação, é necessário compreender os institutos que perfilam a caracterização da terceirização e sendo assim responder dois questionamentos importantes ao presente estudo: quais os limites das atividades exercidas pelo trabalhador terceirizado ao banco e de quem é a responsabilidade pelos contratos de emprego?

Sendo assim, visa-se a traçar um paralelo em meio às competências e atribuições entre o empregado bancário e o de empresa terceirizada, que prestam serviços exclusivamente aos bancos aqui comparados.

Nesse contexto fático, pautado pelos princípios da proteção ao trabalhador e da primazia da realidade, é latente que os limites da referida atividade ultrapassam a questão da “atividade-meio”, e, sendo assim, as responsabilidades provenientes do vínculo empregatício devem ser repassadas diretamente ao tomador, porquanto tal modalidade de prestação de serviços não é reconhecida como válida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em virtude da precarização de direitos sociais que essa situação pode ensejar.

A importância desses questionamentos é estabelecer que a realidade dessa relação entre bancos e empresas interpostas, terceirizadas ou de subcontratação acarreta uma flexibilização da relação de emprego coisificando o empregado, isto é, mecanizando-o. Cabe salientar, que as demandas na Justiça do Trabalho acerca do assunto têm se multiplicado e a ilegalidade dessa relação vem sendo confrontada no dia a dia dos operadores de Direito de maneira vexatória e bastante contingente. Estabelecer limites na transferência de responsabilidade, bem como investigar aprofundadamente as obrigações contratuais do empregado diante da empresa terceirizada, e definir o conceito de atividade-meio e atividade-fim no âmbito bancário, são fundamentais para a (des) caracterização da relação de emprego com a empresa tomadora de serviço.

Deve-se considerar que a atual situação conjuntural do país caminha, a passos largos e de forma negativa, para a desconstrução e perda de direitos trabalhistas, os quais, com muito

custo, foram alcançados ao longo dos anos numa verdadeira luta de classes. No cenário da atual ordem jurídica, a terceirização de atividades deveria ser, em sua natureza, procedimento extremamente excepcional. É indispensável comprovar que a terceirização desregrada e de maneira aviltante pretende burlar aspectos legais garantidos ao trabalhador, que merece ter sua dignidade resguardada de forma compensadora e justa por suas atividades desempenhadas.

Nesse sentido, é importante estabelecer quais são os limites das atividades exercidas pelo trabalhador terceirizado ao banco e de quem é a responsabilidade pelos contratos de emprego. No fenômeno de trilateralização da relação de atividades bancárias, existe atualmente um desvio na prestação de serviço e inúmeras atribuições que deveriam ser executadas exclusivamente por empregados bancários, por fazerem parte de sua atividade-fim, mas vêm sendo exercidas por empregados de empresas terceirizadas, que buscam apenas quebrar o liame empregatício, subutilizando o empregado e valendo-se de mão de obra barata para execução de seus serviços.

O objetivo geral da pesquisa é fazer uma análise crítica ao relativismo e à flexibilização dos direitos trabalhistas para entender até onde o tomador de serviços poderá se utilizar de empresa interposta nas suas atividades. Nesse diapasão, os objetivos específicos tratam por definir as competências necessárias ao empregado bancário para que seja possível distinguir o que se constitui atividade-meio e atividade-fim, desenvolver um estudo acerca da legislação sobre terceirização e suas implicações nas relações de emprego, estabelecendo um estudo comparativo quanto às competências e atribuições entre o empregado bancário e o de empresa terceirizada, e, por fim, demonstrar a ocorrência real da fraude, e a responsabilidade pelo contrato de trabalho de modo a evidenciar a necessidade de uma legislação específica que regule de maneira segura a matéria.

Para persecução de tais confrontos, foi utilizado o método de raciocínio hipotético-dedutivo, a fim de serem identificados os problemas existentes entre as expectativas e as possíveis teorias para encontrar soluções justas e plausíveis à realidade.

O método de investigação consiste em análise comparativa feita por meio de análise documental acerca das competências, atribuições dos cargos envolvidos, e enfrentamento de decisões judiciais no âmbito da Justiça do Trabalho. A abordagem versa sobre estudo da atividade bancária no âmbito privado, tratando apenas das empresas ora aqui denominadas como bancos privados em sentido *stricto sensu*, excluindo-se dessa análise as empresas

públicas e as sociedades de economia mista, não sendo abordadas aqui, portanto, empresas integrantes da Administração Pública Indireta.

Para tanto, a presente pesquisa se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, detalha-se a atividade bancária (definição, competências e atribuições) para distinguir o que se constitui atividade meio e atividade fim dentro do ramo pesquisado. No segundo capítulo, apresenta-se os aspectos gerais da terceirização, e uma análise comparativa de como isso ocorre no âmbito da atividade bancária. Por fim, pretende-se comprovar a existência de fraude e os motivos pelos quais a responsabilidade pelo contrato de trabalho deve ser declarada exclusivamente com o banco, bem como a necessidade de se desenvolver mecanismos de controle e leis mais severas, que busquem tutelar os direitos do empregado.

2 A ATIVIDADE BANCÁRIA: DEFINIÇÃO, COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES

2.1 Conceito e disciplina legal

Existe hoje uma grande dificuldade na definição sobre quais seriam as atividades bancárias de uma maneira clara e específica. Tais atribuições se mostram essenciais no deslinde encontrado ao se tratar do aspecto da terceirização, e se faz de suma necessidade para definição de tal atividade como sendo lícita ou ilícita. Em virtude de a permissão jurisprudencial existente acerca da terceirização, ser justamente por causa da distinção entre atividade-meio e atividade-fim, há que se perseguir, em princípio, conceitos detalhados acerca do que se constitui a atividade bancária, suas definições, aspectos gerais e todas as características a ela inerentes.

As práticas realizadas por bancos são corriqueiras de conhecimento comum a uma grande parte da população. Diariamente são feitas movimentações financeiras e inúmeros procedimentos no seio da atividade bancária, mas não há definição capaz de delinear um marco contudente e estabelecer o que de fato poderia ou não ser terceirizado.

Mesmo não tendo caráter jurídico cabe aqui inicialmente apresentar a classificação brasileira de ocupações (CBO), retirado do sítio do MT, que deveria discriminar e uniformizar a identificação das ocupações no mercado de trabalho, mas ela faz isso apenas de maneira meramente administrativa e não se estende às relações de trabalho. Pode-se depreender isso na leitura a seguir:

Cbo 4132-25: Escriturário de banco. Descrição sumária

Prestam atendimento a usuários de serviços bancários; realizam operações de caixa; fornecem documentos aos clientes e executam atividades de cobrança. Apoiam as atividades da agência e demais setores do banco; administram fluxo de malotes; compensam documentos e controlam documentação de arquivos. Estabelecem comunicação com os clientes, prestando-lhes informações sobre os serviços bancários.

Desse modo, a descrição do que seria atribuição ao escriturário de banco demonstrando que mesmo ela não é capaz de delinear um perfil exato e necessário sobre as

competências exigidas para o trabalhador bancário, e se estas são necessárias previamente ou podem ser adquiridas conforme adequada instrução e treinamento.

Nesse mesmo viés, é factível a insuficiência de informações capazes de facilitar a identificação das atividades realizadas pelo bancário e muito menos coletar informação acerca da qualificação necessária para a realização de tais atividades. Conceitos vagos tais quais “operações de caixa” ou subjetivos como “apoio às atividades da agência” não consistem em descrição satisfatória e contributiva ao deslinde em questão.

O artigo 17 da Lei nº 4.595/1964 que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências sequer não chega a mencionar quais são as atividades bancárias. Faz apenas uma menção bastante subjetiva acerca de tais atividades conforme demonstrado abaixo:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Assim, observa-se que são conceitos amplos que de nada servem a determinação clara do que é a atividade de um bancário. Na prática, o que se tem de fato são conceitos sobre as atividades exercidas pelas instituições financeiras. Entretanto, a competência necessária ao trabalhador fica escusa de exame certo e determinado. Ao buscar em um edital de concurso público para o cargo de escriturário de banco os requisitos exigidos por ele são: a) certificado de conclusão de Ensino Médio (antigo segundo grau) ou equivalente, expedido por Instituição de Ensino reconhecida pelo Ministério da Educação; b) idade mínima de 18 anos completos até a data da contratação. Por conseguinte, analisa-se a parte destinada à descrição sumária das atividades, sendo necessidade de trabalho do banco: 1) comercialização de produtos e serviços; 2) atendimento ao público 3) atuação no caixa (quando necessário); 4) contatos com clientes; 5) prestação de informações aos clientes e usuários; 6) redação de correspondências em geral; 7) conferência de relatórios e documentos; 8) controles estatísticos; 9) atualização/manutenção de dados em sistemas operacionais informatizados; 10) execução de outras tarefas inerentes ao conteúdo ocupacional do cargo, compatíveis com as peculiaridades do banco. Dessas atribuições não são exigidas qualquer qualificação específica para o efetivo trabalho do bancário.

