

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO NA ATIVIDADE-FIM:
O VALOR SOCIAL DA LIVRE INICIATIVA E
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA¹**

Gabriela Neves Delgado² e Helder Santos Amorim³

“A Constituição da República não deixa ao legislador infraconstitucional margem de ação para instituição ou autorização da terceirização na atividade-fim das empresas, seja em face da alta densidade de conteúdo das regras dos arts. 7º a 11 do Texto Constitucional, que conferem uma proteção constitucional específica ao trabalhador, dotada de integração à empresa e de pretensão de continuidade do vínculo de trabalho, seja em face dos princípios constitucionais que asseguram os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República (Constituição, art. 1º, IV), a função social da propriedade e da empresa como fundamento da ordem econômica (art. 170, III) e o primado do trabalho como base de toda ordem social (art. 193)”.

A permissão constitucional à terceirização na atividade-meio das empresas, assim como ocorre no âmbito da Administração Pública, tem por pressuposto viabilizar que o empreendedor dedique seus recursos à realização de sua atividade finalística, seu *core business*, a fim de racionalizar o aproveitamento do tempo e das energias institucionais com máxima eficiência administrativa.

A leitura integrada das regras constitucionais que regulam a proteção ao regime de emprego (arts. 7º a 11) e que regulam a contratação de serviços na atividade-meio (arts. 37, XXI, e art. 170, § 1º, III) conduzem à conclusão de que a terceirização, por sua repercussão restritiva ao emprego direto com o beneficiário final da mão de obra, regime este socialmente mais protegido, somente se legitima, excepcionalmente, na

¹ Este artigo científico, submetido ao “**Dossiê: Não ao PL 4330 da Terceirização**” do Blog da Boitempo, integra a obra de: DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. (no prelo).

² Professora Adjunta de Direito do Trabalho dos Programas de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Líder do Grupo de Pesquisa *Trabalho, Constituição e Cidadania* (UnB – CNPq). Advogada.

³ Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Procurador do Trabalho. Professor de Direito Constitucional na Escola Superior Dom Helder Câmara. Membro do Conselho Editorial do Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU.

medida indispensável à promoção daquelas finalidades gerenciais, tornando-se ilegítima a sua prática além dessa medida, ou seja, na atividade-fim empresarial.

Nesse espaço da atividade-fim, a Constituição reserva à empresa a **função social de promover emprego direto com o trabalhador, com máxima proteção social, tendo em conta a dupla qualidade protetiva desse regime de emprego**: uma proteção temporal, que remete à pretensão de máxima continuidade do vínculo de trabalho, e uma proteção espacial, de garantia de integração do trabalhador à vida da empresa.

A **proteção temporal** decorre do *princípio da continuidade da relação de emprego*⁴ que, segundo Arnaldo Süssekind, se encontra historicamente assentado em diversos direitos previstos no art. 7º da Constituição, tais como, a *indenização compensatória em caso de dispensa injusta (inc. I)*; o *seguro-desemprego (inc. II)*; o *levantamento dos depósitos do FGTS (inc. III)* e o *aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (inc. XXI)*.

Ademais, ainda denotam a pretensão de continuidade do vínculo de emprego o direito a “*férias anuais remuneradas*” (art. 7º, XVII), cujo gozo depende da prestação de trabalho em sucessivos períodos aquisitivos e concessivos, e o direito à “*aposentadoria*” (art. 7º, XXIV), instrumento de proteção social que se submete à condição aquisitiva de “*trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher*” (art. 201, § 7º, 1º).

A eficácia desses direitos depende da longevidade dos vínculos de emprego.

Por sua vez, a **proteção espacial**, de máxima integração do trabalhador à vida da empresa e de valorização da relação direta entre o obreiro e o empreendimento beneficiário final de sua mão de obra, se revela na noção constitucional de **categoria profissional**, sobre a qual repousa o modelo de organização sindical concebido pela Constituição (art. 8º), e que pressupõe um vínculo de solidariedade entre os empregados que laboram em favor de um determinado empreendimento econômico, como condição para o exercício da coalização profissional.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. Vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 407.

