

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO
TRABALHO II**

MARIA ROSARIA BARBATO

LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA

RODRIGO GARCIA SCHWARZ

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

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Leonardo Rabelo de Matos Silva, Maria Rosaria Barbato, Rodrigo Garcia Schwarz – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-159-3

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do Trabalho. 3. Meio Ambiente do Trabalho. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

A presente publicação, concebida no marco do XXV Congresso do CONPEDI, realizado sob o tema “Direito e desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”, que tem por escopo problematizar as questões da justiça e da democracia sob o viés do diagnóstico de problemas e da projeção de perspectivas para um Brasil justo, que possa superar as muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o seu povo e a sua democracia, (re)pensando as relações entre Direito, Política, Democracia e Justiça, seja nos seus aspectos analítico-conceituais e filosóficos, seja no aspecto das políticas públicas e do funcionamento das instituições político-jurídicas, oferece ao leitor, através dos diversos artigos apresentados no Grupo de Trabalho "DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II" durante o XXV Congresso do CONPEDI, a diversidade e a pluralidade das experiências e do conhecimento científico das quais se extrai, no seu conjunto, o "espírito", ou seja, o sentido e a essência do Direito do Trabalho na atualidade, a partir da apreensão do que está sendo produzido, no âmbito da cultura jurídica brasileira, a respeito do Direito do Trabalho, sobretudo no âmbito do que o Direito do Trabalho tem a oferecer para a superação das severas desigualdades e vulnerabilidades que ainda assombram o nosso país, revelando, assim, no seu conjunto, a partir de distintas vozes e de distintos espaços e experiências, os rumos não só da pesquisa científica a respeito do Direito do Trabalho no Brasil, mas do próprio Direito do Trabalho enquanto ciência, ordenamento e práxis no Brasil, e das correspondentes instituições político-jurídicas e das suas possibilidades de produção de justiça social, em termos axiológicos, filosófico-normativos e teórico-dogmáticos.

Somam-se, assim, as vozes de Alyane Almeida de Araújo, Ana Paula Azevêdo Sá Campos Porto, Angela Barbosa Franco, Augusto Cezar Ferreira de Baraúna, Candy Florencio Thomé, Carla Liguori, Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, Fernanda Demarco Frozza, Fernando Franco Morais, Francislaine de Almeida Coimbra Strasser, Gabriela Caramuru Teles, Isabele Bandeira de Moraes Dangelo, Ivo Massuete Oliveira Teixeira, Jefferson Grey Sant'anna, João Hélio Ferreira Pes, Leonardo Cordeiro Sousa, Leonardo Rabelo de Matos Silva, Lourival José de Oliveira, Luciana Alves Dombkowitz, Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, Maria Cristina Gontijo Peres Valdez Silva, Maria Rosaria Barbato, Michelli Giacomossi, Natalia Xavier Cunha, Rangel Strasser Filho, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira, Rodrigo Garcia Schwarz, Sandra Mara Franco Sette, Saul Duarte Tibaldi, Tereza Margarida Costa de Figueiredo, Thais Janaina Wenczenovicz, Ursula Miranda Bahiense de Lyra, Valena Jacob Chaves Mesquita e Vivianne de Queiroz Leal em torno dessas discussões, fundadas na

perspectiva das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente, assim compreendido o trabalho exercido em condições compatíveis com a dignidade humana, e, portanto, do Direito do Trabalho enquanto possibilidade de produção de justiça social e concomitante instrumento efetivo de superação das muitas vulnerabilidades históricas que ainda assolam o nosso povo e a nossa democracia.

Nesses artigos, são tratadas, assim, distintas questões de crescente complexidade e de crescente relevância para o próprio delineamento dos campos de ação e das possibilidades do Direito do Trabalho da atualidade: dos direitos e princípios fundamentais no trabalho, com a abordagem das questões pertinentes à ação sindical e à negociação coletiva, à erradicação do trabalho infantil, à eliminação do trabalho forçado e à promoção da igualdade de condições e de oportunidades no trabalho, sobretudo na questão de gênero, envolvendo múltiplos coletivos tradicionalmente subincluídos nos mundos do trabalho, às questões do meio ambiente do trabalho, da saúde e da intimidade no trabalho e dos novos horizontes do Direito do Trabalho em tempos de crises, com a abordagem das novas morfologias das relações de trabalho, dos processos de desregulamentação do trabalho e de precarização e flexibilização do Direito do Trabalho, das novas tecnologias e de seus impactos sobre os mundos do trabalho, dos próprios marcos renovados do direito processual do trabalho na efetivação do Direito do Trabalho e, assim, do acesso à Justiça do Trabalho e da efetividade desta, e, portanto, e sobretudo, das novas formas de inclusão e exclusão nos mundos do trabalho, com ênfase para os mecanismos de aplicação e de promoção do Direito do Trabalho e para os novos arranjos criativos de proteção do trabalho.