O Decreto Lei nº 406/1968 que também trata das instituições financeiras, o faz do seguinte modo:

96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços).

Regulados pelo Banco Central, as atividades e os serviços fornecidos e executados pelas instituições bancárias não demonstram, em qualquer regramento jurídico, exigências ou qualificações específicas para os operadores que farão tais movimentações por meio do banco. Sendo assim, inexistente conceito claro e objetivo acerca do que define uma instituição financeira e menos ainda a qualificação necessária aos funcionários que dela fazem parte.

2.2 Atribuições descritivas das principais atividades

Restando clara a dificuldade existente ao conceito da atividade bancária, passa-se a analisar no que consiste as atividades realizadas de forma descritiva e apenas superficialmente. Pode-se inferir que se constitui da prática de atividades principais ou acessórias de coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros. No primeiro caso, a comercialização de produtos tipicamente bancários, aplicação de recursos financeiros, e posteriormente as atividades de cobrança e negociação perfazem uma continuidade da relação de serviços, coleta e na intermediação de recursos financeiros já pactuados entre o banco e o cliente, na manutenção da relação contratual preexistente.

O entendimento mais prudente é o de que operações como a venda de produtos bancários, serviços de cobrança de clientes inadimplentes e a renegociação de débitos são indispensáveis e permanentes no âmbito da atividade produtiva do próprio banco, visto que residem exatamente na principal etapa do processo produtivo, qual seja, a de coleta dos

recursos financeiros adiantados aos clientes, por exemplo, mediante a cobrança de juros, multas e taxas. Tais práticas se mostram, portanto, imprescindíveis ao empreendimento. E não há como não inferir que a cobrança de clientes inadimplentes que realizaram negociações com o banco, a exemplo de cheque especial, arrendamento mercantil e cartões de crédito, efetivamente consiste em uma atividade, no mínimo, acessória às carteiras comercial, de investimento, de crédito, de financiamento e de arrendamento mercantil.

2.3 Diferenciação das atividade-meio e atividade-fim

Não tão diferente quanto à dificuldade identificada acerca das definições de atividade bancária, outra expressão bastante discutida na doutrina circunda sobre a dicotomia existente no conceito abstrato de atividade-meio e atividade-fim. Acontece que a expressão atividade-meio, evidenciada no item III da Súmula 331 do TST, se encontra bastante submersa no âmbito doutrinário e jurisprudencial ante a inexistência de especificidade legislativa sobre o tema. Tal expressão é de grande importância para compreensão do verbete, pois demonstra o limite existente para se delinear as diferenças de terceirização lícita para uma terceirização ilícita. A doutrina pátria busca dar um aspecto interpretativo levando em consideração critérios de razoabilidade e proporcionalidade a medida em que o critério adotado não leva em conta princípios constitucionais de valores sociais do trabalho.

Outrossim, à primeira vista a palavra usada para tal diferenciação não tem o condão de dirimir o conflito, posto que “inerente” apesar de ser relacionar com aquilo que está intimamente ligado a uma relação ou a essencialidade de um determinado ramo também não define um valor claro e necessário a essa distinção.

Algumas questões que envolvem a terceirização e sua licitude ou a aplicação dos referidos conceitos não trazem ao judiciário maior dificuldade decisória posto que fazem parte de uma linha bastante distinta àquela discutida. É inegável que serviços de conservação e limpeza estão diametralmente opostos em uma trilateralização fornecida a um ente bancário por exemplo. Não é difícil concluir que esses serviços considerados como serviços de apoio diferem completamente daqueles oferecidos pelos bancários no âmbito de suas atividades.

Em reforço a tal tese, contribui de maneira bastante esclarecedora as palavras descritas por Carvalho Filho (2009, p.41):

Muitas são as atribuições inerentes à determinada pessoa jurídica. Algumas delas, porém, integram seu núcleo fundamental, vale dizer, representam as atribuições básicas, assim consideradas aquelas para as quais a pessoa foi instituída. [...]. Ao mesmo tempo em que lhe constituem a causa, servem-lhe também como objeto. Sem tais finalidades, a própria pessoa se esvairia: são, pois, atividades-fim. Outras atribuições, contudo, a despeito de serem importantes para a busca das metas alvitadas, não integram o núcleo fundamental da entidade. Sua característica é a de serem atividades-meio, ou seja, aquelas que traduzem os instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio, sobre as quais a empresa vai consolidando seus passos com os olhos voltados para as metas que estabeleceu.

Não obstante, existe na jurisprudência uma dificuldade aparente sobre tal distinção. Para Manus (2002), a principal atividade exercida por uma empresa denomina-se atividade-fim, e que, além dessas, as empresas possuem em sua rotina outras atividades que se desenvolvem com vistas a fazer com que a atividade nuclear seja cumprida. Para o autor, essas atividades constituem-se em atividades periféricas e ou auxiliares, não constituindo um fim em si mesmas, mas atividades não essenciais apenas de suporte, sendo estas as atividades-meio. Também esclarece o jurista Maurício Godinho Delgado da seguinte forma:

(...) funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços. (DELGADO, 2013, p. 452).

Em verdade é necessário ter prudência na terceirização pois o contexto diferenciado é bastante vasto, e provavelmente tais discussões continuarão a ser enfrentadas em demandas do judiciário trabalhista. A questão da atividade-fim e atividade-meio aos poucos se mostra não sendo o ponto principal acerca da matéria. E para chegar em um momento de justiça regulatória é preciso ter cuidado na aplicação do instituto conforme crítica exposta na seguinte leitura:

Não acreditamos possa a terceirização constituir uma solução para todos os problemas empresariais. A terceirização requer cautela do ponto de vista econômico,

pois implica planejamento de produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a adoção de mão de obra terceirizada poderá implicar reconhecimento direto de vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, na hipótese de fraude, ou responsabilidade subsidiária dessa última, quando inadimplente a prestadora de serviços. (BARROS, 2016, p. 300)

Como bem explica, não se pode olvidar de aspectos tão cruciais que se fazem imprescindíveis ao estudo e aplicação da terceirização posto a responsabilidade ou o próprio reconhecimento de vínculo ser capaz de gerar consequências jurídicas importantíssimas não só para as empresas envolvidas, mas principalmente para amparo dos direitos ao trabalhador e compensação justa e isonômica pelas atividades exercidas.

2.4 Subordinação Estrutural

Diante desse cenário que desqualifica fundamentos de uma relação de emprego de forma um pouco confusa, cabe a explanação de forma objetiva de um instituto que teve seus conceitos aprimorados enquanto fruto da evolução das relações de emprego hoje existentes, qual seja o da subordinação.

A subordinação, um dos requisitos latentes da relação de emprego, prevista no art. 3º da CLT, tem suas características formuladas ante a evolução do liame empregatício. Para D'Angelo (2014), a subordinação corresponderia ao poder de comando patronal, a partir da qual o empregado se submeteria às suas determinações. No entanto, são critérios subjetivos que envolvem diversas características que podem ser inferidas da realidade vivenciada pelo empregado.

O que se observa, *in casu*, é a existência da subordinação estrutural, a saber:

É, pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ou não suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento (DELGADO, 2016, p. 426).

Impende destacar, ainda, que, segundo a mais atual doutrina e jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro, a flexibilidade e a liberalidade da cadeia produtiva atual dispensam a ordem direta do empregador que passa a ordenar apenas a produção como um

todo sem comprometer o requisito da pessoalidade e da subordinação de que tratam os arts. 2º e 3º da CLT.

Acórdão proferido em 2014 pela 3ª Turma do C. TST em sede de Recurso de Revista o qual foi relator o ministro Maurício Godinho Delgado, aponta de forma clara a aplicação da referida teoria (Teoria da Subordinação Estrutural) conforme ocorre terceirização. Para tanto cabe destacar o seguinte trecho de tal decisão:

RECURSO DE REVISTA. 1) PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. 2) TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATENDIMENTO A CLIENTES E OFERECIMENTO DE PRODUTOS. FORMAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. SUBORDINAÇÃO DIRETA. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE EMPREGO. 3) ENQUADRAMENTO COMO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS. 4) HORAS EXTRAS. INTERVALO DA MULHER. ART. 384/CLT. CONSTITUCIONALIDADE. [...] Destaca-se, ademais, que a subordinação jurídica, elemento cardeal da relação de emprego, pode se manifestar em qualquer das seguintes dimensões: a tradicional, de natureza subjetiva, por meio da intensidade de ordens do tomador de serviços sobre a pessoa física que os presta; a objetiva, pela correspondência dos serviços deste aos objetivos perseguidos pelo tomador (harmonização do trabalho do obreiro aos fins do empreendimento); **a estrutural, mediante a integração do trabalhador à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo à sua cultura corporativa dominante.** [...] (RR - 1415-12.2011.5.06.0011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado. Data de Julgamento: 13/08/2014. 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014). (grifos acrescentados)

A subordinação estrutural finalmente pode ser esclarecida com a absorção do trabalhador à rotina da empresa a qual presta seus serviços. A sua afinidade afeta ao trabalho vai além da mera prestação de serviços e passa a ser extremamente familiarizada com o ambiente organizacional do tomador. Ela alcança características multifacetadas ao passo que não há necessidade de que o trabalhador receba ordens diretas do tomador, mas tão somente a harmonização com a estrutura operacional da empresa respectiva tomadora.

