

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadora: Flavia Piva Almeida Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-342-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Curitiba entre os dias 07 a 10 de dezembro de 2016, e teve como temática "Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores no Estado Democrático de Direito".

Neste Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos. Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, têm-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III. Coordenado pela professora Flávia Piva Almeida Leite, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas a problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões que envolvem

grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência (1 e 2), teoria geral dos direitos e garantias fundamentais (3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 12) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (13, 14 e 15).

1. A NECESSIDADE DE REFORMA INSTITUCIONAL BRASILEIRA POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DA INCLUSÃO DOS DEFICIENTES ATRAVÉS DA LEI DE COTAS.

2. ACESSIBILIDADE DIGITAL: DIREITO FUNDAMENTAL PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DOS VOTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF. Nº 54

4. DISTANÁZIA: ENTRE O PROLONGAMENTO DA VIDA E O DIREITO DE MORRER DIGNAMENTE

5. MARGINALIZAÇÃO: CONDUZIDAS PELO ANALFABETISMO E PELA (IN) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

6. OS DIREITOS REPRODUTIVOS NA ERA DA BIOTECNOLOGIA: REFLEXÕES ÉTICO-JURÍDICAS ACERCA DA LIBERDADE DE PROCRIAÇÃO FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

7. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM PROL DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

8. O ACOSSO PSÍQUICO (ASSEDIO MORAL) COMO AGENTE NOCIVO PSICOLÓGICO PRESENTE NO AMBIENTE LABORAL – INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO

9. A DESJUDICIALIZAÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO SOBRE AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS NOVOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIAIS

10. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NA SOCIEDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO

11. APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211-MG, SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

12. DE FORA, DE CIMA E DE BAIXO – TODOS OS SENTIDOS DA DIGNIDADE NO DISCURSO DOS DIREITOS.

13. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE EM PERNAMBUCO APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE QUANTITATIVA DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

14. TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: O PROJETO DE LEI Nº 4330/2004 E SUAS CONSEQUÊNCIAS NOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DOS TRABALHADORES

15. A EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PARTICULARES: UM OLHAR SOBRE AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ESPAÇO VIRTUAL

Esses artigos são, portanto, a concretização do grau de interesse no tema desta obra e demonstram quão instigante e multifacetada podem ser as abordagens dos direitos e garantias fundamentais.

Conclusivamente, ressalta-se que é um prazer organizar e apresentar esta obra que, sem dúvida, já colabora para o estímulo e divulgação de novas pesquisas no Brasil, função tão bem exercida pelo CONPEDI e seus realizadores, parceiros e patrocinadores que permitiram o sucesso do XXV Congresso Nacional do CONPEDI.

Desejo boa leitura a todos.

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - FMU

APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 713.211-MG, SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD A LA DECISIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO CON AGRAVIO 713211-MG, SOBRE LA EXTERNALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE FIN

Emerson Victor Hugo Costa de Sá ¹

Resumo

O impedimento da terceirização da atividade finalística do empreendimento consiste em objeto de recurso extraordinário que teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Questiona-se a decisão do TST que vedou a contratação com base na Súmula 331. Alega-se violação ao princípio da legalidade, por compreender a terceirização como negócio jurídico válido, independentemente da natureza da atividade subcontratada. A pesquisa expõe o histórico da controvérsia, os aspectos centrais do teste de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e o ensaio da solução do caso à luz dessa técnica. A pesquisa amparou-se nos métodos bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Terceirização, Atividade-meio, Atividade-fim, Súmula 331, Proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

La prohibición de la externalización de la actividad principal de la empresa consiste en objeto de recurso extraordinario que tuvo la repercusión general reconocida por el Tribunal Supremo. Se cuestiona la decisión del TST que prohibió la contratación basada en Sumario 331. Se demanda la violación del principio de legalidad, siendo la externalización una transacción válida, independientemente de la naturaleza de la actividad. El estudio expone la historia de la controversia, los aspectos centrales del test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y la solución del caso por esta técnica. Se adoptaron los métodos bibliográfico y documental.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: La externalización, La actividad-medio, Negocio principal, Sumario 331, Proporcionalidad

¹ Auditor Fiscal do Trabalho, mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas.

INTRODUÇÃO

A questão central do trabalho consiste na discussão sobre o Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 713.211-MG, que teve a repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) e tem por objeto a possibilidade jurídica da terceirização da atividade finalística do empreendimento tomador dos serviços. No ARE 713.211-MG, a Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) questiona a decisão da Justiça do Trabalho que a impediu de contratar terceiros para a atividade-fim. A ordem deu-se no bojo de Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Extrativas de Guanhães e Região.

No recurso ao STF, a empresa alega a inexistência de definição jurídica sobre “atividade-meio” e “atividade-fim”; sustenta que essa distinção é incompatível com o processo de produção moderno; e alega que a proibição da terceirização, pela jurisprudência trabalhista, viola o princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição da República de 1988 – CR/88). Segundo a recorrente, a terceirização é um negócio jurídico válido (art. 104 do Código Civil de 2002 – CC/02) e a Súmula 331 do TST estabeleceu situações lícitas e ilícitas de terceirização sem amparo legal.

O desenvolvimento da pesquisa compreende, inicialmente, a exposição do histórico processual, da origem da controvérsia até o reconhecimento da repercussão geral. Depois, traçam-se as definições gerais acerca do teste de proporcionalidade e seus aspectos centrais, consistentes na adequação, na necessidade e na proporcionalidade em sentido estrito. Enfim, ensaia-se a possibilidade da terceirização na atividade-fim ao teste de proporcionalidade. Nesse momento, são identificados os princípios em confronto e sugerido o caminho a nortear o exercício argumentativo para a solução do caso.

O estudo da temática mostra-se imprescindível, porquanto a decisão tomada pode modificar substancialmente o padrão das relações trabalhistas. Questiona-se: Qual o ponto central discutido no ARE 713.211-MG? Como o teste de proporcionalidade pode resolver o cerne da questão? Afinal, os princípios constitucionais postos em confronto respaldam a restrição ou autorização da prática de terceirizar a atividade empresarial finalística? São perguntas que devem orientar o debate para a formação de uma solução juridicamente sólida.