A Constituição também revela pretensão de máxima integração do trabalhador ao empreendimento econômico no inciso XI do seu art. 7º, quando garante ao trabalhador a “*participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei*”, direito cuja eficácia depende da solvabilidade econômica da empresa e de seu desenvolvimento institucional, para gerar lucros e resultados.

E, por fim, a Constituição prestigia a integração do trabalhador à empresa como premissa de efetividade das normas de proteção à sua saúde e segurança, direito fundamental previsto em seu art. 7º, XXI, cuja eficácia também depende da estabilidade da presença do trabalhador no mesmo ambiente laboral.

Daí que, exercendo a terceirização forte efeito desagregador da presença do trabalhador na vida da empresa e fragmentador da continuidade do vínculo de emprego, promovendo alta rotatividade contratual, acaba por esvaziar a eficácia desses elementos constitucionais, de proteção espacial e temporal, inerentes à relação de emprego. E por impor essas restrições protetivas, a terceirização é mecanismo que a Constituição reserva apenas excepcionalmente ao espaço da atividade-meio da empresa, como um mecanismo gerencial voltado a viabilizar que o empreendimento possa se dedicar à sua atividade finalística, para nela promover o emprego direto e maximamente protegido.

Nesse contexto, a terceirização praticada na atividade-fim da empresa, sendo prática inconstitucional, também acaba por afastar a legitimidade da terceirização em sua atividade-meio, já que a empresa dela não se utiliza para se dedicar à sua vocação essencial, ao final também terceirizada.

Nesse sentido, quando a Súmula 331 do TST, interpretando a ordem jurídica, reputa inválido o contrato de terceirização em atividade-fim e reconhece a relação de emprego direta entre o trabalhador e o empreendedor beneficiário final de sua mão de obra (item I), ao mesmo tempo em que protege o regime de emprego direto na atividade-fim, também afirma o princípio constitucional da função social da empresa, como um corolário da função social da propriedade privada.

A função social da propriedade, proclamada no art. 5º, XXIII, da Constituição da República, é cláusula constitucional que condiciona o exercício do direito de propriedade ao cumprimento de objetivos sociais, conformando essa liberdade

individual a um conteúdo promocional de justiça em respeito à matriz do Estado Democrático de Direito.

O art. 170, III, da Constituição, ao proclamar a **função social da propriedade** como um dos princípios da ordem econômica, estende essa função à propriedade dos bens de produção, ou seja, à empresa, atribuindo-lhe um papel social promotor de justiça social, especialmente por meio da geração de emprego de qualidade, como veículo de afirmação social do trabalho e da livre iniciativa⁵.

José Afonso da Silva, correlacionando essa função social da empresa com a “*valorização do trabalho humano*” (art. 170, caput), a “*defesa do consumidor*” (V), a “*defesa do meio ambiente*” (VI), “*a redução das desigualdades regionais e sociais*” (VII) e a “*busca do pleno emprego*” (VIII), como princípios da ordem econômica, identifica sua direta implicação com a propriedade dos bens de produção, especialmente imputada à empresa, por meio da qual se realiza e efetiva o poder econômico⁶.

É o que ensina o festejado constitucionalista:

“(…) a iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao **‘princípio da função social’, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social**, bem se vê que a ‘liberdade de iniciativa’ só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica”⁷ (Grifos acrescidos).

O esclarecimento do conteúdo exato desse princípio de função social da empresa é questão que sempre demanda a análise da norma diante do caso concreto, como é próprio à compreensão do conteúdo normativo dos princípios jurídicos. Mas, no que diz

⁵Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado destacam que o *princípio da subordinação da propriedade à sua função socioambiental*, reconhecido pelo Texto Máximo de 1988, determina “ter essa propriedade de se submeter e cumprir efetivas funções de caráter social e de caráter ambiental”. Para os autores, “o uso egoístico da propriedade não encontra respaldo na ordem jurídica, uma vez que ela tem de respeitar e cumprir práticas respeitadas e valorizadoras do ser humano, da vida social e do meio ambiente”. A respeito do tema, consultar: DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 305.