Com esse cenário, se fez necessária uma releitura do art. 6º da CLT, de modo que passou a ter acrescentado no seu texto um conceito mais amplo que caracteriza o vínculo empregatício a partir da compreensão do conceito implícito da subordinação estrutural. De caráter bastante amplo, tal conceito não passou despercebido pelo legislador eis que no ano de 2011, a Lei nº .12.551 acrescentou uma nova redação ao parágrafo único do referido art. 6º, de modo que acresceu, implicitamente, conceitos de subordinação objetiva e subordinação

estrutural, passando a auxiliar na caracterização dos aspectos mais relevantes acerca do reconhecimento do vínculo empregatício. Assim, passou-se a fundamentar a salvaguarda de direitos daqueles trabalhadores que realizam suas atividades de maneira distinta daquelas que se verificam no cotidiano das relações de emprego.

3 DA TERCEIRIZAÇÃO: ASPECTOS GERAIS E UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO ÂMBITO DA ATIVIDADE BANCÁRIA

3.1 Noções gerais

Primeiramente, cabe fazer uma análise acerca do elemento legislativo que fundamenta a possibilidade de terceirização. A Súmula nº 331 do TST traduziu de maneira mais eficaz a deficiência de conceitos que pudessem dirimir questões inerentes à terceirização. Um grande avanço com a sua edição foi a possibilidade de aventar a existência de distinção entre as atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviço, motivando a edição do item III da referida Súmula o qual está assim disposto:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A possibilidade de terceirizar de forma lícita está, hoje, enfaticamente presente no texto desta súmula. Ou seja, a referida súmula apresenta situações nitidamente delimitadas quais sejam: a) situações empresariais que autoriza contratação de trabalho temporário desde que para prestação de serviços em situações transitórias observado o limite temporal imposto por lei; b) atividades de vigilância regidas pela Lei nº 7.102/1983; c) atividades de conservação e limpeza; d) serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que, nas três últimas, não se caracterize a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços. Contudo, transpondo ao campo da terceirização bancária aqui tratada, não se verifica a permissão normativa em qualquer uma dessas formas descritas na súmula de modo a prezar pela legalidade de tal instituto.

É bastante claro a existência de uma separação da permissibilidade da terceirização. Esta deve se restringir àquelas atividades que não são inerentes ao fundamento de existência da empresa. Cita inclusive a permissão quando se trata de serviços de conservação, limpeza, vigilância e outros que sejam úteis a continuidade rotineira da empresa sem que do seu ramo

de atuação faça parte. E sendo com esse caráter de o que pode ser realizado e o que não pode ser realizado, a súmula nº 331 foi evidente ao dispor sobre a distinção necessária entre terceirização lícita e terceirização ilícita.

Portanto, afirma-se que existe uma distinção entre terceirização lícita e terceirização ilícita, devendo ser aquela uma exceção acerca da não possibilidade de terceirização. Nos termos dos itens I e II da Súmula 331, descreve-se que só existe terceirização no caso de necessidade de trabalho temporário, consoante se pode depreender adiante:

- I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
- II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

A prática da terceirização deve ser uma excepcionalidade. Não há o que se falar sobre a manutenção dessa relação e o que a define principalmente é a temporalidade. A excepcionalidade prevista de forma expressa no texto sumular, por ser *numerus clausus*, deve ser entendida de acordo com o Estado Democrático de Direito, cujos princípios fundamentais se coadunam com os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, buscando sempre a plena efetividade dos valores sociais e as proteções existentes e dele decorrentes, garantindo proteção devida ao trabalhador e a busca plena por melhorias em suas condições de labor.

Desta feita, a trilateralização das relações de emprego deve ser compreendida com a máxima cautela, pois tal artifício influencia frontalmente a eficiência daquilo que se persegue enquanto direitos individuais ao passo que cria uma sociedade letárgica a essa relação.

Mesmo buscando a exatidão dos termos, percebe-se que o conceito em si pode ser amplo e outros doutrinadores repousam nesse vazio conceitual de modo a dificultar um esclarecimento acertado sobre o tema:

Fenômeno que consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou de suporte, mais propriamente denominadas de atividade-meio, dedicando-se a empresa à sua atividade principal, isto é, à sua atividade-fim (BARROS, 2016, p. 475).

Mesmo não tão analítica a afirmação pode-se inferir que a terceirização implica um processo de transferência para terceiros de serviços especializados, os quais possuem a incumbência da realização de atividades acessórias ou de apoio, de forma a permitir que o tomador de serviços se especialize na realização de sua própria atividade-fim.

Na verdade, quando se firma um contrato de terceirização, seja um ente público ou uma empresa privada, na condição de tomador de serviço, busca-se o estabelecimento de uma parceria com a empresa prestadora de serviços, e não a exploração de mão de obra por parte do tomador em relação aos trabalhadores terceirizados.

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica laboral da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, os quais se preservam fixados com uma entidade interveniente.

A Súmula nº 331 do TST prevê a responsabilização, ainda que subsidiária, da empresa principal pelo adimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias, que possam vir a ser suprimidas pela empresa prestadora de serviços, e quando devidas aos seus trabalhadores, impõe-se àquela uma obrigação por ela em tese não assumida, mas que na prática não deve se eximir de sua responsabilidade conforme itens IV e VI:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

[...]

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Desse modo é inegável não só a existência do fenômeno da terceirização, em diversos ramos e atividades das mais diferenciadas, bem como a necessidade desse tipo de serviço pelas tomadoras de serviço. Porém, o entendimento consubstanciado na referida súmula, vislumbra, dentre outros motes, o respeito às mínimas garantias do trabalhador. Estes são contratados pela empresa que responderá pela direção dos serviços efetuados por seu trabalhador no estabelecimento da empresa tomadora, além de eventuais encargos trabalhistas e previdenciários que aqueles possam ter.

Ao contratar uma empresa prestadora de serviços, a tomadora remunera aquela pelos serviços prestados, não assumindo, em momento algum, qualquer responsabilidade perante os seus empregados. A obrigação assumida pela tomadora é o de receber os serviços que a prestadora tem a oferecer, e em contrapartida, pagar pelos mesmos numa relação de clientelismo interempresarial. Trata-se de fato, de situação que não se evidencia na prática conquanto será cabível a responsabilização subsidiária de todas as verbas decorrentes da relação laboral.

Deveria ser da essência da terceirização que a empresa prestadora e seus empregados tenham uma relação totalmente dissociada da empresa tomadora de serviços, não podendo se admitir que esta seja responsabilizada por obrigação não assumida, pois o princípio basilar de qualquer relação contratual é o de que as partes só podem ser responsabilizadas pelas obrigações a que expressamente anuíram.

A prática da terceirização, portanto, não deveria ser capaz de gerar vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a empresa tomadora de serviços, não sendo possível, dessa forma, sua responsabilização, ainda que subsidiária, pelas verbas trabalhistas e previdenciárias devidas àquele, quando as empresas não cumprirem com suas obrigações contratuais. Portanto dispôs o TST de modo diferente ao editar tal Súmula, pois a proteção ao trabalhador deve ser preservada em todos os aspectos independentemente das peculiaridades existentes em cada relação de emprego e principalmente na terceirização, especialmente porque pode existir fraude.