A abordagem metodológica considerou a pesquisa bibliográfica e documental, tendo como parâmetros livros, artigos científicos, textos normativos e decisões judiciais.

1 SÍNTESE DO CASO

O processo objeto de estudo (ARE 713.211-MG) decorreu de denúncia formalizada em 2001 pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Extração de Madeira e Lenha de Capelinha e Minas Novas, relatando a precarização das condições de trabalho no manejo florestal do eucalipto para a produção de celulose. A Auditoria Fiscal do Trabalho constatou, em unidades da Cenibra, a existência de contratos de prestação de serviços para o manejo florestal (produção de eucalipto para extração de celulose), mobilizando mais de 3.700 trabalhadores e 11 terceirizadas nos setores de plantio, corte e transporte de madeira.

Como resultado da ação fiscal e da instauração de inquérito civil pertinente, o MPT ajuizou ACP contra a Cenibra, por exploração de propriedades rurais no interior do estado de Minas Gerais mediante força de trabalho intermediada por terceiro, em contextos que demandariam o liame empregatício direto. Segundo o MPT, a contratação ocorreu de forma fraudulenta, em ofensa aos art. 3º e 9º da CLT, pois a ré se utilizava de grupos de trabalho contratados por empreiteiros para o desempenho de atividades componentes do objeto social do empreendimento – plantio, corte e transporte de eucalipto.

Dentre outros pedidos, o MPT requereu judicialmente a tutela inibitória consistente na condenação da empresa a se abster de contratar terceiros para o desenvolvimento dos serviços relacionados à atividade-fim, sob a ameaça de multa. O pedido teve a procedência declarada pelo primeiro grau, depois de firmados os debates sobre os objetos sociais da ré. A contratação fraudulenta restou demonstrada, na medida em que os serviços encontram-se integrados à dinâmica da industrialização da celulose.

Levada a questão ao segundo grau de jurisdição, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT) referendou a condenação da primeira instância, em virtude do disposto no estatuto social da ré e por ter sido comprovado o desvio de empregados antigos para os quadros funcionais das prestadoras de serviços.

Inconformado, o empregador interpôs recurso de revista. Inadmitido, chegou ao TST pela via do agravo de instrumento, que foi desprovido pela 8ª Turma. Afastadas as questões preliminares, frisou que o TRT concluiu pela ilicitude da terceirização, em razão da transferência fraudulenta e ilegal de uma parcela da atividade-fim e da existência de pleno controle da tomadora sobre as terceirizadas e seus empregados. Assentou que o Enunciado 331 derivou da competência para uniformizar julgados e interpretar as leis e a Constituição.

Porque o terceiro grau trabalhista não admite a rediscussão da matéria fática (Súmula 126 do TST), o acórdão no agravo de instrumento que visava à admissão do recurso de revista ateve-se à situação fática apurada nas instâncias ordinárias. Conforme transcrição no julgado do TST, o aresto do TRT assentou que a recorrente subcontratava de outras empresas a mão de obra destinada ao desenvolvimento de seu objeto social – produção de celulose –, por meio do florestamento e do reflorestamento. Veja-se:

Este procedimento de terceirizar parte das atividades da empresa teve início por volta de 1994. **Os empregados que exerciam as funções de trabalhador florestal, operador de motosserra, entre outras funções na Cenibra foram demitidos e contratados, na sua grande maioria, pelas empresas prestadoras de serviços [...].** Nas áreas que o relevo permite a colheita totalmente mecanizada, tais atividades são realizadas por trabalhadores registrados na Cenibra, onde são utilizadas máquinas modernas com alta produtividade, restando às terceirizadas os trabalhos em local de relevo acentuado e em atividades mais perigosas, insalubres ou penosas. A par da demonstração da terceirização para atividades-fim da ré, **o amplo conjunto probatório demonstra que a Cenibra controlava as supostas empreiteiras, através de especificações técnicas e uma série de determinações por ela imposta, concluindo-se que a recorrente tinha pleno controle sobre as empresas terceirizadas e seus ‘empregados’.** Portanto, ao contrário do que ela pretendeu demonstrar, não se tratava simplesmente de ‘condições gerais de fornecimento de serviços’ [...], mas de **verdadeira ingerência no trabalho da terceirizada e de seus empregados, com especificações minuciosas do objeto do contrato [...].**

O TST destacou o conteúdo de cláusulas contratuais, que garantem à recorrente o direito de fiscalizar a execução dos serviços e de ver afastado qualquer empregado ou preposto cuja permanência julgue inconveniente. Por fim, referendou essa conclusão do TRT:

Verificou-se que **a intermediação de mão de obra teve nítido intento de transferir a terceiros, ilegalmente, a atividade-fim da reclamada, porquanto o processo produtivo da madeira é tarefa imprescindível à consecução do seu objetivo social (produção de celulose),** e, por isso mesmo, há previsão expressa no estatuto da ré no sentido de ser seu objetivo o reflorestamento (art. 3, b). Some-se a isto a reprovável constatação de que todo esse procedimento, sem delongas, teve o **nítido propósito de reduzir custos de produção, colocando em risco e em xeque, a vida e a condição social de toda uma classe trabalhadora.**

O cerne do acórdão do TST considerou a jurisprudência consolidada no item IV da Súmula 331 da Corte. Segundo esse verbete, configura-se a relação direta entre o trabalhador e a tomadora de serviços quando as atividades desenvolvidas identificarem-se com as listadas

entre as finalidades do empreendimento. A mera formalização de contrato de trabalho entre o obreiro e a prestadora não prejudica essa conclusão. No Direito do Trabalho, a realidade supera a forma (art. 9º da CLT). Ademais, também se referenciou a ofensa à isonomia, por causa do tratamento diferenciado a empregados que exercem a mesma função na empresa.

Tendo como ponto de partida o contexto fático delineado nas instâncias ordinárias, o TST endossou as decisões antecedentes e considerou provada a transferência da execução da atividade da empresa para terceiros com intenção fraudulenta, e enfatizou a existência de manifesto controle da tomadora sobre as empresas terceirizadas e seus empregados. Entretanto, não emitiu juízo sobre a suposta violação do art. 5º, II, da CR/88, por não entender constituída a ofensa direta. Opostos embargos declaratórios, houve acolhimento; todavia, sem atribuição de efeito modificativo.