Daí a especial significação desse conjunto de artigos, que, entre o Direito e as desigualdades, a Democracia e a Justiça, fornece ao leitor, contribuindo com diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo, uma considerável amostra do que vem sendo o agir e o pensar no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, das dimensões materiais e eficaciais do direito fundamental ao trabalho decente e da promoção da justiça social.

Os Coordenadores,

Maria Rosaria Barbato

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Rodrigo Garcia Schwarz

**A APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA INTERPRETAÇÃO
JURÍDICA DAS ATIVIDADES MEIO E FIM DA SUBCONTRATAÇÃO
EMPRESARIAL**

**THE APPLICATION ECONOMIC LAW IN ANALYSIS LEGAL
INTERPRETATION ACTIVITIES THROUGH OUTSOURCING AND BUSINESS
END**

Jefferson Grey Sant'anna

Resumo

Este recorte estabelece apontamentos das relações existentes entre as atividades meio e fim do tomador de serviços, bem como as respectivas do prestador e a possibilidade de aplicação da Law e Economics. Objetiva-se contribuir para o debate acerca da alegada precarização do trabalho versus a defesa da eficiência e importância da terceirização para a economia e o mercado. Verificar-se-á em quais circunstâncias a AED poderia ser útil à regulamentação da subcontratação das atividades meio e fim empresariais. Observar-se-á a possibilidade utilitária da AED como base jurídica para fundamentar uma regulamentação ou direcionamento das controvérsias atinentes à terceirização.

Palavras-chave: Atividades meio e fim, Terceirização, Análise econômica do direito-aed

Abstract/Resumen/Résumé

This cut down notes of the relationship between the middle and end of services activities taker, and their provider and the possibility of application of Law and Economics. It aims to contribute to the debate about the alleged precariousness of work versus the defense of efficiency and importance of outsourcing for the economy and the market. We will check in what circumstances the EDA could be useful for regulating the outsourcing of middle and end business activities. Note shall be the utilitarian possibility of EDA as legal basis for regulation or guidance of disputes relating to outsourcing.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Middle and end activities, Outsourcing, Economic analysis of law

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é interligar a Análise Econômica do Direito com um dos pilares constitutivos da subcontratação, quais sejam as atividades meio e fim, bem como utilizar a AED para projetar eventual possibilidade, ou impossibilidade da subcontratação de serviços das denominadas atividades fins dos organismos empresariais.

A questão proposta torna-se interessante ao passo de que a Análise Econômica do Direito, em sua origem norte americana na década de 1960, em um primeiro momento, era aplicada nos casos de antitruste, assim como em direito tributário, direito corporativo, patentes, contratos (POSNER, 23). Atualmente, o instituto cada vez mais se coaduna com a realidade brasileira, cuja aplicabilidade pode ser vislumbrada e em outros ramos do direito, a despeito de eventuais críticas.

O tema jurídico proposto, referente à aplicação da *Law and Economics* na subcontratação, mais especificamente nas atividades meio e fim é extremamente relevante, dado que o instituto da terceirização não possui regulamentação formal específica, mas um precedente jurisprudencial (Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho) que acaba orientando magistrados, e, conseqüentemente, o comportamento das referidas contratações.

Desse modo, a Análise Econômica do Direito discorrer-se-á se aquela poderá ser utilizada como instrumento de elucidação, otimização e contribuição para futuras interpretações jurisprudenciais, tal e qual já ocorre há algumas décadas em países que a aplicam, como é o caso dos Estados Unidos dentre outros que se utilizam do *Common Law*. De igual sorte, poderá auxiliar de forma eficiente e equânime os fundamentos na construção de futuras legislações formalizadas.

Destaca-se, conquanto, a importância dos estudos das interdisciplinas entre os ramos de direito envolvidos e a economia para a busca de soluções aos recorrentes problemas apontados pelos estudiosos, tais como a já referida questão da precarização do trabalho *versus* a otimização das organizações empresariais, criando-se assim, uma alternativa científica e eficiente à problematização do referido tema.

Para tanto, permear-se-ão conceitos relacionados com os temas em questão, abordando-os de forma teórica com base em revisões bibliográficas e em alguns artigos correlacionados com a Subcontratação e a Análise Econômica do Direito.

Dentro das respectivas abordagens, não será inserido o ponto de vista empírico com base jurisprudencial, no que concerne a utilização da Análise Econômica do Direito no âmbito das relações atinentes à subcontratação, posto que o artigo não tem o objetivo de esmiuçar-se numa metodologia de coleta de dados, ainda que de forma pontual. O presente recorte se presta para uma reflexão acerca da possibilidade da utilização da Análise Econômica do Direito na esfera da subcontratação de mão de obra e em alguns de seus desdobramentos jurídicos.