3.2 A atividade bancária exercida pelo empregado de empresa interposta

Após discutir as nuances acerca da terceirização, torna-se claro que o exercício de atividades tipicamente bancárias por operadores de teleatendimento, tais como: 1. venda de produtos do banco; 2. analista de câmbio e de comércio exterior; 3. negociação de dívidas; 4. analista financeiro; 5. atendimento a chamados; 6. triagem de clientes para concessão de crédito; 7. entrega de prospectos sobre empréstimos a aposentados, pensionistas e outros clientes do banco; 8. venda de crédito consignado; 9. confecção de relatórios contábeis; 10. conferência de movimentos nas agências; 11. conferência de custas e cobranças de custas na rede; 12. operações de empréstimo com consignação em folha de pagamento, consistindo em:

a) recepção e encaminhamento de pedidos de empréstimos/financiamentos ao Banco; b) recepção e encaminhamento ao Banco de documentos para cadastro; c) análise de crédito e de cadastro; d) outras atividades relacionadas à concessão de empréstimos/financiamentos, inclusive processamento de dados das operações pactuadas; 13. aberturas e fechamentos de contas correntes dos clientes do Banco; 14. pagamentos diversos 15. encerramento de contas correntes após o cadastramento efetuado pela agência; 16. lançamentos de débitos e créditos; 17. estorno e processamento de documentos; 18. atendimento em produtos Home e Internet Banking; 19. serviços de informação de saldos; 20. atualização de cadastro; 21. detalhamento de extratos; 22. pagamento de contas; 23. inclusão de débito automático; 24. transferência de contas; 25. Investimentos; 26. transferências de conta poupança; 27. operações bancárias via telefone; 28. serviços de telecobrança e checagem de créditos (conferência de documentos e pesquisa de restrições de créditos de pessoas interessadas em abertura de conta e financiamentos no Banco); entre tantas outras, que ultrapassam completamente a barreira fronteiriça dos conceitos entre atividade-fim e atividade-meio, o que demonstra ser tal atuação caracterizada como ato de má-fé pelas instituições bancárias.

Em verdade, a terceirização em atividade-fim, enquanto regra, deve ser medida de extrema inabitualidade, sendo vedada no ordenamento trabalhista, nos moldes da Súmula nº 331 do TST. As exceções legais restringem-se apenas às hipóteses previstas pela Lei nº 6.019/1974 (Trabalho Temporário Urbano), pela Lei nº 7.102/1983 (Vigilância) e pela Lei nº 5.645/1970 (Limpeza e Conservação). Para as referidas leis constata-se que tal terceirização apenas se admite para atender à necessidade transitória da empresa de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços, e a serviços de vigilância, limpeza e conservação, desde que não estejam presentes a subordinação direta e a pessoalidade.

Nesse sentido, a terceirização deve se destinar à realização de serviços especializados, isto é, serviços que não sejam indispensáveis ou permanentes no âmbito da atividade produtiva da tomadora de serviços, mas, sim, consistente em uma situação excepcional e com duração determinada, o que não ocorre quando se passa à análise de cada caso específico na rotina da terceirização bancária.

E a Súmula em destaque, até os dias atuais, continua sendo o único instituto jurídico que, de forma geral, regula a terceirização de outras atividades no ordenamento brasileiro, que não aquelas de que tratam as referidas Leis nº 6.019/1974, Lei nº 7.102/1983 e Lei nº 5.645/1970, bem assim a Lei nº 8.987/1995, que disciplina as concessões de serviços

públicos, e, no seu art. 25, § 1^o, permite a terceirização das atividades inerentes (atividades-fim), acessórias ou complementares ao serviço, quando se estiver diante de concessão ou permissão de serviço público, e a Lei nº 9.472/1997, que, em seu art. 94, inciso II², permite a concessionárias de serviço público, especificamente no âmbito das telecomunicações, a terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, e que teve como repercussão geral reconhecida e o sobrestamento de todos os feitos no âmbito da Justiça do Trabalho devendo todos os casos nesse sentido, aguardar a apreciação definitiva pelo STF. Tais diplomas não são objetos específicos do presente estudo.

Por outro lado, tomando-se levantamento de dados empiricamente, é certo afirmar existir manifesta intenção das empresas tomadoras e prestadoras de serviços em permanecer desenvolvendo suas atividades nos exatos moldes do que já fora tantas vezes condenado pela Justiça do Trabalho, em todo o território nacional, e corroborado pelo próprio TST, em nítida adoção da teoria do risco. Nesse viés, Barros afirma ser prejudicial ao trabalhador tal prática, explicando isso da seguinte forma:

Entendo que terceirizar, descentralizar, delegar tarefas canalizadas para a atividade-fim do usuário das mesmas, além dos limites previstos na Lei n. 6.019/74 e 7.102/83 merece repúdio da melhor doutrina e dos Tribunais, que denunciam as consequências antissociais dessa contratação, em face do aviltamento das relações laborais. É que os empregados perdem as possibilidades de acesso à carreira e salário da categoria. Essa situação se agrava quando os trabalhadores exercem suas atividades nas mesmas condições lado a lado, com empregados do quadro, registrados. (BARROS, 2016, p. 523)

Conforme já explicado, a doutrina entende que a terceirização é a possibilidade de se contratar um terceiro para a realização de atividades que não consistem na atividade-fim da empresa tomadora. E, mesmo assim, deixa claro o TST que, inclusive na hipótese de

¹ “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1^o Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

(...)”.

² “Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

(...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

(...)”.

“atividade-meio”, a terceirização é ilícita quando presentes os requisitos da relação de emprego, estando nela contidas as características da personalidade e subordinação, formando-se o vínculo empregatício diretamente com a empresa interposta.

3.3 Aspectos práticos: relatórios do MT e do MPT

Dados do DIEESE, dão conta de que o setor bancário é um dos mais fortes e lucrativos do país, o que demonstra a capacidade dessas instituições em gerar empregos diretos. No entanto, o que está ocorrendo é uma completa inversão desses fatores. À medida em que os bancos mais lucram, aumenta-se a contratação de empresas que oferecem serviços de terceirizados para executar as atividades finalísticas do banco. Segundo um estudo do MPT acerca da atuação do órgão contra fraudes nas relações de emprego, constata-se que uma parte desses terceirizados bancários inclusive são subordinados a funcionários dos bancos contratantes. Um dos exemplos, retrata o caso de trabalhadores que eram dispensados dos quadros de funcionários do banco e recontratados por uma empresa de terceirização para desenvolver as mesmas atividades, demonstrando não só a ilegalidade da atividade-fim, já que os trabalhadores executavam serviços tipicamente bancários, tais como processamento, recebimento, separação, arquivo e custódia de valores e documentos do tomador dos serviços, inclusive a compensação nos moldes delineados pela empresa tomadora de serviços, mas também a intenção clara de fraudar com latente má-fé os institutos garantidos pela proteção ao trabalhador, sendo passível inclusive de punição no campo criminal tipificado pelo art. 203 do Código Penal cuja pena por fraude à legislação do trabalho pode chegar a 2 (dois) anos.

Foi realizada inspeção pelo MT, e produzido um parecer dos quais se destacam alguns pontos que caracterizam as várias irregularidades no ambiente de uma das empresas de subcontratação dentre elas a verificação de que, como reais empregadores, os serviços prestados nas centrais de teleatendimento são tipicamente bancários (empréstimos, financiamento de veículos, concessão de crédito pessoal, parcelamento de faturas de cartão de crédito, venda de cartões, venda de seguros, dentre outros, isto é, serviços essenciais e permanentes das empresas, cabendo ressaltar em situações tais a presença da subordinação direta e a personalidade.

Comprovam-se ademais, que os tomadores de serviços, no caso específico dos bancos, são os reais controladores que planejam, organizam, comandam, monitoram, supervisionam e fiscalizam as atividades, presencialmente e à distância, determinando os procedimentos, treinando os multiplicadores, estabelecendo as metas, elaborando campanhas de incentivos às vendas, promovendo ranking de desempenho, doando prêmios, pagando comissões, a título de remuneração variável, definindo o perfil e o quadro de pessoal necessário em cada central, cadastrando individualmente os operadores, liberando senhas de acesso aos sistemas informatizados dos bancos e das telas, onde constam informações protegidas pelo sigilo bancário, estabelecendo critérios para seleção, avaliação e exclusão dos operados, chegando até a participar do processo seletivo, em alguns casos inclusive de promoção.

Dessa forma, constatada a fraude à relação de emprego perpetrada pelas empresas tomadoras que oculta do empregado o seu real empregador e ainda esconde do público, a existência de uma empresa interposta, ultrapassando assim a esfera trabalhista e ferindo a boa-fé da relação de consumo. A ambígua posição desses trabalhadores associada à carga emocional das queixas e insatisfações dos clientes externos com os serviços prestados ou insistentemente ofertados crescendo-se, ainda, a falta de reconhecimento e de valorização do seu trabalho pelo empregador e pela sociedade, é também fonte do sofrimento psíquico e adoecimento dos operadores de teleatendimento.

Ademais, conclui-se em tal parecer, que terceirizar a atividade de teleatendimento provocou consequências incalculáveis de experiências traumáticas, primeiramente para aqueles que estavam diante de seu primeiro emprego, ofensa clara a direitos sociais, provocando abalos psíquicos por conta da precarização do ambiente de trabalho, fraude fiscal pela sonegação de direitos trabalhistas e previdenciários, mecanização e coisificação do trabalhador, ofensa ao direito de uma remuneração justa, e um salário equiparável aos serviços realizados, bem assim questionamentos da relação de consumo que coloca em xeque o dever de fidelidade e transparência de tal relação.