No recurso extraordinário, a recorrente explicita a condenação a abster-se de contratar terceiros para a prestação de serviços relacionados à atividade-fim, sem fundamento em lei. Sustenta que a contratação de terceirizados é um negócio jurídico válido nos termos do art. 104 do CC/02. Ressalta que a Súmula 331 do TST estabeleceu situações lícitas e ilícitas de terceirização sem base legal e com respaldo em premissas genéricas, por considerar a transferência da atividade-meio ou atividade-fim da sociedade empresarial. Entende tratar-se de diferenciação incompatível com os processos produtivos modernos. Assevera que a terceirização é um fenômeno econômico que não pode ficar limitado a atividades acessórias, por tendência contemporânea de especialização dos serviços, para maior produtividade. Alega que o acórdão recorrido implicou violação ao art. 97 da CR/88 e à Súmula Vinculante 10, ao negar eficácia ao art. 5º, II, da CR/88 e ao art. 104 do CC/02. Por fim, indica ofensa à separação dos poderes, ao defender que o TST não tem competência para editar atos normativos primários. No que interessa ao presente trabalho, o ponto central da discussão gira em torno da definição sobre o que consiste a chamada “atividade-fim” e se há respaldo constitucional para autorizar ou refutar a terceirização nesses casos.

Quanto à repercussão geral, a recorrente afirma que a matéria ultrapassa os limites subjetivos da lide e é relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico. Destaca a discussão a respeito da ofensa a princípios constitucionais e esclarece que a terceirização consistiu em objeto da primeira audiência pública no âmbito do TST e da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) 16, que repercutiu na alteração da Súmula 331.

Nas contrarrazões, o MPT arguiu a impossibilidade de conhecimento do recurso ante a ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão, a inexistência de repercussão geral, a falta de prequestionamento e a inviabilidade de exame de matéria infraconstitucional e fático-probatória. No mérito, salientou o acerto do ato atacado.

A negativa de admissibilidade do recurso extraordinário seguiu-se da interposição de agravo. De início, o relator entendeu tecnicamente inviável o recurso do empregador, por falta de prequestionamento, por demandar revolvimento de questões fáticas e probatórias e por se tratar de ofensa indireta à Constituição. Sequer a interposição de agravo interno pôde alterar o entendimento do relator, vez que a Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental protocolado e confirmou a decisão monocrática.

Todavia, o quadro sofreu alterações em sede de embargos declaratórios opostos contra o acórdão lavrado na apreciação do agravo interno. Embora a Turma tivesse ali considerado genérica a alegação de que o art. 5º, II, da CR/88 sofreu violação, o argumento de que o STF ainda não havia se manifestado sobre o tema resultou no acolhimento. Deu-se, então, seguimento ao recurso extraordinário. Nesse ponto, houve uma virada de entendimento do STF quanto à admissibilidade do recurso extraordinário, anteriormente negada.

Processado o recurso extraordinário e submetido ao Plenário Virtual, reconheceu-se a relevância da matéria constitucional, não obstante a contrariedade dos Ministros Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Teori Zavascki, e o silêncio dos Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Expõe-se, adiante, a base dessa decisão, a partir da manifestação da relatoria:

Manifestação de repercussão geral. Recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Ação Civil Pública. Possibilidade de terceirização e sua ilicitude. Controvérsia sobre a liberdade de terceirização. Fixação de parâmetros para a identificação do que representa atividade-fim. Possibilidade. 1. **A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente.** 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à **delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art.**

5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, ex vi art. 543, CPC. (grifei).

Destaca-se a menção do relator à possível interferência vedada na livre iniciativa e ao esvaziamento da liberdade de contratação e organização da atividade empresarial. Embora não tenha restado expresso na síntese imediatamente acima, há que se levar em consideração o contraponto com os princípios e direitos fundamentais que sustentam a decisão recorrida.

Paralelamente à discussão no âmbito do STF, o assunto também é tratado no Projeto de Lei da Câmara (PLC) 30/2015 – antigo Projeto de Lei (PL) 4.330/04 –, aprovado na Câmara dos Deputados e encaminhado para apreciação pelo Senado Federal. Pretende-se permitir a terceirização de serviços em todas as atividades das empresas, sem as limitações da Súmula 331 do TST. Por sua vez, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 324), pede-se ao STF o reconhecimento da inconstitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho relativas à terceirização, por ofensa aos preceitos constitucionais da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

2 VEDAÇÃO À MERCANTILIZAÇÃO DO LABOR E PROTEÇÃO AO EMPREGO

Amparada no direito de propriedade, a ideologia liberalista demanda contínuas alterações nos modos de produção e nas relações laborais, e promove transformações sociais. Em superação ao taylorismo e ao fordismo, surgiu o toyotismo. Esse modelo persiste dominante e prega as ideias de produção enxuta – proporcional à demanda – e de estoque mínimo, para atender às exigências do mercado no menor tempo e com maior qualidade. Essa concepção fragmenta a organização e a exploração do trabalho. Troca-se a estrutura vertical pela horizontal, com vistas à melhoria do produto e do tempo de resposta aos pedidos do mercado consumidor. Tornam-se comuns as redes de empresas coligadas em substituição ao paradigma da empresa completa, propugnada pelos modelos anteriores.

As relações de trabalho seguem a mesma sistemática de flexibilização. A precarização e a exploração laborais revelam o desvirtuamento do fim original de focalização, pregado pelo toyotismo. Promove-se a coisificação do obreiro, postura distante do banimento da comercialização do trabalho estampado no Anexo à Declaração de Filadélfia.

Deve-se combater a subordinação laboral a essa lógica da flexibilidade. Para Antunes e Druck (2014, p. 17), o capital reafirma a força de trabalho como mercadoria, compreendendo o descarte e a superfluidade como fatores determinantes da instabilidade e da insegurança no trabalho. Os autores revelam que a centralidade da terceirização na estratégia patronal concretiza formas de compra e venda da força laboral e disfarça as relações sociais entre capital e trabalho, que na verdade se amparam em contratações de pessoal flexíveis, em função do ritmo produtivo das tomadoras e das oscilações de mercado.