⁶SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 745.

⁷*Idem. Ibidem.*

respeito à posição jurídica da empresa em relação ao trabalho, a Constituição já oferece vários elementos identificadores do seu conteúdo.

É esclarecedora, para esse fim, a leitura do art. 186 da Constituição, que estabelece o condicionamento social da propriedade rural como critério de exclusão de sua desapropriação por interesse social (art. 184), uma regra jurídica que, apesar de destinada à propriedade rural, confere excelente parâmetro de concretude ao princípio, em todas as instâncias da atividade econômica. Diz a norma:

“A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. (Grifos acrescentados).

Ao condicionar o exercício da função social da propriedade rural à observância das normas de proteção ao trabalhador e a uma exploração que favoreça o bem-estar do trabalhador, a Constituição revela uma exigência social aplicável a qualquer empreendimento econômico, na medida em que, em seu art. 7º, institui o regime de emprego protegido, destinado indistintamente a “*trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (art. 7º, *caput*)⁸.

Sob essa lógica, a Constituição atribui também à empresa urbana, como função social, a observância das normas de proteção ao trabalhador e uma exploração que, portanto, também favoreça seu bem-estar.

A prática da terceirização na atividade-fim esvazia a dimensão comunitária da empresa, pois a radicalização desse mecanismo pode viabilizar a extrema figura da **empresa sem empregados**, que terceiriza todas as suas atividades, eximindo-se, por

⁸DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 306.

absoluta liberalidade, de inúmeras responsabilidades sociais, trabalhistas, previdenciárias e tributárias.

Estivesse ao livre arbítrio do empreendedor a prática irrestrita da terceirização, sem os condicionamentos constitucionais, o empresário poderia, por exemplo, eximir-se do cumprimento das normas convencionais de sua respectiva categoria econômica, quando bem lhe entendesse, por meio da contratação de serviços, com a conseqüente transferência dos trabalhadores para uma categoria profissional diferente, com menor poder de reivindicação, esvaziando com isso o valor constitucional da organização sindical como veículo de afirmação da coalizão profissional, pela melhoria das condições sociais dos trabalhadores (Constituição, art. 7º, XXVI, e 8º, VI).

Da mesma forma, poderia o empreendedor utilizar a terceirização para inviabilizar ou fragilizar o movimento grevista, quando lhe aprouvesse, esvaziando o sentido constitucional da greve, como legítimo direito de reivindicação coletiva por melhores condições de trabalho (Constituição, art. 8º).

Terceirizando todas as suas atividades, o empresário poderia se eximir, por pura liberalidade, de participar de políticas sociais constitucionais determinantes para o cumprimento da função social da empresa, fundadas em obrigações cuja incidência é determinada pelo número de empregados da empresa. A exemplo, poderia a empresa inviabilizar a incidência do art. 11 da Constituição, que prevê o direito dos trabalhadores à eleição de um empregado representante nas empresas com mais de duzentos empregados⁹.

Reduzindo artificialmente seu quadro de empregados, por meio da terceirização irrestrita, a empresa também poderia se isentar de participar da política social de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, conforme previsto no art. 24, XII, da Constituição. No plano legal, essa política social se faz por meio da obrigatoriedade da admissão de pessoas com deficiência, destinada às empresas com mais de 100 empregados, e proporcionalmente ao seu número de empregados, conforme previsto no art. 93 da Lei n. 8.213/1991. Diz a norma:

⁹ Constituição Federal de 1988, art. 11: “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

“A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados: 2%;II - de 201 a 500:3%;III - de 501 a 1.000: 4%; IV - de 1.001 em diante: 5%”.

Se pudesse terceirizar irrestritamente, o empreendedor exerceria com potestade a escolha entre submeter-se ou não a essa política social, o que seria incompatível com o pressuposto de eficácia das normas constitucionais.