Além do mais, o cliente externo que toma os serviços do banco no teleatendimento, ao ser atendido por uma empresa de terceirização, está sendo ludibriado quando crê que ali está se reportando a um correspondente bancário. Nesse viés, acredita estar sendo atendido por um funcionário especializado, que detém grande fidúcia para ocupar o posto que se encontra a partir do momento que negocia empréstimos, valores, parcelamentos e tantas outras questões financeiras e delicadas do dia a dia do usuário. Tais conclusões são compreendidas como

prejudiciais às relações de trabalho, que guardam um sério comprometimento com o Princípio protetivo ao trabalhador.

Por fim, cabe registrar que as fiscalizações tiveram como resultado mais de 800 (oitocentas) autuações em relação às irregularidades existentes, mas tal situação-problema ocorre corriqueiramente nos corredores do Judiciário trabalhista. Demonstra-se assim, a imprescindível necessidade de regulação eficaz e punições exemplares para coibir esse tipo de relação completamente ilícita.

3.4 Jurisprudência: análise dos principais julgados

Na seara do Judiciário, constantes são as reclamações trabalhistas acerca da terceirização havendo certa dificuldade em definir alguns conceitos, e determinados casos são mais viáveis quando se tem uma pessoa cujas obrigações rotineiras são completamente semelhantes à própria contratada ou simplesmente seu algoz. Exemplos fáticos da prática jurisdicional, que analisam de forma clara e detalhada, passa-se a transcrever nos seguintes arestos:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE CALL CENTER. BANCO. ATIVIDADE-FIM. ILICITUDE. No caso, o recurso de revista interposto pela reclamante foi provido, por contrariedade à Súmula 331, I, do TST, para, declarada a ilicitude da terceirização entre os reclamados, reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o Itaú Unibanco S/A, determinando o retorno dos autos ao Tribunal Regional para que prossiga no julgamento dos recursos ordinários no tocante aos títulos referentes ao reconhecimento da condição de bancária da reclamante. Consta do acórdão do Tribunal Regional, transcrito na decisão embargada, que a autora laborava na atividade de cobranças, empréstimos, cartões de crédito e cheque especial. E, ainda, é possível evidenciar a subordinação jurídica com o Banco. Com base nesse contexto, a Turma do TST conclui pela incidência da Súmula 331, I, do TST, consignando que houve intermediação fraudulenta de serviços, para o trabalho em atividade-fim do Banco. Em tais circunstâncias, está caracterizada a prestação de serviços na atividade-fim, afigurando-se correto o reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com o Banco reclamado, consoante diretriz jurisprudencial sedimentada na Súmula 331, I, do TST. De tal forma, estando o acórdão embargado em harmonia com recomendação da Súmula 331, I, do TST, inviável é o conhecimento do recurso de embargos, nos exatos termos do artigo 894, II, parte final, e § 2º da CLT. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR - 1801-52.2013.5.03.0109, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 23/06/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016)

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE BANCÁRIA. SISTEMA DE TELEATENDIMENTO. SERVIÇOS DE COBRANÇA. ATIVIDADES ESSENCIAIS PARA AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS ROTINEIRAS. ATIVIDADE-FIM DO BANCO. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. O TRT consignou que a prestação de serviço terceirizado de cobrança extrajudicial - atividade desempenhada pelo Reclamante -, não se enquadra em quaisquer das hipóteses do art. 17 da Lei 4.595/64. Asseverou tratar-se de atividade de estrito apoio logístico ao empreendimento, ainda que indispensável e permanente, não integrando, contudo, o objeto social do ITAÚ UNIBANCO S.A., ora Reclamado. Pontuou não haver prova da existência de pessoalidade e subordinação direta à tomadora dos serviços. Em que pese a conclusão do Tribunal Regional, no sentido de ser lícita a terceirização, esta Corte Superior vem entendendo que a atividade de "cobrança extrajudicial" é inerente às instituições financeiras. Conforme diretriz consagrada no item I da Súmula 331 do TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta, para atuar em sua atividade finalística, é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador. Assim, estando a atividade desenvolvida pelo Reclamante inserida na atividade-fim da tomadora de serviços, o vínculo de emprego forma-se diretamente com esta, conforme dispõe o item I da Súmula 331 desta Corte. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 249-64.2014.5.06.0002, Relator Ministro: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 20/04/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016)

(...). II - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. VÍNCULO DE EMPREGO. ATIVIDADE-FIM DO BANCO CONTRATANTE. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. A reclamante exercia a função de agente de cobrança, utilizando-se do sistema de telemarketing, para atender aos clientes do tomador dos serviços, eliminando restrições em seu crédito, bem como fazendo redução dos juros. As atividades desempenhadas pela reclamante, relacionadas à cobrança e renegociação de contratos, configuram atividade-fim do banco, uma vez que são essenciais à manutenção das atividades da instituição financeira, estando evidenciada a contratação fraudulenta por meio de empresa interposta, o que não se admite. Assim, ao não reconhecer o vínculo de emprego entre a reclamante e o banco reclamado, e indeferir as parcelas atinentes à condição de bancário, o Tribunal Regional contrariou a Súmula nº 331, I do TST. Recurso de revista a que se dá provimento." (RR - 1861-05.2012.5.06.0003, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 20/04/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/04/2016)

Desse modo, no caso dos correspondentes bancários, é evidente a terceirização de atividade-fim das instituições financeiras, mediante a contratação de empresas interpostas para prestação de atividades típicas bancárias. Nesse âmbito, o que ocorre na prática é que, além de efetuar vendas de produtos e cobranças aos clientes³, a maior parte dos empregados de empresas terceirizadas realizam com aqueles uma negociação clara, mesmo que limitada

³ Conforme visto, reitere-se serem operações realizadas com clientes externos, com natureza de atividade-fim: a abertura de contas que serão mantidas pela instituição contratante, realização de recebimentos, pagamentos e transferências eletrônicas visando à movimentação de contas de depósito, recebimentos e pagamentos de qualquer natureza e outras atividades decorrentes da execução de contratos e convênios de prestação de serviços mantidos pela instituição contratante com terceiros, recepção e encaminhamento de propostas referentes a operações de crédito comercial e habitacional de concessão da instituição contratante, recepção e encaminhamento de propostas de fornecimento de cartões de crédito de responsabilidade da instituição contratante dentre outras atribuições.

pelo sistema. De fato, o funcionário que trabalha dentro de uma agência bancária está, tal qual o terceirizado, subordinado "estruturalmente" aos ditames do poder diretivo do empregador.

Observadas as rotinas das atividades realizadas pelos correspondentes bancários, em contrapartida às possibilidades de execução dos serviços na atividade terceirizada fica nítida a fraude perpetrada à relação de trabalho e a ilicitude de tal terceirização. A fraude à legislação trabalhista é verificada pelo tratamento discriminatório à luz do Sistema Financeiro, porquanto os trabalhadores desse segmento não têm isonomia com os empregados bancários, em que pese exercerem atividade típica de quem trabalha em banco. São trabalhadores cuja rotina de trabalho é completamente inerente à rotina de um bancário, que possui categoria própria, forte e organizada. Comercializam diversos produtos e realizam atividades próprias do sistema financeiro, cujas regulamentações são intrínsecas ao ambiente e específicas ao labor exercido enquanto correspondente bancário.

Nesses moldes, registre-se que o trabalhador terceirizado que presta serviços a bancos fica vulnerável ao poder econômico que busca constantemente alternativas menos custosas para a realização de tais atividade-fim, a exemplo dos fenômenos da pejetização⁴ e da contratação de cooperativas de mão de obra subordinada⁵ para a prestação de atividade-fim.

Por fim, o que se busca, diante de tais discussões jurisprudenciais apesar de também diversos debates doutrinários sobre critérios que perfazem conceitos que centralizam a relação de emprego, é que tais contendas definem o elemento distintivo das relações contratuais civis comparado com aquele presente nas relações de emprego. Dessa forma, mesmo que aparentemente o pacto adotado seja um contrato civil, verifica-se a inexistência de uma

⁴ Tal prática é consistente na orientação de que o prestador de serviço constitua uma pessoa jurídica, a fim de que esta realize as atividades, em face da entidade tomadora, quando, na verdade, deveria referida prestação se dar com as vestes de uma relação de emprego, porquanto é o que na realidade tratar-se-ia. Dessa forma, reflete uma recomendação feita pela empresa tomadora de serviços para que o prestador deixe de ser empregado e passe a realizar as atividades mediante a firmação de um contrato de prestação de serviços, o qual é regido pelo Código Civil, longe da proteção legal das normas trabalhistas.