Esconde-se o ponto fundamental, concernente no fato de a terceirização ter como objetivos centrais a redução dos salários, a constante retração dos direitos do trabalho e o aumento da fragmentação, para desorganizar a classe trabalhadora na esfera sindical e nas distintas formas de solidariedade coletiva. Salários menores, jornadas mais extensas e altas taxas de rotatividade denunciam que a terceirização lidera um processo de corrosão do trabalho, ocupando o centro dos debates mundo afora (ANTUNES e DRUCK, 2014, p. 24).

O trabalho consagra valores que dignificam o ser humano no contexto social, psicológico e cultural. A vinculação à ordem econômica estruturada pela Constituição – que estabelece como fundamentos a dignidade humana (art. 1º, III), o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e a função social da propriedade (art. 170, III) – exige a ação empresarial responsável. As organizações devem absorver as externalidades positivas (crescimento econômico) e as externalidades negativas (degradação ambiental e prejuízos sociais). Segundo o tripé do desenvolvimento sustentável, precisam ser atendidos os critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica (CIRINO, 2014).

Antes de aprofundar os debates a respeito da proporcionalidade, veja-se o paralelo do vocábulo “terceirização” no Direito Comparado, segundo Silva (2015, p. 197):

O fenômeno é amplamente estudado nas ciências econômicas e no âmbito da administração de empresas. No idioma inglês usa-se em sentido análogo a expressão outsourcing para descrever a busca dos serviços de uma fonte (source) externa (out), **a fim de a empresa poder se dedicar especificamente ao núcleo de seu objeto social.** Em sentido parecido, mas não idêntico, também se pode falar em downsizing, no sentido de redução (down) de tamanho (size) de uma corporação que já foi maior e **que dali em diante procurará ter estrutura mais enxuta e repassar funções acessórias ou de apoio para prestadores de serviços externos.** Do idioma francês se colhe a palavra sous-traitance, como uma espécie de subcontratação de serviços que poderiam ou não ser prestados pelo próprio empregador. (grifei).

A diferenciação entre as atividades nucleares e as de apoio mantém-se como o critério predominante na jurisprudência, embora existam críticas como as de Silva (2015, p. 199-200), acerca da eventual dificuldade de visualização em certas situações:

De plano, revelou-se excessivamente sombria a distinção entre atividades de apoio, também chamadas de atividades-meio, das atividades nucleares ou centrais do objeto social da empresa, também chamadas de atividades-fim. Normalmente, a vigilância e a limpeza são citadas como exemplos clássicos de atividades passíveis de terceirização, a menos, claro, que a empresa se dedique precipuamente à vigilância e à limpeza. [...]

Porém, os casos vão aumentando de complexidade até que se chegue a algum tipo de atividade que mal se consegue enquadrar. [...]

Ainda, mais um exemplo: **a escola pode manter como empregados apenas os professores e terceirizar as atividades de servente de alunos, secretária, merendeira e fiscalização? A escola funciona sem a secretária?** A famosa Súmula 331 do TST não chega a resolver a questão por completo. Apenas lança luzes sobre o tema, tendo sido pioneira na referência ao binômio meio-fim e tendo oferecido o que podemos chamar de exemplos das atividades secundárias.

Todavia, Silva (2015, p. 199-200) também reconhece a importância da participação do TST no processo de definição dos contornos admitidos no ordenamento pátrio:

[...] **não resta dúvida de que a Súmula 331 do TST exerceu papel decisivo na disseminação do regime de terceirização no direito do trabalho brasileiro**, para aqueles que andavam receosos, para aqueles que tinham dúvidas sobre o enquadramento legal ou simplesmente para aqueles que nunca tinham ouvido falar nessa decomposição da figura do empregador.

3 NOÇÕES GERAIS SOBRE O TESTE DE PROPORCIONALIDADE

Compreende-se como princípios a proposta de Alexy (2002), que os entende como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Como mandados de otimização, podem ser cumpridos em diferentes graus, a depender das possibilidades reais e jurídicas. Logo, são normas de otimização de condutas, que procuram realizar fins; preceitos que só ganham corpo diante de casos concretos, porquanto incapazes de determinar condutas abstratamente (ALEXY, 2002). Regras, por sua vez, são normas de aplicação cogente e imediata, e procuram regular uma conduta específica. Não podem subsistir determinações contraditórias, pois as ações ou são proibidas, ou são permitidas, ou são livres (BOBBIO, 1995).

Enquanto duas regras contrapostas não podem conviver no mesmo ordenamento, o mesmo não ocorre quanto aos princípios. Por não regularem ações reais, a oposição ou o confronto aparente significa que, no caso concreto, dois princípios não podem regular a mesma situação cada um em sua máxima intensidade. A aplicação simultânea e máxima de cada princípio geraria incoerência na regulação da conduta. Exatamente por isso os princípios são aplicáveis *prima facie*. Em vários contextos não serão aplicados, sem que isso resulte na eliminação do sistema, tal como ocorre com as regras. Veja-se como Alexy (2002, p. 89-90) expõe a diferença procedimental no tratamento dos conflitos entre regras e entre princípios:

Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. **Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro.** Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.

Ejemplos de la solución de colisiones de principios los ofrecen las numerosas ponderaciones de bienes realizadas por el Tribunal Constitucional Federal. [...] dos decisiones, a la del fallo sobre incapacidad procesal y la del fallo Lebach. El análisis de la primera decisión conduce a intelecciones acerca de **la estructura de las soluciones de colisiones** que pueden ser resumidas en una **ley de colisión**; la segunda profundiza estas intelecciones y conduce a **la concepción del resultado de la ponderación** como **norma de derecho fundamental adscripta**. (grifei).

Como a Constituição não alberga irrestritamente a livre iniciativa e a liberdade de contratação, necessária a indagação sobre quais os fundamentos constitucionais para impor a proibição de terceirizar serviços identificados como atividade-fim do empreendimento ou, dito de outro modo, para restringir a possibilidade de terceirização às atividades-meio.