Essa política pública de inserção da pessoa com deficiência no ambiente de trabalho é de tão alta relevância constitucional, como instrumento de afirmação da cidadania, que em seu art. 37, VIII, a Constituição determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, dispositivo hoje regulamentado pela Lei n. 7.853/1989, cujo Decreto n. 3.298/1999, em seu art. 37, assegura a reserva de percentual de *cinco por cento das vagas oferecidas em concursos públicos a pessoas com deficiência*¹⁰.

A irrestrita liberdade de contratar a terceirização, no âmbito das empresas públicas, por exemplo, viabilizando a ampla substituição de empregados públicos por trabalhadores terceirizados em sua atividade-fim, esvaziaria o sentido daquela norma constitucional que determina a inclusão de pessoas com deficiência nos empregos públicos.

Ademais, socorrendo-se da terceirização em atividade-fim, a empresa privada ainda poderia isentar-se de participar da política social de inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho, que tem assento no art. 227 da Constituição, como mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização.

Esse direito encontra-se legalmente conformado na obrigatoriedade empresarial de contratação de uma cota de trabalhadores aprendizes, “*equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada*

¹⁰ Decreto n. 3.298/1999, art. 37: “Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. § 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida. § 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente”.

estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional”, os quais devem ser matriculados nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem, tal como previsto no art. 429 da CLT.

Além disso, a empresa que pudesse esvaziar artificialmente seu quadro de empregados por meio da terceirização na atividade-fim, se isentaria de participar diretamente do financiamento da previdência social, por meio da contribuição sobre a folha de pagamento prevista no art. 195, I, *a*, da Constituição.

A empresa que optasse por terceirizar toda a sua atividade finalística participaria apenas indiretamente da contribuição à Previdência, através das empresas prestadoras de serviços, reduzindo consideravelmente essa participação, haja vista que a terceirização, conforme visto nos itens anteriores, pressiona a redução remuneratória, pressionando, por conseguinte, a redução da contribuição empresarial e obreira à previdência social. Em larga escala, isso ensejaria impacto destrutivo sobre o sistema previdenciário, em evidente prejuízo à sociedade.

A redução remuneratória, em larga escala, na atividade-fim da empresa, também implicaria redução das contribuições ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prejudicando esse programa social voltado ao financiamento de políticas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, que beneficiam a sociedade em geral e, em especial, a população de baixa renda, fragilizando essa relevante função social da empresa.

A empresa vazia de empregados também se isentaria de participar de importantes programas sociais previstos na Constituição, ao deixar de contribuir para o programa do salário-educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição, como fonte de custeio da educação básica; deixando de participar do programa do salário-família, previsto no art. 7º, XII, da Constituição, e se isentando de contribuir para o Programa de Integração Social, que financia o seguro-desemprego, na forma do art. 239 da Constituição.

Observe-se que em todos esses casos exemplificados, a eficácia das respectivas normas constitucionais instituidoras de políticas e programas sociais estaria inteiramente submetida ao arbítrio do destinatário da norma, que, optando por terceirizar a sua

atividade-fim, esvaziaria ou reduziria drasticamente o conteúdo de sentido desses direitos sociais, negando-se ao fim a sua própria eficácia.

Isso afrontaria toda a expectativa constitucional de interpretação das normas instituidoras dos direitos sociais, as quais, conforme lição de Canotilho, desafiam uma interpretação que delas extraia o máximo conteúdo de realização:

“As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam, além disso, uma ‘interpretação’ das normas legais de modo conforme com ‘a constituição social económica e cultural’ (p.ex. **no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social, deve seguir-se a interpretação mais conforme com a efectiva realização deste direito**)”¹¹ (Grifos acrescidos).

Foi exatamente nesse sentido que o STF agiu, no julgamento da medida cautelar em ADIn n. 1.675-1/DF, ao considerar plausível a alegação de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 1539-35, de 4.9.1997, que autorizava o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral.