Sequencialmente, serão aventados modos e caracteres das atividades meio e fim na subcontratação, relacionando-as com as bases teóricas da AED.

Por fim, promover-se-á e se instigará a possível aplicação da AED para as discussões e controvérsias atinentes à subcontratação e sua regulamentação, como possível alicerce para futuras interpretações e regulamentações da terceirização no âmbito nacional.

1. DAS ATIVIDADES MEIO E FIM NA SUBCONTRATAÇÃO E SUAS CONTEXTUALIZAÇÕES COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Primeiramente, é de bom alvitre sintetizar os conceitos propostos no presente estudo, sendo que na Subcontratação, ou Terceirização verifica-se a seguinte definição como o *processo de descentralização das atividades da empresa e valorização do setor terciário da economia.*(CAVALCANTE, JORGE NETO, p. 412).

No magistério de Maurício Godinho Delgado, sob o âmbito do Direito do Trabalho:

“a terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica do trabalho da relação justrabalhista que lhe seria conveniente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo de produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente.” (DELGADO p. 428)

Na subcontratação se observa, desde, logo importante viés econômico para as organizações, vez que as mesmas podem se concentrar na sua atividade de excelência ou essencial. Nesse sentido a terceirização:

“consiste na aquisição de bens e/ou serviços especializados, de forma sistemática e intensiva, para serem integrados na condição de atividade meio à atividade fim da empresa compradora, permitindo a concentração de energia em sua real vocação, com o intuito de potencializar ganhos em qualidade e produtividade.” (Fontanela et AL, *apud* GIRARDI, p.10).

“A terceirização está inserida na ideia de mudança organizacional, pois esperado que após combiná-la com algumas destas técnicas de administração, a empresa terá possibilidade de lograr maior qualidade, flexibilização, desverticalização, dentre outras.” (GIRARDI, p.9).

Observa-se que o instituto da subcontratação é uma importante estratégia para a empresa, contudo, na visão de muitos juristas, o *outsourcing* poderia acarretar alguns problemas aos trabalhadores ali inseridos, vez que o vínculo jurídico do contrato de emprego estaria com o prestador dos serviços de mão de obra, e não com o tomador do serviço, no qual o colaborador estaria prestando o serviço, conforme referendado supra.

Os problemas na relação de trabalho estariam representados desde a falta de pagamento e inobservância da legislação, como até fraudes nas quais o tomador não teria de responder por suas obrigações e responsabilidades. (LÓPES E DE LA ROSA p. 715). Como as dissidências e discussões relacionadas a terceirização da atividade fim e meio são o cerne do presente estudo, visualizar-se-ão posteriormente.

Passa-se ao exame dos conceitos das atividades meio e fim das organizações. Nesse contexto há entendimento de que a denominada atividade meio pode ser definida como a *de mero suporte* não sendo a que tange a essencialidade do organismo empresarial, sendo, por conseguinte, a atividade fim a que está ligada a essência do que se propõe a empresa (GARCIA, p.172).

Por seu turno há quem sustente que a atividade fim seria aquela afeta diretamente ao objeto social de empresa (POLONIO, p.35). Diante dessas divergências interpretativas, inclusive no tocante ao disposto no precedente sumular, utilizado como referencial teórico para decisões no Brasil, a Súmula de n. 331, inciso II, que dispõe:

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.

Não há definição legal para quais serviços especializados seriam afetos à atividade-meio, dando margem a várias interpretações, como, por exemplo as não afetas ao objeto social, ou não afetas à essência das atividades organizacionais.

Nesse diapasão, se inserem as possíveis contribuições da Análise Econômica do Direito a fim de somar para com uma possível solução de um dos impasses interpretativos, uma vez que inexistente legislação formalizada acerca do tema, apenas uma súmula (precedente jurisprudencial consolidado do Tribunal Superior do Trabalho), a Análise Econômica do Direito, aplicada ao exame poderia contribuir na interpretação e na construção de uma futura legislação não só mais eficiente, porém justa.

A Escola da Análise Econômica do Direito teve origem em Chicago, embasada nas obras dos economistas Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e do jurista Richard Posner (LAUDA, 2009).

Em breves linhas, pode-se descrevê-la como um instituto que visa contribuir de forma metodológica para com o direito econômico (SOUZA, p.91), sendo que em um primeiro momento cuidou-se da análise econômica de decisões judiciais, principalmente no que concerne à lei antitruste, avenças e pactos entre empresas e crimes (LAUDA, 2009).