Os direitos e garantias não são absolutos. Não se admite o exercício ilimitado das prerrogativas que lhes são inerentes, principalmente quando veiculados sob a forma de princípios, como é o caso da livre iniciativa. No caso das regras, ocorrendo a hipótese prevista, incide o mecanismo da subsunção. Enquadram-se os fatos na previsão abstrata e

produz-se uma conclusão. A aplicação se opera na modalidade tudo ou nada (DWORKIN, 1977, p. 24). Ou a regra regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida.

Por outro lado, os princípios designam condições ideais. Não se aplicam com base no tudo ou nada, mas constituem mandamentos de otimização, a serem realizados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002). Por isso, princípios podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, sem que isso afete sua validade. Havendo colisão entre princípios, utiliza-se a ponderação, tendo como instrumento o teste de proporcionalidade. Essa técnica demanda a detecção dos princípios conflitantes a serem considerados na solução do caso, e o exame dos fatos, das circunstâncias e da interação com os elementos normativos, para que se preserve o máximo de cada princípio em conflito.

Pois bem. Não há dúvida de que a livre iniciativa, a não mercantilização do labor e a proteção ao vínculo de emprego são princípios, e não regras. Tanto que se admitem outras formas de configuração das relações de trabalho – avulso, eventual, autônomo, estágio e voluntário. Do mesmo modo, existem restrições à livre iniciativa, no tocante à exigência do atendimento à sua função social – cotas de aprendizes e pessoas com deficiência e manutenção da higidez no meio ambiente do laboral. Enquanto princípios admitem restrição por outras normas constitucionais, para se definir o exato contorno do núcleo essencial de cada um, depois do esforço comparativo.

Na discussão específica sobre a terceirização na atividade-fim do empreendimento contratante, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, estão a livre iniciativa – prevista no art. 1º, IV, da CR/88, que garante aos indivíduos a escolha da forma de estruturação da atividade, desde que observada a função social – e o princípio da legalidade, como pretende a recorrente (liberdade de contratar) – constante no art. 5º, II, da CR/88. De outro, estão o direito ao vínculo de emprego – extraído de dispositivos como o mesmo art. 1º, IV, da CR/88 e o art. 7º, nos incisos I (relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa), II (seguro-desemprego), VIII (décimo-terceiro salário, que só faz sentido em uma relação laboral continuada), XI (participação nos lucros e resultados), XVII (férias anuais remuneradas) e XXI (aviso prévio proporcional ao tempo de serviço) e a vedação à consideração do trabalho como mercadoria – anexo à Declaração da Filadélfia.

O art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o direito ao trabalho e tutela da qualidade do emprego, que deve ser realizado em condições justas e favoráveis. O art. 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

segue o mesmo caminho de outras normas infraconstitucionais, que defendem a superação do desemprego, eliminação do trabalho precário e a promoção do trabalho decente (SANTOS e BORGES, 2015, p. 245). A Constituição deve ser visualizada como um patamar mínimo de direitos, passível de ampliação (art. 5, § 2º, e art. 7º, *caput*).

Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são colocados no mesmo plano pela Constituição Republicana (art. 1º, IV). Significa que o desenvolvimento econômico não deve ser atingido por meio da consideração do ser humano como mero fator produtivo. Pelo contrário, deve ser concebido como sujeito que busca no labor a realização material, moral e espiritual (SILVA NETO, 2005). Como fundamentos do Estado brasileiro, a livre iniciativa e a valorização do trabalho precisam ser compatibilizadas, de modo que a solução para eventuais impasses seja equilibrada e observe a dignidade intrínseca ao homem.

Analisados em conjunto, os dois grupos podem ser visualizados como princípios, na medida em que compreendem deveres *prima facie*, a serem observados na maior medida possível, diante dos contornos estabelecidos pelas situações concretas. O dever definitivo será estabelecido depois do teste de proporcionalidade. Como os princípios não possuem uma hipótese e uma consequência abstrata, não há como existir colisão. Diante das possibilidades do caso, o dever pode não se revelar definitivo, diante da ponderação ou sopesamento.

A natureza e a amplitude dos direitos fundamentais envolvidos pode demandar a redução do âmbito de proteção (abstrato) de cada grupo, expresso pelo dever *prima facie*, de modo que ambos convivam ou que prevaleça um em detrimento do outro, a depender da situação concreta levada a efeito. O suporte fático concreto resultará da análise da medida interventiva incidente sobre o de cada direito fundamental, para então se definir a consequência jurídica e o dever definitivo (regra) a reger o suporte fático examinado.

Mais do que uma simples ponderação ou comparação entre os pesos dos princípios constitucionais envolvidos, a proporcionalidade deve ser compreendida como uma técnica a ser adotada para permitir o menor grau de subjetividade nas decisões. Deve permitir a exposição clara e fundamentada do iter procedimental utilizado para definir concretamente a aplicação em menor ou maior grau do mandamento neles previsto. Trata-se de promover a clareza na identificação do suporte fático concreto e viabilizar, quando presente as mesmas condições, o controle intersubjetivo do processo decisório (ÁVILA, 2001) para se exigir a coerência na aplicação da norma jurídica.

Evita-se o puro e simples jogo de palavras, para se questionar o julgador quanto à técnica utilizada no caminho percorrido entre a análise e a decisão do caso. Não é lícito o afastamento da eficácia em abstrato das normas constitucionais. Apenas pela via do teste de proporcionalidade o resultado do método ponderativo estabelece uma relação de precedência condicionada entre os princípios em jogo (ALEXY, 2002). Desse modo, o balizamento jurídico se depreende dos parâmetros interpretativos que reduzem o escopo de arbitrariedade e permitem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

Ao analisar os Habeas Corpus 76.060-SC e 75.889-MT, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 855-2 e o Recurso Extraordinário 211.043, a forma de aplicação da proporcionalidade conduz Ávila (2001, p. 3) a duas conclusões:

Em primeiro lugar, demonstra que **a exigência de proporcionalidade vem sendo aceita como um dever jurídico-positivo**, o que, por si só, revela a importância de sua explicação e descrição. Em segundo lugar, revela que **a utilização do princípio da proporcionalidade nem sempre possui o mesmo significado**, não apenas porque ele é tratado como sinônimo da exigência de razoabilidade, com a qual — como será demonstrado — não se identifica, mas porque ele ora significa a exigência de racionalidade na decisão judicial, ora a limitação à violação de um direito fundamental, ora a limitação da pena à circunstância agravante ou necessidade de observância das prescrições legais, ora proibição de excesso da lei relativamente ao seu fim e ora é sinônimo de equivalência entre custo do serviço e a relativa taxa. **A sua aplicação, como será demonstrado, é muitas vezes correta. Mas mesmo nesses casos, a fundamentação do dito princípio da proporcionalidade não apresenta razões intersubjetivamente controláveis, na medida em que não estabelece critérios de delimitação da relação meio-fim — absolutamente essencial à aplicação da proporcionalidade —, bem como deixa obscuro o seu fundamento de validade.** Enfim, a fundamentação das decisões, em vez de ser clara e congruente, termina sendo ambígua. (grifei).

Com base nessas observações, acrescenta (p. 4):

Nesse sentido, **o dever de proporcionalidade pode ser definido de tal sorte que a sua interpretação mantenha referência ao ordenamento jurídico brasileiro e que a sua aplicação apresente critérios racionais e intersubjetivamente controláveis.** Isso justifica a nossa pretensão de estipular-lhe uma definição. (grifei)

E, fechando o raciocínio quanto à necessidade de conformação e aplicação de uma estrutura objetivamente controlável, assevera (p. 28):

A sua aplicação está, de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação “meio-fim” objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto. (grifei).

Não obstante os métodos de atuação e argumentação sejam essencialmente jurídicos, a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis exercem uma inegável dimensão política. As consequências práticas das decisões demandam atuação criativa na atribuição de sentido a cláusulas abertas e na realização de escolhas entre as soluções e alternativas possíveis. A norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto normativo, mas o produto da integração entre esse conteúdo e a realidade. Conforme Barroso (2015, p. 322):

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável – porque assentada na ideia de justiça e na dignidade da pessoa humana – deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). **A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora – i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema – e construtivista, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.**

Norma constitucional alguma pode ser interpretada isoladamente. A Constituição caracteriza-se pela conjugação de interesses divergentes, a serem concretizados na maior extensão e intensidade possíveis, sem afastamento apriorístico. Apenas se admite a restrição diante de um contexto fático definido e mediante a aplicação da técnica decisória, em busca da preservação do núcleo essencial de cada direito (PEREIRA, 2006, p. 297-382).

A configuração do litígio impede a prevalência de algum dos blocos de princípios aplicáveis, sem a simultânea restrição do outro conjunto de princípios constitucionais contrapostos. Permitir a terceirização de atividades finalísticas, reconhecendo-se a consagração do direito de contratar e de estruturar a atividade econômica implica restringir os direitos à manutenção do liame empregatício e à não mercantilização do trabalho. Por outro lado, impedir a prática de subcontratação de qualquer serviço significará reduzir a abrangência do direito à livre iniciativa em consideração aos direitos contrapostos.

Restam inconciliáveis os princípios em evidência na exata medida da dimensão abstrata constitucionalmente traçada. Inevitável que a decisão do caso incida para reduzir a amplitude de um ou de ambos os deveres *prima facie* em confronto. A solução da controvérsia pode demandar a prevalência de um e o afastamento da eficácia normativa do outro. Logo, necessária a opção metodológica pelo teste de proporcionalidade. Examinam-se a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, respectivamente.

Enquanto a análise da adequação exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos, a necessidade significa que nenhum meio menos gravoso ao direito revelar-se-ia igualmente eficaz à consecução do fim almejado. Enfim, a proporcionalidade em sentido estrito propicia um juízo definitivo de ponderação, na tentativa de viabilizar o equilíbrio entre a medida interventiva e o direito tutelado.

Fala-se em critério racional de argumentação, e não em comparação de peso. Um princípio não pesa mais que outro abstratamente considerado. Apenas diante do delineamento de contextos específicos que se conhecerá qual prevalece em definitivo. Em circunstâncias diversas, é possível que o conflito aparente entre os mesmos princípios redunde em diferentes consequências jurídicas. Somente o uso do procedimento viabilizará a compreensão e a análise de eventuais contradições ou equívocos cometidos pelas autoridades julgadoras.

Um princípio será aplicado acaso adequado para atingir a finalidade perseguida (adequação), e os meios empregados para a realização do princípio sejam os menos gravosos (necessidade). Se os princípios se mantiverem aplicáveis ao caso, ocorrerá a situação de limitação do âmbito de atuação de um em relação ao outro. Nesse momento, demanda-se a ponderação de princípios (proporcionalidade em sentido estrito). O iter justifica-se em razão da exigência democrática do esforço hermenêutico voltado a justificar a realização máxima de um princípio em relação ao outro. Esse exercício precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado – vide ADPF 54-DF –, para evitar que a escolha não passe de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto.

Esclareça-se que a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. Uma ponderação de valores leva ao autoritarismo – ADPF 54-DF. Não se pode justificar que um princípio seja mais importante que outro. Uma sociedade democrática e plural não conhece hierarquia de valores. Deve-se evitar a comparação de princípios que têm o mesmo peso e criar uma ordem concreta de valores. Somente se admite a ponderação dos argumentos que estimulem a racionalidade – e não da autoridade – da decisão.

A determinação de ordens concretas de valores para os dois pontos de vista levam a uma solução autoritária, a depender da preferência pessoal. Na primeira situação, uma ordem concreta para o caso pode fazer pesar mais os interesses do empreendimento. Por outro lado, uma ordem concreta a priori pode indicar que a relação direta de emprego prepondera independentemente de qualquer circunstância.

Explicitados os pressupostos, busca-se a aplicação ao caso, para definir se a terceirização da atividade-fim pode ser admitida no cenário jurídico brasileiro. Encontram-se dispostos os princípios: da livre iniciativa e da liberdade de contratação, ante a falta de norma legal, defendidos pela recorrente; e a permanência do vínculo de emprego e a não mercantilização do trabalho, contrários aos interesses dispostos nas razões recursais. Logo, o processo argumentativo demanda a execução do teste de proporcionalidade.