⁵ A partir de 12 de dezembro de 1994, o parágrafo único do art. 442 da CLT passou a dispor que a cooperativa não forma vínculo de emprego com o trabalhador-cooperado e nem este teria tal vínculo com a empresa tomadora de serviços daquela. Embora houvesse essa previsão, não foi empecilho para o MPT e a Justiça do Trabalho localizar diversas pseudocooperativas, inclusive no âmbito bancário, que possuiu a prática de sugerir a pessoal integrante de seus setores a efetuar a baixa do seu vínculo empregatício, a fim de instituir uma cooperativa de trabalho de mão de obra subordinada. Desse modo, apesar de prestar serviço formalmente como trabalhador cooperado não deixou de estabelecer relação que preenchia materialmente os requisitos do vínculo de emprego: subordinação jurídica, habitualidade, onerosidade e pessoalidade. Isso motivou a fiscalização de diversas cooperativas pelo MPT, que precisou firmar termos de ajuste de conduta, bem assim ingressar com ações civis públicas, requerendo o cumprimento da lei aos verdadeiros tomadores de serviço. A Justiça do Trabalho, reconhecendo o vínculo direto com a empresa tomadora, fez igualmente o que lhe cabia. Reflexo desta constatação irregular foi a vedação expressa na atual legislação que rege as cooperativas de trabalho, desde 20 de julho de 2012, a qual dispôs que não pode mais haver cooperativa de mão de obra subordinada, mas tão somente de prestação de serviço e de produção (arts. 4º e 5º da Lei nº 12.690/2012).

autonomia organizacional da prestadora de serviços em relação à empresa tomadora, havendo indícios de que esta atividade se desenvolve com a presença, ainda que deturpada, dos requisitos da relação de emprego, cabendo ao Poder Judiciário tutelar os direitos do trabalhador diretamente prejudicados.

4 DA FRAUDE À TERCEIRIZAÇÃO BANCÁRIA: A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS

4.1 A busca pela efetivação do Princípio da primazia da realidade

É sabido que se persegue na seara trabalhista o interesse de proporcionar uma medida justa e eficiente capaz de direcionar a verdade dos fatos e da própria relação de emprego de modo que na posição de empregador este não usurpe direitos constitucionais estabelecidos e garantidos. Além do mais, para o trabalhador, busca-se que ele tenha a devida contraprestação por todo o labor exercido. Nesse sentido, Rodriguez (2004) explica a possibilidade de existir numa relação de emprego uma inadequação profunda entre a realidade e aquilo que aparenta na sua forma. Para o autor, tal divergência pode advir de uma intenção de fato deliberada em fraudar ou fingir relação distinta da realidade e que este desajuste pode ser no todo ou em parte, a depender daquilo que se mostra nos fatos, passando a existir uma simulação absoluta ou relativa de difícil comprovação. O princípio perseguido da primazia da realidade é a essência do Direito Trabalhista, sendo que deve ser privilegiado o que é propriamente executado, embora conste nos registros contratuais informação diversa. Em reforço a tal assertiva, veja-se a lição da doutrina de Barros sobre a importância e motivação de existência desse princípio, bem assim seus reflexos no Direito do Trabalho e nas decisões do Judiciário, pois para ela deve ser considerada a:

(...) situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de Direito Civil ou Comercial. Compete ao intérprete, quando chamado a se pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos art. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego (33). Ele não se aplica na hipótese de trabalhador admitido em emprego público sem concurso, na forma exigida pelo inciso II, do art. 37, da Constituição vigente. O princípio da primazia da realidade, que norteia o Direito do Trabalho, se torna flexível diante dos princípios administrativos da moralidade e da eficiência no serviço público. Nessas situações, o contrato será nulo e os seus efeitos restringem-se à retribuição pactuada e ao FGTS. (BARROS, 2016, p. 125)

Dessa forma, uma questão muito singular está latente na linha de atuação da terceirização de serviços. Tal instituto vem sendo tratado com certa cautela no Judiciário trabalhista, pois o que se percebe é a existência de relações fraudulentas que perpassam a senda de um simples contrato entre a empresa terceirizada e a tomadora de serviços, para um arcabouço de amarras operacionais, as quais fazem com que, na análise do caso fático, sejam encontradas inclusive situações em que o trabalhador demonstra uma verdadeira subordinação à estrutura e ao comando da empresa tomadora. A existência de um contrato de prestação de serviços passa a ser mero artifício formal para, de maneira sub-reptícia, ocultar a realidade de vínculo direto com o tomador na tentativa de se livrar das obrigações contratuais, quando decretada a existência da relação de emprego, consoante o aresto a seguir do TST:

RECURSO DE REVISTA DO BANCO BONSUCESSO S.A. E OUTRA. VÍNCULO DE EMPREGO - RECONHECIMENTO COMO BANCÁRIO - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA (alegação de violação dos artigos 5º, II, LIV e LV, da Constituição Federal e 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, contrariedade à Súmula/TST nº 331, I, III e IV, e divergência jurisprudencial). A contratação, por instituição bancária, de empresa especializada na prestação de serviços de call center, quando não demonstrada a existência de subordinação jurídica entre os empregados desta com aquela, é lícita, por se tratar de atividade-meio do estabelecimento bancário. Entretanto, esta Corte Superior, em recentes e reiterados julgamentos da Eg. SBDI-1, tem-se pronunciado no sentido de admitir o reconhecimento do vínculo de emprego do operador de telemarketing diretamente com o banco tomador dos serviços, quando envolver prestação de serviços ligada à atividade-fim bancária. Nesse contexto, encontra-se escorreita a conclusão do TRT no sentido de reconhecer a existência de vínculo de emprego diretamente com o Banco reclamado, por todo o período, face à ilicitude da terceirização efetivamente implantada. Com ressalva de entendimento. Recurso de revista não conhecido. (TST - ARR: 16910320115030019, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015) (grifos acrescidos)

Por essas situações é que o Judiciário e o MPT funcionam de forma fiscalizatória e/ou repressiva, resguardando direitos e com olhar crítico para casos de terceirização. Assim, mesmo quando existe um caso de terceirização lícita, as obrigações dela decorrentes são de responsabilidade (subsidiária) da empresa tomadora, a qual se pressupõe, inclusive, capacidade aquisitiva positiva, além daquela que terceiriza. A referida Súmula 331 deixa isso de modo enfático e os encargos advindos daquela relação também devem ser sanados pelo tomador ainda que de modo subsidiário.

Por vezes, o que se vê, na prática, é o uso irregular de tal instituto e, mesmo ao considerar a boa-fé dos envolvidos, este critério não é argumento válido para minimizar os efeitos decorrentes de uma terceirização fraudulenta.

A tarefa dos teleoperadores, neste caso, está ligada à atividade-fim da instituição financeira, tomadora de serviços, quando abrange o desempenho de atividades tipicamente bancárias como aquela principal dos operadores, que costumeiramente se traduz em oferecer empréstimos, por meio de antecipação de créditos recebíveis dos lojistas, bem como vendas de cartões, inclusão de dependentes, venda de seguros, autorização de vendas, desbloqueio de cartões, venda de cartões para dependentes, e, por isso, no âmbito trabalhista, não se admite a terceirização nestes moldes, sob pena de tornar precária a relação de emprego.

Tais atribuições, sem dúvida, configuram terceirização em atividade essencial, atrelada à estrutura bancária, configurando, desse modo, a ilicitude da terceirização. Por conseguinte, busca-se não validar, principalmente da forma ampla como se pretende, a precarização dos direitos sociais e a fragmentação da categoria profissional, consequências inexoráveis da pretensão empresarial.

A prática da terceirização não deve servir de pano de fundo para redução de custos, sobretudo porque, na sua origem, foi concebida no âmbito da administração de empresas como forma de especialização do processo produtivo e otimização dos recursos materiais e humanos, mas não para barateamento de mão de obra.

Sendo assim, outra não é a diretriz estabelecida no art. 170 da CRFB, ao fixar os princípios regentes da ordem econômica e social, dentre os quais a valorização do trabalho humano e a garantia de existência digna (*caput*), traçando estreita correlação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito definidos no art. 1º do mesmo conjunto normativo.

4.2 Da caracterização do vínculo com o tomador de serviços

Ab initio, oportuno salientar que, para o reconhecimento do desempenho de funções inseridas na atividade-fim do banco, não é necessário que o empregado desempenhe todas as tarefas de um bancário. Por tal motivo, o fato de um terceirizado não manusear numerário e

não estar vinculado a uma agência bancária não socorre a tese de que ele não realiza atividade-fim da empresa.