Nesse caso, o STF entendeu que a Constituição, em seu art. 7º, XV, ao prever o repouso semanal remunerado “*preferentemente aos domingos*”, não permite o esvaziamento da norma constitucional de preferência, em relação às quais as exceções devem ser estabelecidas pelo legislador ordinário sob critérios objetivos e razoáveis, não podendo ser convertidas em regra, a arbítrio único e exclusivo do empregador. É o que diz a seguinte passagem do julgado, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

“II. Repouso semanal remunerado ‘*preferentemente aos domingos*’ (CF, art. 7º, XV): histórico legislativo e inteligência: arguição plausível de conseqüente inconstitucionalidade do art. 6º da M. Prov. 1539-25/97, o qual – independente de acordo ou convenção coletiva – faculta o funcionamento aos domingos do comércio varejista: medida cautelar deferida.

A Constituição não faz absoluta a opção pelo repouso aos domingos, que só impôs preferentemente; a relação daí decorrente não pode, contudo, esvaziar a norma constitucional de preferência, em relação à qual as exceções – sujeitas à razoabilidade e objetividade dos seus critérios – não

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 478.

pode converter-se em regra, a arbítrio unicamente do empregador”. (ADIn 1.675-1/DF, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, D.J. 19.09.2003) (Grifos acrescidos).

Essa ADIn perdeu o objeto por força da não conversão da Medida Provisória em lei, mas deixou essa magistral lição que se revela de suma importância à compreensão da matéria em debate.

Sob esse prisma, da efetividade de direitos, outra relevante função social constitucionalmente atribuída à empresa, sob incentivo do Estado, e que poderia ser profundamente esvaziada pela prática da terceirização na atividade-fim, diz respeito à política de desenvolvimento científico, de pesquisa e capacitação tecnológicas, prevista no art. 218 da Constituição.

Segundo o § 4º desse dispositivo, a lei deve apoiar e estimular as empresas que invistam em formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Essa norma constitucional possui evidente cunho protetivo do desenvolvimento humano e profissional do trabalhador, e integrativo do trabalhador na vida da empresa, demandando do legislador uma atuação que incentive a empresa a constituir veículo de promoção social do homem que sobrevive do trabalho, como instrumento de afirmação da cidadania.

A terceirização em atividade-fim, como mecanismo de fragmentação institucional da empresa, destituiria a sociedade desse espaço constitucional de aperfeiçoamento pessoal e profissional do trabalhador, desvinculando a empresa de sua vocação constitucional promotora de justiça social.

É nesse sentido que José Afonso da Silva apreende a função constitucional social da livre iniciativa e, portanto, da empresa, como veículo de promoção do trabalho humano, e não apenas como instrumento de satisfação dos interesses pessoais do empresário. Em passagem citada no acórdão da ADIn 319-4/DF, do STF, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, o prestigiado constitucionalista assim registra:

“Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (...). Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. **É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.**¹²” (Grifos acrescentados).

Ou seja, a concepção egoística de “iniciativa privada” ou de “livre iniciativa” não possui, dessa maneira, respaldo na Constituição da República.

Nesse sentido, a prática da atividade-fim implica absoluta negação da função social constitucional da empresa, na medida em que submete o *valor social do trabalho* ao interesse do lucro, como um fim em si mesmo, desfigurando o *valor social da livre iniciativa*, em violação ao princípio fundamental da República consagrado no art. 1º, IV, da Constituição.

A respeito do **valor social da livre iniciativa** como fundamento da República, é esclarecedora a interpretação constitucional levada a cabo pelo STF no julgamento da ADIn 1.950-3/SP, em que a Corte, apreciando alegação de inconstitucionalidade de uma lei estadual que concedia meia-entrada a estudantes em eventos culturais e desportivos, reconheceu a livre iniciativa como uma liberdade que ultrapassa o liberalismo econômico, na medida em que “*ela é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho*”¹³.

Segundo o acórdão da lavra do Ministro Eros Grau, “**o art. 1º, IV, do texto constitucional, enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor**

¹²SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 789 e 794. Passagem citada no acórdão da ADIn 319-4/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, D.J. 30.04.1993.