4 APLICAÇÃO DO TESTE DE PROPORCIONALIDADE

A adequação está presente nos dois lados. A autorização para contratar serviços da atividade-fim é um meio adequado para proteger o direito à livre iniciativa e a liberdade de negociação. Por outro lado, a satisfação do direito ao vínculo de emprego e da não mercantilização do labor pode ser alcançada por meio da vedação à terceirização de serviços nucleares. São, portanto, meios hábeis à realização dos comandos normativos.

No que concerne à necessidade, só é possível proteger plenamente o regime de vinculação direta e o impedimento da consideração do labor como mercadoria mediante a vedação à terceirização ao menos na atividade-fim. Por outro lado, não há meio menos gravoso à livre iniciativa e à liberdade de contratar que permitir a escolha das atividades a serem repassadas a outros empreendimentos.

Não há condições para a máxima aplicação simultânea dos princípios ao caso. Imperioso, então, seguir à proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, avalia-se até que ponto um princípio pode ser afastado em benefício da realização do contraposto. A maior satisfação de um deve ser benéfica o suficiente para justificar o menor grau de realização do outro.

A fórmula da proporcionalidade apresenta especial relevância, porquanto o caso volta-se exatamente à discussão de direitos constitucionais de duas qualidades: direito de proteção contra direito de defesa. De um lado, os argumentos a favor da recorrente dizem que o Estado não deve interferir na sua escolha de subcontratar atividades, pena de estar violando a livre iniciativa e a estrita legalidade. Reivindica-se um direito de proteção contra o Estado,

portanto, de não intervenção. Por sua vez, os argumentos demandam uma ação positiva do Estado para a defesa do direito. Trata-se de um direito de defesa contra os demais, que exigem uma ação interventiva do Estado. Logo, o meio reivindicado (ação ou omissão do Estado) determina a realização de um ou outro direito derivado dos princípios expostos (proteção do vínculo de emprego ou garantia da livre iniciativa e da liberdade de contratar).

O meio adequado e necessário para a proteção do direito ao vínculo de emprego com o beneficiário direto da prestação laboral – a postura interventiva do Estado – significa ferir o direito à livre configuração da atividade empresarial da recorrente. O raciocínio inverso indica que a intervenção do Estado em favor da recorrente – comportamento omissivo –, pode resultar em agressão aos direitos fundamentais trabalhistas, que tomam por base a regra da formação do liame empregatício diretamente entre o beneficiário e o prestador dos serviços. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da terceirização na atividade-fim da empresa, há que se optar pela postura protetiva do Estado consistente na intervenção no exercício da livre iniciativa, que só se realiza com a postura de vedação da prática, em favor do valor social do trabalho.

Decidindo em favor da recorrente, o STF estará promovendo uma alteração significativa no panorama jurídico constituído há mais de vinte anos no país, sob a orientação da Súmula 331 do TST. Esse verbete firmou-se na jurisprudência para afastar abusos, impondo limites à disseminação da prática de terceirização no Brasil e serve à proteção da relação de emprego. As estatísticas demonstram que os trabalhadores terceirizados percebem salários menores, trabalham mais e representam a grande maioria das vítimas de acidentes do trabalho, sobretudo graves e fatais. (ANTUNES e DRUCK, 2014), quadro que pode se ampliar, no caso de decisão favorável à recorrente.

Por outro lado, a manutenção das decisões das instâncias anteriores não representará novidade e manterá a segurança jurídica a respeito das condições de vinculação entre o trabalhador e o tomador dos serviços, nos moldes sustentados há mais de duas décadas pelo entendimento questionado. A manutenção da ordem de proibição da terceirização das atividades finalísticas do empreendimento servirá para confirmar a preferência constitucional pela proteção da relação de emprego e a inadmissibilidade da consideração do labor como mero fator produtivo, distanciado da função social estampada no art. 1º, IV, da CR/88.

Os argumentos tendem a considerar a limitação da livre iniciativa como resposta que preserva o máximo de cada princípio, sem tornar completamente ineficaz qualquer deles.

Haveria esvaziamento da função social no caso de se autorizar a terceirização em atividades que se encontram dentro das elencadas pelo próprio estatuto empresarial como objeto de atuação. Por outro lado, poderia haver o engessamento da atividade empresarial caso as atividades meramente acessórias e aquelas especializadas também não admitissem a subcontratação. Parece que a solução jurisprudencial firmada na Súmula 331 do TST atende na maior medida possível cada um dos comandos postos em confronto no ARE 713.211-MG, reconhecendo-lhes como direitos fundamentais e relativizando-os de forma a preservá-los ao máximo, na medida das possibilidades concretas.

Com enfoque na técnica da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da recorrente em cotejo com a proteção dos direitos garantidos pela decisão recorrida é menor que um – referência a uma das fórmulas de Alexy. Há, portanto, de ser preservada a liberdade de contratação, sem, no entanto, permitir o repasse da integralidade das atividades empresariais. A proibição de subcontratação das atividades finalísticas deve prevalecer, pois o exercício ponderativo resultou favorável aos princípios resguardados na decisão recorrida em detrimento do recurso. Enfim, esse resultado melhor preserva os princípios consagrados na CR/88, e estipula os contornos concretos de cada um dos direitos fundamentais envolvidos.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto ao PLC 30/2015 e à ADPF 324. Não obstante a proposta possa se tornar lei, além do próprio legislador, o STF ou qualquer outro juízo que for levado a aplicá-la pode valer-se de igual dinâmica para chegar ao idêntico resultado prático. Os princípios analisados são de ordem constitucional e eventual lei tratando da matéria deverá conformação ao conjunto de direitos fundamentais. Estabelecido o suporte fático concreto, a existência de idênticas condições deve conduzir a uma resposta unívoca. Daí a importância do método argumentativo e do teste de proporcionalidade.