Ademais, as Resoluções do Banco Central não afastam a incidência das normas de proteção ao trabalhador, nem a possibilidade de reconhecimento de fraude. Não possuem, por óbvio, força de lei, sendo apenas resoluções de natureza administrativa. O TST já se manifestou diversas vezes no sentido de que o trabalhador que prestar serviço, na sua atividade-fim, forma vínculo diretamente com o tomador dos serviços, somente sendo consideradas lícitas as hipóteses elencadas no item II da Súmula nº 331, quando for incontroverso e independente de provas (nos termos dos incisos II e III do art. 374 do CPC). Tal fato se trata, pois, de terceirização ilícita da atividade-fim da empresa tomadora de serviços, com o intuito de fraudar a aplicação da legislação trabalhista, sendo plenamente nula a contratação, nos termos da CLT, em seu art. 9º, sendo que a análise para aferimento do que se expõe no contexto fático deve ser pela inteligência contida na referida Súmula.

Nesse sentido, no estudo da terceirização e das fraudes praticadas no meio ambiente do trabalho, as características da relação de emprego precisam ser identificadas a contento e levadas à formação de um tratamento idôneo e isonômico entre aqueles que mantêm relação direta com a empresa principal, no caso o bancário contratado diretamente pela respectiva instituição, e o empregado da empresa prestadora de serviços, o qual também deveria ter vínculo firmado formalmente com tais características (bancárias).

4.3 Obrigações decorrentes do contrato de trabalho na terceirização ilícita

Configurada a tese de que a terceirização ocorrida é ilícita, e desfeita a aparente vinculação contratual, com fulcro no art. 9º da CLT, caberá por parte da atividade judicante o reconhecimento de direitos pertinentes à categoria do bancário inclusive quanto aos acordos e convenções coletivas de trabalho aplicáveis e quaisquer outras normas inerentes à categoria.

Por fim, cabe salientar que, em virtude de ser reconhecida a ilicitude da prestação de serviços, diante da referida relação entre o trabalhador da empresa interposta e a instituição bancária, são devidos os direitos atinentes à categoria tais quais: a) decretação da nulidade do suposto contrato de trabalho; b) reconhecimento do vínculo com o banco tomador durante todo o período em que houve a relação de emprego; c) retificação da CTPS; d) pagamento dos

direitos decorrentes da categoria profissional dos bancários; e) remuneração de acordo com o salário normativo; f) jornada de trabalho de 6 horas diárias e 30ª hora semanal; g) auxílio refeição; h) auxílio cesta alimentação; i) 13º cesta alimentação; j) participação nos lucros e resultados; e k) outros benefícios previstos nas Convenções Coletivas de Trabalho da categoria.

4.4 Para além da terceirização: efeitos do Projeto de Lei nº 4.330/2004

Não se pode olvidar a possibilidade de mudanças com o passar dos tempos, na leitura feita pelo Legislativo, pelos doutrinadores e pelo próprio Judiciário quanto a normas jurídicas e fatores sociais e econômicos que possam modificar a interpretação das regras de Direito, consoante a realidade em que elas estão inseridas, conforme disciplina Maurício Godinho Delgado, ao defender que:

A importância dos princípios na ciência do Direito, entretanto, não tem obviamente o condão de transformá-los em axiomas absolutos e imutáveis. Ao contrário, sua validade se preserva apenas caso considerados em seus limites conceituais e históricos específicos, enquanto sínteses de orientações essenciais assimiladas por ordens jurídicas em determinados períodos históricos. Os princípios jurídicos despontam, assim, como sínteses conceituais de nítida inserção histórica, submetendo-se a uma inevitável dinâmica de superação e eclipsamento, como qualquer outro fenômeno cultural produzido (DELGADO, p. 182).

De fato, possuir uma Constituição que institui um Estado Democrático de Direito impõe uma resignificação das políticas atuais, bem como das pretensões do trabalhador ou empregador, frente às transformações da realidade, e muitos conceitos aqui compreendidos, como neornormativos, passam a ser discutidos, sob a batuta do Judiciário como papel de completude às omissões legislativas e desmandos governamentais em questões políticas de interesse coletivo. A todo o tempo, modifica-se a forma de aplicação dos direitos fundamentais, e transformam-se as “competências” do Judiciário e, nesse interim, não existe nova Constituinte ou sequer nova norma, passando os órgãos judiciais a compreender as mutações sociais, e curar os desafios delas decorrentes. Assim, é imprescindível a aceitação de transformações necessárias ao próprio crescimento da sociedade, quando se trata de um

favorável crescimento econômico ao próprio país. O Judiciário vem exercendo um papel importantíssimo nessa senda e ele deve se manter próximo às demandas da sociedade com vistas a se manter acessível à população e auxiliar na acomodação dessas mudanças.

Entretanto, a oportuna conjuntura político econômica, na qual o Brasil está inserida, pede uma certa prudência em relação à questão da desregulamentação das normas jurídicas especialmente aquelas da seara justralhista. O cenário é de cuidado e ponderação, pois, à primeira vista, uma maior autonomia nas relações de emprego traria aumento de índices de trabalhadores empregados, mas, como bem ensina Garcia (2014), as restrições que hoje existem se devem à necessidade de proteção e preservação dos valores constitucionais do trabalho, previstos no texto constitucional, e dos princípios fundamentais afetos ao Direito do Trabalho, consagrados pela doutrina e jurisprudência. Trata-se, ainda, de diretriz estabelecida no artigo 170 da CRFB⁶, que, ao dispor sobre os princípios regentes da ordem econômica e social, dentre os quais o da valorização do trabalho humano e a garantia de existência digna (*caput*), fixa estreita correlação com os fundamentos do Estado Democrático de Direito definidos no artigo 1º da mesma Constituição.

É com esteio no texto do parágrafo único do art. 170 da CRFB, com mote de maior liberdade às relações de trabalho, que o debate está atualmente movimentando o Poder Legislativo. Tais discussões vinham sendo superficialmente resolvidas pelo Poder Judiciário. Contudo, por mais que o Legislativo autorize o livre exercício de qualquer atividade econômica, tal fundamento consiste em uma norma principiológica e jamais deveria ser a justificativa na qual coubesse o condão de regular a atividade da terceirização no âmbito das relações de trabalho. Interpretá-lo diferentemente seria autorizar a prática indiscriminada da

⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”.

terceirização e, por consequência, a desvalorização do trabalho humano, em nítida ofensa a uma série de normas e princípios trabalhistas historicamente conquistados.

Havendo tramitado pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.330/2004 teve o seu texto-base aprovado e recebeu no Senado Federal a denominação de Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015, recebendo essa nomenclatura e encontra-se aguardando apreciação dos integrantes do órgão, inclusive de suas comissões.

É nesse plano e sob essa ótica que se insere tal projeto de lei, que pretende burlar direitos e garantias trabalhistas consagrados, ainda que retoricamente, amparado na Carta Magna, a partir de princípios mencionados de forma vaga, quais sejam o da livre iniciativa e busca pelo pleno emprego, como se fossem estes as bases que norteiam o vínculo nas relações de trabalho, e ao mesmo tempo determinando quando uma atividade hoje ilícita passaria a ser lícita, por intermédio da legalização da terceirização da atividade-fim de uma empresa.

A despeito de todas as acepções aqui discutidas e das conclusões peremptórias acerca do assunto, o referido projeto de lei possui de forma ficta a incumbência de suprir a lacuna legislativa existente no ordenamento pátrio sobre a temática, de maneira a regulamentar a questão e tornar possível a terceirização de toda a forma de serviço existente, quer seja ela relativa à atividade-meio ou à atividade estritamente inerente do tomador. A aprovação de um projeto nesse sentido deixa à míngua todo o arcabouço jurisprudencial existente na seara trabalhista e vai no sentido oposto àquele sedimentado na compreensão doutrinária e jurisprudencial. O resultado disso é um retrocesso jurídico de direitos sociais arduamente conquistados, a subsunção do empregado à condição de novo tipo de trabalhador escravo, com jornada de trabalho abusiva, cobranças de metas exaustivas e inalcançáveis sob a promessa de uma sonhada “bonificação” (complemento salarial fornecido aqueles que se destacam, por exemplo, na venda de produtos oferecidos pelo banco), ocasionando transtornos psíquicos desastrosos às custas de uma pseudo-flexibilização das relações de emprego.

Nesse diapasão, ao se levar em consideração o atual cenário das demandas judiciais, o que se tem como diagnóstico é o volume excessivo de processos trabalhistas de empresas de terceirização que encerraram suas atividades sem sequer cumprir com suas obrigações trabalhistas. Retirar o caráter subsidiário de responsabilização das empresas tomadoras de serviços ou até mesmo a possibilidade de ver reconhecido o vínculo de emprego diretamente com estas é uma afronta constitucional a garantias e direitos fundamentais dos trabalhadores e uma representação assombrosa, gerando danos a toda a sociedade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto depreende-se que não existe uma definição quanto às competências e atribuições atinentes aos correspondentes bancários, tampouco quais os requisitos necessários para postular a vaga ao respectivo cargo, pois não há uma legislação específica que determine de forma clara e objetiva. O que há são normas regulamentadoras dos serviços prestados por instituições financeiras. As atividades desempenhadas são de comercialização de produtos tipicamente bancários, sendo estas as atividades principais, e, em seguida, disciplinam-se atividades de intermediação e a aplicação de recursos financeiros como manutenção da relação contratual firmada entre a instituição e o cliente.