A AED também pode ser definida como uma “abordagem econômica” para a compreensão do direito em relação à sua aplicação no mundo dos fatos e suas relações com o universo fático (GICO JR, p. 14). Nessa esteira de raciocínio:

“A Análise Econômica do Direito nada mais é do que a aplicação instrumental analítico empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.”(GICO JR, p. 14).

Verifica-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito é um instituto que, embora tenha sua aplicação mais efetiva nos Estados Unidos da América, há pouco mais de uma década iniciaram-se, no âmbito jurídico nacional, importantes debates sobre sua aplicação e utilização.

O instituto *Law and Economics* não é unívoco como benefício e possui críticas. Aponta-se ma delas seria no tocante a sua utilização como teoria geral, cujo escopo seria a *maximização da riqueza*. Observe-se artigo de Antonio Moreira Maués, analisando o ponto de vista de CASS SUSTEIN:

A identificação de ferramentas “clássicas” do raciocínio jurídico, tais como as regras, os princípios e as analogias, permite que Sunstein afirme que outras formas de raciocínio não são próprias do direito. A crítica mais importante é desferida por ele contra as “teorias gerais”, que constituem uma abordagem do direito que decide os casos a partir de um valor unitário que opera em um alto nível de abstração. O utilitarismo e a análise econômica do direito seriam exemplos dessa forma de raciocínio, pois ambos defendem que os resultados das decisões sejam avaliados com base em um único objetivo geral: a maximização da riqueza. Portanto, as teorias gerais operam de modo dedutivo, compreendendo as decisões de casos particulares como consequência lógica de sua aplicação.

Para Sunstein, um dos principais problemas das teorias gerais é que elas não reconhecem a importância dos casos particulares na construção de seus princípios, os quais, muitas vezes, são decisivos para avaliar a correção das teorias.

Autores como Ivo Gico JR (OB. Cit. p. 15), refutam a generalidade das críticas à AED, vez que o instituto não almeja tão somente a maximização da riqueza, mas a eficiência na interpretação da norma, bem como uma metodologia auxiliar dos operadores do Direito.

De outra banda a Crítica se dá ao modelo de eficiência proposto por Richard Posner, dado que autores a tratam como instrumento do neoliberalismo econômico, de desmotivação do direito e até atentatórios ao Estado Democrático de Direito, vide o prefácio de LENIO LUIS STREK (DA ROSA e LINHARES, xi):

Afinal, em pleno Estado Democrático de Direito, a AED parece que, na maior parte das vezes, produz efeitos devastadores no campo daquilo que é o cerne da democracia conquistada a partir do segundo pós-guerra: a realização dos direitos fundamentais, circunstância que assume foros de dramaticidade se analisada tendo como pano de fundo um país de modernidade tardia como o Brasil.

A referida apresentação da obra *Diálogos com a Law and Economics* é o prelúdio das críticas dos autores da obra à Análise Econômica do Direito. Exemplificativamente, a AED frustraria a rigidez positivista do direito em razão à lógica mercadológica, submetendo-se à uma análise de custo e benefício (DA ROSA, p. 81). E mais adiante outro exemplo:

As regras do jogo democrático, àquelas que irão fundamentar a legitimidade do provimento judicial, não podem ter como único critério a maximização da riqueza, como aponta a AED, sob pena de se submeter campo do direito a uma racionalidade que desconhece os Direitos Fundamentais. (DA ROSA, p. 122)

A referida obra já foi objeto de estudo em artigo publicado por RAIMUNDO FRUTUOSO DE OLIVEIRA JUNIOR para apontar o viés político, notadamente esquerdista, conservador e avesso a quaisquer práticas liberais, utilizando-se os autores de uma corrente, notadamente, ideológica para criticar o Instituto. *Visualizar a AED como um braço jurídico do neoliberalismo é uma visão míope e desconectada da realidade hodierna.*(OLIVEIRA JUNIOR, 2010)

A despeito das críticas à AED, tanto no referido artigo, como na obra analisada supra se reconheceu uma incompatibilidade entre a aplicação da AED e os direitos fundamentais. Contudo, as referidas conclusões não merecem uníssona guarida, uma vez que a Análise Econômica do Direito pode contribuir, inclusive para a preservação de direitos fundamentais, sua otimização e desenvolvimento.

Os recentes estudos sobre a Análise econômica do Direito apontam não somente para a questão da eficiência, mas outras características metodológicas e científicas que integram a AED e sua possibilidade de aplicação aos mais variados ramos do direito, inclusive, no tocante aos direitos fundamentais.

Observe-se que até mesmo os direitos fundamentais podem estar em colisão, em um determinado caso concreto, ou em uma determinada hipótese. Diante de uma colisão de Princípios Constitucionais e, por conseguinte, até Direitos Fundamentais, Robert Alexy, no artigo “Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”(ALEXY, 2003), traz interessante ponto de vista acerca da possibilidade de resolução de conflitos de normas fundamentais. Sobre o Balanceamento no direito Alemão:

No Direito Constitucional Alemão, o balanceamento é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (comprehensive). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Os direitos constitucionais enquanto princípios são comandos de otimização. Enquanto comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas. (ALEXY, 2003).