¹³ STF, Pleno, ADIn 1.950-3/SP, Rel. Min. Eros Grau, D.J. 02.06.2006, Ementário 2.235-1.

social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa” (art. 1º, IV)”¹⁴. Ou seja, para o julgado em destaque, não há espaço na Constituição para uma visão individualista e unilateral de livre iniciativa, porém essencialmente seu reconhecimento enquanto valor efetivamente social, ao invés de egoístico e antissocial.

No mesmo julgado do STF, o relator, Ministro Eros Grau, enfatiza idêntico destaque no Título VII da Constituição, que trata da Ordem Econômica e Financeira. De fato, o art. 170, *caput*, do Texto Máximo da República “*coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando, porém, no sentido de que o primeiro seja valorizado*”.

Note-se, na topografia constitucional, que o Texto Máximo da República é até mesmo pedagógico, de maneira a evitar a distração, a insensibilidade ou a própria atecnia do intérprete: a livre iniciativa vem sempre ao lado, **mas depois**, do valor trabalho, sendo considerada notadamente como **valor social**, ao reverso de ser mera prerrogativa e pretensão egoística e darwinista. É o que resulta manifesto dos textos do art. 1, IV, e art. 170, *caput* e incisos III, VII e VIII da Constituição.

A terceirização em atividade finalística, pelo contrário, ao colocar o lucro acima do valor constitucional da proteção ao trabalho, reduz a livre iniciativa a expressão pura do interesse individual do empreendedor, submetendo o trabalho à sua exploração predatória, numa lógica desproporcional com qualquer noção de Estado Democrático de Direito e seus princípios constitucionais constitutivos. Na verdade, uma lógica que, por sua exarcebção e desequilíbrio, conspira contra a própria preservação do sistema capitalista.

É exatamente nesse sentido que o acórdão do STF, proferido na referida ADIn 1.950-3/SP, citando lição de Avelãs Nunes, expressa a relevância da intervenção política no campo econômico, como fator de segurança do próprio capitalismo:

“É necessário considerarmos, de outra banca, como anota Avelãs Nunes, que a intervenção do Estado na vida econômica consubstancia um redutor de riscos tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos, com um princípio de segurança: ‘A intervenção do Estado não

¹⁴ STF, Pleno, ADIn 1.950-3/SP, Rel. Min. Eros Grau, D.J. 02.06.2006, Ementário 2.235-1. (Grifos acrescidos).

poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou um desvio imposto aos próprios objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista”. Vale dizer: a chamada intervenção do Estado no domínio econômico não é apenas adequada, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado. Não é adversa à lógica do sistema, que em verdade não a dispensa como elemento da sua própria essência.” (STF, Pleno, ADIn 1.950-3/SP, Rel. Min. Eros Grau, D.J. 02.06.2006, Ementário 2.235-1)

Nessa perspectiva, a irrestrita liberdade de contratar a terceirização na atividade-fim da empresa, se admitida fosse, constituiria fator de profundo desequilíbrio do próprio sistema capitalista, ao sobrepor o interesse individual do empresário à função social da empresa, que somente se realiza por meio da necessária intervenção estatal no domínio econômico.

A função social, conforme assinala Pedro Escribano Collano, “*introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo*”¹⁵ (Grifos acrescidos).

Daí que a liberdade do empreendedor no sentido de contratar a terceirização como corolário da autonomia privada, além do condicionamento constitucionalmente imposto pelos direitos fundamentais dos trabalhadores, conforme estudado no item anterior, também se sujeita a condicionamentos ditados pela própria **função social do contrato**. A figura contratual, como se sabe, embora seja manifestação da autonomia das partes, sujeita-se também às diretrizes e condicionamentos normativos da Constituição da República, de maneira a se submeter sempre à sua imperativa função social.

Nesse sentido, a norma infraconstitucional do art. 421 do Código Civil dispõe que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.