Neste ponto, cabe esclarecer a noção de caso concreto (SILVA, 2014, p. 140):

Em face de algumas possíveis incompreensões, é importante esclarecer o que significa caso concreto. A expressão ‘caso concreto’ pode significar duas coisas distintas: (1) caso concreto pode significar, na forma como pode ser compreendida também em sua acepção não-técnica, a **decisão de um caso específico por parte do Judiciário** (o exemplo mais usual é a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito à privacidade, honra ou imagem); (2) mas caso concreto pode **também significar algo menos concreto** ou, pelo menos, mais distante daquilo que usualmente se costuma entender por isso, já que aponta, nessa segunda acepção, a uma decisão do legislador acerca da colisão entre direitos fundamentais. **Uma tal**

decisão legislativa, se, por um lado, é mais abstrata que uma decisão judicial, não deixa de ser também sua dimensão concreta, já que o legislador não se preocupa, nesses casos, com a importância geral e abstrata de dois direitos fundamentais, mas sua importância relativa, em uma situação hipotética. Exemplo dessa acepção seria, entre outros, a atividade legislativa que cria um tipo penal de calúnia (CP, art. 138). **O “concreto”, nesse ponto, não é um caso específico que acontece na realidade, mas a situação hipotética, descrita e “resolvida” pelo legislador em um certo sentido – a favor da honra, em detrimento da liberdade de expressão –, que pressupõe uma decisão acerca de um direito e de suas restrições.** (grifei)

Vê-se que não somente uma situação específica e que envolva sujeitos definidos pode ser considerada caso concreto. Também os atos legislativos e os judiciais em geral podem ser assim concebidos, para efeito de submissão ao procedimento do teste de proporcionalidade da medida interventiva frente ao âmbito de proteção do princípio.

Ainda no caso de eventual autorização legislativa da terceirização na atividade-fim, caberá ao Poder Judiciário definir os exatos limites da prática no território nacional. Silva (2015, p. 207) menciona a postura do TST diante da previsão legal de terceirização em atividades inerentes, pelas empresas de telecomunicação (art. 94, II, da Lei 9.472/97):

Como se nota, o inc. II autoriza a terceirização de atividades “inerentes, acessórias ou complementares” ao serviço, donde a incerteza se o artigo quis dizer “atividades inerentes ao objeto social” – caso em que teríamos a terceirização da própria atividade-fim – ou se, ao revés, o artigo quis dizer “atividades acessórias ou complementares àquelas inerentes” – caso em que ele acompanha o conceito de terceirização da Súmula 331 do TST, quanto à subcontratação de atividades-meio.

[...] Embora ainda parem controvérsias, **cumprir observar a existência de decisão definitiva do TST contra a terceirização das atividades essenciais das empresas de telecomunicação e a favor da efetivação de todos os empregados dos serviços de atendimento telefônico, conhecido pela expressão call center**, no âmbito da Seção Especializada em Dissídios Individuais (Proc. 0134640-23.2008.5.03.0010).

Desse modo, há suficientes meios argumentativos para se combater as investidas contra os princípios constitucionais, quer sejam elas representadas por ações de particulares, quer estejam consubstanciadas sob a forma de decisões judiciais ou de normas legais.

5 CONCLUSÃO

O desempenho da livre iniciativa deve ocorrer em atenção à função social que lhe é inerente. De igual modo, precisa respeitar o princípio da não mercantilização do trabalho e o conjunto de direitos fundamentais laborais, conquistados ao longo da história e reconhecidos pelo texto constitucional e pelas normas internacionais integrantes do ordenamento pátrio.

A análise jurídica do caso sob a ótica do teste de proporcionalidade justifica-se em consideração aos princípios postos em evidência, que se contrapõem em busca do real alcance e concretização dos direitos fundamentais que se pretende defender. Não se tratam de regras a serem solucionadas pelo raciocínio do tudo ou nada. Antes correspondem a mandamentos de otimização, que devem ser realizados na maior medida, diante dos contornos do caso real.

Submeter a decisão judicial ao controle intersubjetivo corresponde a uma virtude a ser estimulada quando o caso envolver a disputa entre princípios. Intenta-se reduzir a margem de subjetividade inerente à amplitude dos debates. Seguir uma ordem lógica e coerente no processo decisório pode viabilizar a segurança jurídica esperada do Direito como instrumento de pacificação social. Para o alcance desse objetivo, a previsibilidade da postura judicial diante de casos análogos é primordial.

Tentou-se realizar um esboço de como o teste de proporcionalidade pode contribuir para a solução do caso em exame, raciocínio argumentativo que pode também ser extensível à apreciação da ADPF 324. Dirige-se igualmente ao legislador – e ao chefe do Executivo, na sanção ou no veto –, no exame da viabilidade jurídica da opção por editar ou não uma lei que preveja uma regra autorizando ou limitando as hipóteses de terceirização das atividades principais, tal como versado no PLC 30/2015, atualmente sob o crivo do Senado Federal.

Por fim, sugere-se o não provimento do ARE 713.211-MG, bem como a fixação da seguinte tese de julgamento: “É inadmissível a terceirização na atividade finalística, relacionada ao núcleo do negócio. Apenas se admite o repasse de atividades acessórias e específicas, na forma da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em homenagem à vedação à mercantilização do trabalho e à proteção ao vínculo de emprego”.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garçon Valdés (trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A epidemia da terceirização. In: ANTUNES (org.). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil III**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, p. 13-24, 2014.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Ano 1, v. 1, n. 4. Salvador: jul. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. SANTOS, Maria Celeste C. J. (trad.), CICCIO, Cláudio de. (rev. téc.). 6. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.
- CIRINO, Samia Moda. Sustentabilidade no meio ambiente de trabalho: um novo paradigma para a valorização do trabalho humano. In: **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região** (Direito e sustentabilidade), v. 3, n. 28, p. 85-115, 2014.
- DWORKIN, Ronald. The modelo of rules I. In: Ronald Dworkin, **Taking Rights seriously**. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos; BORGES, Amanda Tavares. Projeto de lei 4330/04 - novos rumos da terceirização no Brasil. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; CECATO, Maria Aurea Baroni (coord). **Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II**. CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (org.). Florianópolis: CONPEDI, p. 244-269, 2015.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado**: v. 1 – parte geral, 3. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.