Ante uma possível colisão de direitos fundamentais, a *otimização* supra referida poderia ser alcançada com a metodologia proposta pela Análise Econômica do Direito, desde que, por óbvio, não se ultrapasassem a linha limítrofe do permissivo legislativo, ou constitucional.

No mesmo artigo aludido, Robert Alexy faz menção ao ótimo de Vilfredo Pareto para a aplicação otimizada e melhorada do referido *Balanceamento* e respectivas utilizações de princípios para o melhoramento:

Os princípios da adequabilidade e da necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da adequação exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer princípio ou finalidade para a qual eles foram adotados. Se um meio M, adotado para promover o princípio P1, não é adequado a essa finalidade, mas obstruí a realização de P2, então não haverá custos quer para P1 ou P2 se M for omitido, mas haverá custos para P2 se M for adotado. Então, P1 e P2, tomados conjuntamente, podem ser realizados em um grau mais alto relativamente ao que é factualmente possível se M for abandonado. P1 e P2, quando considerados conjuntamente, proibem o uso de M. Isto demonstra que o princípio da adequabilidade não é nada mais do que uma expressão da ideia do ótimo de Pareto: uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra. O mesmo se aplica ao princípio da necessidade. Esse princípio requer que um dos dois meios de promover P1, que sejam, em um sentido amplo, igualmente adequados, deva ser escolhido aquele que interfira menos intensamente em P2. Se há um meio menos intensamente interferente e que seja igualmente adequado, pode-se melhorar a posição de alguém sem qualquer custo para outros. (ALEXY, 2003).

Assim, uma eventual colisão de direitos fundamentais se resolveria em favor do princípio, do direito fundamental de meio menos gravoso, alcançando uma otimização, uma utilidade das partes.

Por conseguinte, a AED e seus preceitos e contribuições de cunho econômico poderiam ser inseridas e utilizadas, não para afastar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, mas para, por exemplificação, resolver eventuais conflitos entre direitos ou princípios fundamentais colidentes.

Tendo como pano de fundo as considerações iniciais acerca dos conceitos da subcontratação, das atividades meio e fim, da Análise Econômica do Direito e alguns apontamentos, no próximo tópico analisar-se-á a proposição tema do artigo no tocante à utilização e aplicação da AED no ramo das subcontratações.

2. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NA SUBCONTRATAÇÃO. UM ENFOQUE NAS ATIVIDADES MEIO E FIM.

Considerando: que não há legislação formalizada efetiva (exceto Lei n. 6.019/1974 e algumas leis esparsas de menor peso) sobre a subcontratação, mas um precedente jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 331); que a indefinição legislativa pode gerar controvérsia sobre a determinação de quais as atividades seriam inseridas dentro da atividade meio da empresa e quais seriam proibidas à luz da legislação laboral, a Análise Econômica do Direito pode ser um instrumento eficaz e de melhoramento para a solução das lacunas e demandas, não só trabalhistas, mas tributárias e civis envolvendo a atividade meio e fim nas subcontratações.

Verifica-se o estudo já realizado sobre a possibilidade e viabilidade da utilização e aplicação da Análise Econômica do Direito no âmbito laboral (YEUNG, 321), que embora controvertido na doutrina (GAROUPA e GINSBURG P. 148), pode gerar contribuições à luz de seus pressupostos constituidores.

A AED pode ser implementada ao direito contratual (POSNER, CHAPTER 4, p.94 e SS. e MACKAAY E ROSSEAU, p. 506 e 507), conquanto um primeiro exercício de raciocínio há uma possibilidade real de aplicabilidade no tocante âmbito da subcontratação e terceirização.

Não somente no âmbito contratual empresarial, mas também nas repercussões da relação empregatícia e seus desdobramentos (YEUNG, 322), inclusive previdenciários (tributários), contribuindo, não só metodologicamente, mas para uma possível compreensão otimizada, em virtude das mais variadas lacunas existentes, mormente a falta de legislação e a consequente adequação dessa realidade pelo poder judiciário.

Nesse front é que se propõe a discussão sobre a AED e as questões relacionadas às atividades meio e fim, como, por exemplo, suas consequentes responsabilidades em relação às partes envolvidas, quais sejam a empresa prestadora do serviço e a empresa tomadora e claro a mão de obra utilizada.

Conforme explicitado, não há pretensão de esgotamento do tema proposto, mas a busca de um ensaio acerca da possibilidade da utilização da AED no tocante à subcontratação e nas atividades meio e fim.