Sendo assim, a distinção do que constitui atividade-meio e atividade-fim, principalmente no contexto da terceirização e quais são as atividades inerentes às instituições bancárias, passa a ser um desafio por parte dos doutrinadores e do próprio Poder Judiciário, tendo como único subsídio a Súmula 331 editada pelo TST. Um dos pontos fundamentais de debate, para a caracterização da existência ou inexistência da relação de emprego, abrange um dos requisitos desta relação, a saber a subordinação jurídica. Identificar a essência desse requisito e suas facetas desenvolve a Teoria da Subordinação Estrutural, quando o trabalhador passa a ser inserido em toda a mecânica organizacional da empresa tomadora de serviços, sendo irrelevante o conceito clássico de subordinação conhecido (no qual se considera o dever de provar a existência de recebimento de ordens direta da tomadora).

Cabe salientar que deve a terceirização constituir medida excepcional, a ser permitida apenas nas possibilidades previstas na referida súmula, devendo ser compreendida com máxima cautela em respeito aos princípios constitucionais e ao Estado Democrático de Direito, bem assim buscando garantir os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, na trilateralização existente entre empregado, empresa interposta e Banco, a linha, que delimita a prestação da atividade-meio de forma lícita e a fraude perpetrada por tais instituições quando delegam às empresas terceirizadas suas atividades inerentes, é muito tênue. É dito isto porque se busca mascarar o conjunto de funções exercidas pelo trabalhador terceirizado, nomeando-as de atividades acessórias, não vinculadas ao objeto social da empresa, dando ares de licitude à prestação de serviços. Ademais, a falta de legislação específica que regule a terceirização de modo a coibir a precarização da relação de emprego e conferir punições nos casos de manifesta má-fé, com a intenção de fraudar o Direito

trabalhista, faz com que o empregado abarrote a Justiça Especializada em busca da satisfação de créditos devidos, ao ser constatada a deturpação do instituto.

Além do mais, após ser realizada uma comparação entre as atividades desempenhadas pelos correspondentes bancários e aquelas executadas pelo empregado da empresa interposta, incluindo em tal análise dados do MT e relatórios conclusivos do MPT, fica demonstrada a ocorrência da fraude e os danos causados ao trabalhador, prejudicando a sua capacidade econômica, ante a coisificação da sua mão de obra, em virtude de o maior interesse do outro lado ser a busca constante de alternativas menos custosas aos bancos e necessidade de lucros maiores, em detrimento à dignidade da pessoa humana.

Outrossim, verifica-se que, quando da aplicação do Princípio da Primazia da Realidade, reconhece-se a ocorrência da terceirização ilícita, e passa-se a ser direito do trabalhador ter seu vínculo reconhecido com a instituição bancária, sendo garantido a ele os benefícios inerentes à categoria, bem como a retificação da sua carteira de trabalho e a correção salarial, de modo a resguardar direitos e garantir obrigações diretas pelo banco.

Por conseguinte, julga-se pela confirmação total da hipótese no sentido de que é preciso estabelecer de forma normativa, limites que sejam capazes de distinguir o que se constitui atividade-meio e atividade-fim no aspecto da terceirização bancária. A falta de um marco balizador nesse aspecto gera fraude na trilateralização desse serviço e faz com que o trabalhador precise buscar a efetivação de seus direitos na Justiça Trabalhista. Como a análise da maioria dos casos acerca do tema foi decidido pela ilicitude de tais relações, a responsabilização pelo contrato de trabalho e todos os direitos dele decorrentes passa a ser do tomador de serviços, ou seja, o próprio banco.

Conquanto as fraudes no Direito do Trabalho venham sendo revestidas de artifícios que buscam ludibriar o trabalhador e o próprio Judiciário, há ainda uma grande tensão por parte dos poderes em busca da garantia dos direitos sociais, valendo lembrar serem estes fundamentais e quando protegidos pelo manto da efetividade contribuem com a manutenção de um Estado mínimo de dignidade em detrimento do poder soberano. Isso se evidenciava em decisões tomadas anteriormente pelo STF, o que vem mudando com as recentes decisões tomadas pelo Governo Federal, que pretendem flexibilizar os direitos trabalhistas, como resposta à crise econômica vivida pelo Brasil e, para resguardar este interesse, o Poder Legislativo persegue uma normatização desregulamentadora, sob o pretexto de garantir uma maior movimentação econômica, geração de empregos e fluidez do trabalho, bem assim na pretensão de efetivar garantias constitucionais da livre iniciativa privada e autonomia nas

relações jurídicas. Desse modo, o que se percebe é um conflito entre o poder político e a atividade judicante, gerando inclusive uma crise constitucional de ponderação acerca do que realmente é importante para o País. Assim, torna-se inevitável ficar inerte diante de tal interesse e o que a flexibilização dos direitos trabalhistas acarretará, podendo transformar, mais ainda, o trabalhador em objeto, mero número na dinâmica empresarial, isto é, passando a ser mera mercadoria regida por um renovado Direito do Trabalho. No campo da terceirização, os limites existentes na atividade-meio e atividade-fim começam a perder força a partir do momento em que o STF inicia uma reforma trabalhista, de origem judicial, emitindo decisões com repercussão geral reconhecida, que afetam diretamente direitos outrora conquistados, a exemplo do julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 709212, que modificou seu entendimento quanto à prescrição do FGTS de 30 anos para 5 anos; o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 590415, que confere eficácia liberatória geral à cláusula que conste no Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado, quando se tratar de planos de dispensa incentivada (PDI) ou voluntária (PDV), gerando ainda o que se tem como prevalência do negociado sobre o legislado; o julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 381.367, 661.256 e 827.833, que foi no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da desaposentação; o julgamento do RE 693.456, ao se decidir que a Administração Pública deve fazer o corte do ponto dos servidores públicos que entrarem em greve, ressalvados alguns argumentos: greve lícita ou regime de compensação de jornada. Todos esses julgados pela Corte Suprema (registre-se: em detrimento aos direitos do trabalhador) foram realizados sob as retóricas vestes de ativismo judicial, mas que, em verdade, deveriam ter sido produzidos pelo verdadeiro ator social legítimo a exercer atividade legiferante. Vale lembrar que, considerando o objeto deste estudo, esteve em pauta no último dia 9 de novembro de 2016 o julgamento do RE 958.252, que discute a constitucionalidade da Súmula 331 do TST, aqui amplamente discutida, e que, entretanto, por pressões de grupos que defendem os direitos trabalhistas, teve seu julgamento adiado e sem data definida.

É imprescindível que, diante dos argumentos expostos, a terceirização seja normatizada de forma detalhada e eficaz para garantir a manutenção dos direitos do trabalhador. E diante do cenário que se apresenta na atualidade, é necessário também que o País se conscientize acerca das possibilidades futuras de usurpação de direitos custosamente conquistados. A atuação legiferante do STF e o menosprezo à Justiça Trabalhista, sob o

argumento de que ela se constitui em empecilho aos avanços econômicos do Brasil, são fortes ameaças aos direitos sociais e às garantias conferidas pela Constituição.

Por fim, é certo afirmar que tornar o empregado submisso aos caprichos do poder econômico, deixando ainda mais desigual a relação jurídica havida com o empregador, forçaria a sociedade a abdicar do mínimo de conquistas sociais históricas, retornando a um modelo de relação semelhante à escrava e servil.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. Um tema em foco: a terceirização e a jurisprudência. In: **Doutrinas essenciais de direito do trabalho e da seguridade social**. São Paulo: RT, vol. 1, p. 1145, 2012.

BARROS, Cássio de Mesquita. Flexibilização do direito do trabalho e terceirização. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: RT, vol. 3, p. 1303, 2012.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 40, abr. 2007.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=1773>. Acesso em: 27 mai. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2 mai. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0406.htm>.

Acesso em: 2 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dezembro, p. 28.

CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização bancária no Brasil - Direitos humanos violados pelo Banco Central**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2010.

D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes. **A subordinação no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. São Paulo: LTr, 2014.

ESTEVEES, Jean Soldi. **A responsabilidade civil nos contratos bancários**. São Paulo: LTr, 2010.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8.a ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A terceirização e o papel do Ministério Público do Trabalho. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: RT, vol. 1 , p. 1179, 2012.

MAIOR, Jorge Luís Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: RT, vol. 1 , p. 1235, 2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. In: **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: RT, vol. 1, p. 1169, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Cooperativas de trabalho, terceirização de serviços e direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.