2.1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E AVERIGUAÇÃO DE SUPRESSÃO DE DIREITOS DE PROFISSIONAIS

Uma das principais críticas da subcontratação das atividades fim de uma empresa seria a possibilidade de fraudes no contrato de trabalho (LÓPES E DE LA ROSA p. 715), vez que o vínculo de emprego (vínculo jurídico laboral), assim como as obrigações seriam repassadas ao prestador do serviço e não permanecendo com o tomador (NASCIMENTO, p.625).

Nessa esteira, não há legislação formalizada acerca da proibição ou não da subcontratação das atividades fim nas organizações, mas uma imposição de responsabilidade direta com o tomador do serviço por um precedente jurisprudencial, a Súmula 331 editada pelo Superior Tribunal do Trabalho.

O objetivo desses apontamentos seria o de Analisar Economicamente o Direito no tocante as implicações empíricas da subcontratação da atividade fim, uma vez que a atividade meio Brasil, via de regra, não implicaria a responsabilidade direta do tomador pelas obrigações laborais do colaborador subcontratado. (Súmula n. 331, III).

Um exercício interessante seria o de intuir como seria uma aplicação de legislação proposta no projeto de Lei n. 4.330 de 2004, em trâmite para eventual aprovação da Legislação que visa regulamentar a terceirização e de quais as razões para o seu proposto conteúdo normativo.

Na AED, um exercício interessante para contribuir com o debate em torno das subcontratações das atividades fim e sua deturpação das leis trabalhistas seria o de, justamente, questionar se toda e qualquer terceirização das atividades fim geraria espécie de fraude. Utilizando-se da *public choice*, uma visão mais cética e *pessimista dos fenômenos democráticos* (MACKAAY E ROUSSEAU, TRADUÇÃO SZTAJAN, 179) dessa defesa veemente laboral.

Exemplificando e posteriormente apresentando uma proposição. No Brasil, houve notória e organizada movimentação sindical em abril de 2015 noticiada pela mídia (PORTAL O GLOBO E TERRA, 2015) contra o projeto de lei da subcontratação. Numa tentativa de aplicação da *public choice*, propõe-se uma indagação acerca desse interesse geral sindical profissional contra a terceirização: Com a regulamentação da terceirização, os sindicatos profissionais perderiam a arrecadação das contribuições sindicais respectivas dos trabalhadores terceirizados? O raciocínio da *public choice* seria visualizado no interesse (fiscal) de arrecadação de contribuições previdenciárias pelo estado, posto que se o governo temer ou crer na perda de valores, evidente que tomará tese contrária à regulamentação de eventual possibilidade das subcontratações das atividades fim.

Nesse contexto, interessante a conclusão de Ivo Gico no tocante à possibilidade de se utilizar a AED como método para uma busca de solução às controvérsias atinentes à possibilidade de se subcontratar a atividade fim:

Do exposto é possível se concluir que existe um amplo espaço dentro da metodologia jurídica atual para técnicas que auxiliem o jurista a melhor identificar prever e explicar as consequências sociais de escolhas políticas imbuídas em legislações (ex ante) e decisões judiciais (ex post). (GICO JR, TIMM, pág. 30).

Embora genérica a conclusão, ela se coaduna com o tema proposto, justamente para a possibilidade de utilização da AED no contexto subcontratual colidente, ora proposto. Por óbvio com as limitações inerentes que o tema pressupõe.

De outra banda, a Análise Econômica do Direito seria útil, se houvesse um apanhado empírico das decisões judiciais específicas sobre as subcontrações e respectivas consequências para trabalhadores e empregadores diretos ou tomadores. Nesse sentido a Análise Econômica do direito possui ferramentas para mensuração da eficiência, da qualidade de unidades produtivas. Nesse sentido, um estudo já foi realizado por Luk Tai Yeung que se utilizou da Análise Envoltória de Dados (DEA) para traçar um quadro qualitativo (YEUNG, TIMM, p. 335) de eficiência dos Tribunais Regionais do Trabalho no Brasil, o qual se irá referendar a seguir.

A Análise Envoltória de Dados (*Data Envelopment Analysis – DEA*) pode ser definida como uma metodologia matemática para mensuração de eficiência de determinadas unidades de produção (MELLO, 2005).

Segundo YEUNG:

A Análise Envoltória de Dados é uma das metodologias de análise baseadas em cálculos de fronteiras de produção, firmemente embasados na teoria microeconômica tradicional. (...) A DEA não assume um conhecimento *a priori* da função de produção em questão. O que ela faz é identificar o(s) melhor(ES) desempenho(s) dentre todas as unidades observadas, gerar uma fronteira com base nos melhores e avaliar o desempenho das outras unidades através da comparação dos desvios com relação á fronteira gerada.(YEUNG, TIMM, p. 330/331).

Tendo em vista os conceitos supra e o entendimento que esse instrumento econômico tem o condão de mensurar a eficiência de unidades produtivas, como ele poderia ser aplicado na subcontratação?

Trançando um paralelo com a pesquisa de YEUNG, no tocante aplicação da DEA para a análise da eficiência do poder judiciário frente às lides e as suas reformas decisórias (YEUNG, 337), a referida ferramenta econômica também poderia ser útil para projetar, através de uma profícua coleta de dados (decisões judiciais e quantificação de demandas judiciais) a eficiência das lides específicas cujo objeto é relativo à subcontratação, no tocante ao(s) ganho(s) efetivo(s) dos profissionais autores dessas demandas.

De mesmo modo, a DEA serviria de instrumento para projeção de eficiência nas lides em que organizações empresariais obtiveram algum êxito, por exemplo, eventual descaracterização pelo poder judiciário de uma atividade terceirizada postulada como fim (atualmente proibidas por precedente jurisprudencial, Súmula 331 do TST) em uma hipotética lide, para confirmação de que tal atividade seria uma atividade meio (atualmente permitida por precedente jurisprudencial, Súmula 331 do TST).

A Análise Envoltória de Dados poderia, através de coleta de dados, balizar e calcular a projeção da eficiência da oferta de postos de trabalho num ambiente propício à subcontratação. Poder-se-ia, através das mencionadas coleta de dados e aplicação da DEA, projetar a eficiência da arrecadação fiscal para o governo federal nas lides que envolvam diretamente a terceirização, vez que há um viés previdenciário (tributário) envolvido, dado que as contribuições previdenciárias podem ser executadas na justiça especializada do trabalho, conforme preceitua o artigo, 114, VIII da Constituição da República Federativa do Brasil.

Não se olvide das limitações da DEA, uma vez que pode haver desvios nos cálculos, gerando disparidade de coeficientes e indexadores (YEUNG, 317). Há de se reconhecer de que as limitações estão presentes, como na própria Análise Econômica do Direito (GICO, 31).

Conquanto, repise-se que não é o intuito do presente recorte o esgotamento de qualquer abordagem apontada acerca da Análise Econômica do Direito, mas integrar uma ideia de inseri-la como uma possível contribuição da AED e suas ferramentas para a controvertida questão da subcontratação no Brasil e seus diversos efeitos nas partes envolvidas na terceirização.

CONCLUSÃO

O artigo objetivou abordar um viés específico da terceirização, as atividades fim e meio, correlacionando-o com o Direito Econômico, através da possibilidade de aplicação da Análise Econômica do Direito, para, dentre outros objetos, a solução de eventuais controvérsias.

Após a definição dos institutos albergados pelo presente estudo, houve a apresentação dos temas propostos frente ao referencial teórico pesquisado.

Colocaram-se posições contrárias e favoráveis à Aplicação da AED no direito nacional, mormente os aspectos de que suas raízes são diferentes das do país originário, o qual seja o *Common Law*.

Aventou-se, inclusive um paralelo com o estudo com a possibilidade do instituto do *balanceamento* para a solução de conflitos de direitos fundamentais, utilizando-se como embasamento um texto de Robert Alexy. A formação da proposição foi apresentada para contrapor-se às opiniões críticas, referidas no corpo do artigo, à utilização da Análise Econômica do Direito como método de interpretação aos direitos fundamentais e indisponíveis. Embora um dos ramos a se analisar na subcontratação, o direito do trabalho ser considerado indisponível, elencou-se a possibilidade fundamentada da aplicação da AED nessa seara do direito.

Tais apresentações e inserções tiveram o condão de preparar e fundamentar a eventual possibilidade e cabimento da utilização da metodologia da Análise Econômica do Direito no âmbito da terceirização, precisamente no que concerne as atividades meio e fim.

Como já referendado no corpo do texto, o presente artigo não teve a pretensão de esgotar, tampouco esmiuçar todo o conteúdo dos temas abordados, mas, tratando-se de um recorte, apresentar, de forma brevemente fundamentada, a possibilidade de contribuição do instituto da Análise Econômica do Direito para a conturbada e controvertida subcontratação no Brasil.

Com o artigo apresentou-se a AED como ferramenta metodológica, com o fim de auxiliar os operadores do direito, bem como auxiliar os agentes públicos, dado que na atualidade a matéria afeta à terceirização carece de legislação positivada, sendo que as eventuais pendências são resolvidas por alicerce jurisprudencial.

Através de estudos já realizados, foi proposta a aplicabilidade da *Law and Economics* para sanar eventuais dúvidas e discórdias acerca da terceirização das atividades fins, as quais, inclusive possuem previsão no Projeto de Lei n. 4.330/2004.

Diante do tumulto de opiniões que traduz, por óbvio, um grande número de interesses conflitantes a Análise Econômica do Direito viria a somar, agregando conteúdo e possíveis orientações através de seus mecanismos de interpretação.

Embora haja limitação na sua utilidade, fato já devidamente reconhecido por seus próprios defensores, isso não significa que a Análise Econômica do Direito não possa contribuir para os mais variados efeitos jurídicos da subcontratação, entre as partes, pessoas naturais e jurídicas, inserindo-se nessa categoria o próprio Estado, seja como agente arrecadador, seja até como tomador do serviço.

Desse modo, em um ambiente jurídico carente de legislação positivada, há de se considerar e pesquisar todas as metodologias úteis a fim de que se possam resolver os conflitos e pendências de forma mais equânime, justa e eficiente para todos os envolvidos nessa relação jurídica de subcontratação.

Conquanto, a Análise Econômica do Direito, instituto este já não tão novel neste mundo globalizado, seria um importante alicerce de auxílio na construção de entendimentos, posicionamentos jurisdicionais e até de elaboração de uma norma eficiente que atenda de forma justa e equânime com respeito aos princípios jurídicos e aos objetivos de uma proposição jurídica verdadeira à época que se vive.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**, Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, disponível em <http://docslide.com.br/documents/robert-alexey-direitos-undamentais-balanceamento-e-racionalidadepdf.html> Acesso Dezembro/2015;

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**, Tomo I e II. 4ª Edição Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2008;

DA ROSA, Alexandre Morais e LINHARES, José Manuel Aroso, **Diálogos com a Law and economics**, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2011;

DELGADO; Mauricio Godinho. **Curso de Direito Do Trabalho**, 5ª Edição, São Paulo, Editora LTr. 2006;

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, **Manual de Direito do Trabalho**, 2ª Edição, Método, São Paulo, 2010;

GAROUPA, Nuno, GINSBURG, Ton, **Análise Econômica Do Direito Comparado**, Tradução, Fabrício Loureiro de Carvalho Freitas, Direito e Economia No Brasil, Organizador Luciano Benetti Timm 2ª Edição, São Paulo, Atlas, 2014;

GICO JR, Ivo, **Introdução ao Direito e a Economia, Direito e Economia No Brasil**, Organizador Luciano Benetti Timm 2ª Edição, São Paulo, Atlas, 2014;

GIRARDI, Dante, **A Terceirização Como Estratégia Competitiva nas Organizações**, 1ª Edição, Florianópolis, 2006.

LAUDA, Bruno Bolson, **A Análise Econômica Do Direito: uma dimensão da crematística no Direito**, disponível em :

<http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/download/7026/4244>
Acesso em 12/2015

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvares, **Derecho Del Tabajo**, 10ª Edição, *Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S/A*; Espanha 2002;

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane, **Análise Econômica do Direito**, tradução Rachel Sztajn, 2ª Edição, São Paulo, Atlas, 2015;

MAUÉS, Antonio Moreira, **Jogando com os Precedentes: Regras, Analogias, Princípios**, Revista Direito GV 16, jul/dez de 2012, disponível em Scielo, acesso em dezembro 2015.

MELLO, João Carlos Correia Baptista Soares de, **Curso de Análise Envoltória de Dados**, XXXVII Simpósio Brasileiro de Pesquisa Operacional, 2005, disponível em www.uff.br/decisao/sbpo2005_curso.pdf acesso em dezembro 2015;

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**, 23ª Edição, São Paulo, Saraiva, 2008;

O GLOBO, Portal <http://oglobo.globo.com/economia/terceirizacao-sindicatos-organizam-protestos-em-25-capitais-15867267> Acesso Em Dezembro 2015;

POLONIO, Wilson Alves, **Terceirização, Aspectos Legais, Trabalhistas e Tributários**, 1ª Edição, São Paulo, Atlas, 2000;

POSNER, Richard A., **Law and Economics**, 7a Edição, Aspen Publishers, Nova Iorque, 2007;

PROJETO DE LEI N. 4.330 de 2004 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9A9FF889A47812425AB42DD5322AAB13.proposicoesWeb2?codteor=246979&filename=PL+4330/2004 Acesso DEZEMBRO 2015;

SOUZA, Whashington Peluso Albino, **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, 5ª Edição, LTr, São Paulo, 2003;

TERRA, Portal <http://noticias.terra.com.br/brasil/sindicatos-promovem-atos-em-16-estados-contra-terceirizacao,e48bf6e4adcbc410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html> ACESSO DEZEMBRO 2015;

YEUNG, Luciana Luk-Tai, **Análise Econômica do Direito do Trabalho**. *in* Direito e Economia No Brasil, Organizador Luciano Benetti Timm 2ª Edição, São Paulo, Atlas, 2014;