A esse respeito, ensina Flávio Tartuce que o contrato não pode ser visto como

¹⁵COLLADO, Pedro Escribano. *La propiedad privada urbana: encuadramiento y régimen*, Madrid: Ed. Montecorvo, 1979, *Apud* José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 274.

uma bolha que isola os contratantes do meio social, pois a função social, em sua figura metafórica, “*funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos*”¹⁶. Disso resulta que a interpretação da vontade das partes contratantes deve sofrer profundo condicionamento aos fins sociais da contratação.

Com isso não se afirma que a função social do contrato esvazie a liberdade contratual. A autonomia da vontade, no âmbito empresarial, possui amplo campo de atuação compatível com a função social da empresa. **Essa função social, entretanto, atenua e condiciona o alcance liberal (e literal) do princípio**, conforme consistente interpretação contida no Enunciado 23 do Conselho Federal de Justiça, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que dispõe o seguinte:

“A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”.

Assim é que o contrato de terceirização na atividade-fim da empresa, ao reduzir o padrão de proteção social do trabalhador, para afirmação do interesse meramente individual e egoístico da empresa, constitui instrumento de violação de interesses constitucionais metaindividuais dos trabalhadores, ofensivo à sua dignidade humana, afrontando todo o sistema de normas imperativas e protetivas do trabalho humano.

Esse raciocínio encontra amparo no art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil, que condiciona a validade do conteúdo contratual à observância das normas imperativas:

“Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.” (Grifos acrescentados).

Como se vê, portanto, a prática da terceirização na atividade-fim da empresa, extrapolando os limites constitucionais impostos à contratação de serviços, esvazia a função social da empresa e do próprio contrato, enquanto instituição jurídica instrumental da liberdade de iniciativa, violando ao final o valor social da livre iniciativa, de promover desenvolvimento com trabalho dotado de máxima qualidade

¹⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 528.

protetiva.

Essa interpretação evidencia, por fim, que **a Constituição da República não deixa ao legislador infraconstitucional margem de ação para instituição ou autorização da terceirização na atividade-fim das empresas**, seja em face da alta densidade de conteúdo das regras dos arts. 7º a 11 do Texto Constitucional, que conferem uma proteção constitucional específica ao trabalhador, dotada de integração à empresa e de pretensão de continuidade do vínculo de trabalho, seja em face dos princípios constitucionais que asseguram os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República (Constituição, art. 1º, IV), a *função social da propriedade e da empresa* como fundamento da ordem econômica (art. 170, III) e o *primado do trabalho* como base de toda ordem social (art. 193).

Pelo contrário, ao legislador a Constituição reservou uma margem de conformação complementar do conteúdo mínimo constitucional de proteção social, o qual funciona como uma plataforma de direitos do trabalhador, sobre a qual cabe à legislação ordinária instituir “*outros que visem à melhoria de sua condição social*” (art. 7º, *caput*), orientada pelo dever objetivo de proteção social que emana de todas as normas constitucionais protetivas do trabalho, acima referidas.

Assim é que, em matéria de terceirização, a Constituição desafia o legislador infraconstitucional a editar normas especiais, protetivas do trabalhador terceirizado na atividade-meio do tomador de serviços, a fim de aproximar ao máximo esse regime de emprego do padrão constitucional de proteção social, visando à máxima superação do regime de emprego rarefeito, próprio da terceirização.

No plano da interpretação judicial, cabe ao Poder Judiciário, na aplicação do Direito do Trabalho, preservar ao máximo a efetividade do regime constitucional de proteção ao emprego, como pressuposto de legitimidade democrática dessa interpretação.

E nesse parâmetro é que se revela adequada à hermenêutica constitucional a Súmula 331 do TST, no ponto em que trata da terceirização e, por conseguinte, do modelo de emprego rarefeito que dela decorre, como uma exceção, conferindo aos contratos de terceirização validade restrita às “*atividades especializadas ligadas à atividade-meio do tomador*” de serviços, e negando validade aos contratos de

terceirização na atividade-fim do tomador de serviços.

Referências Bibliográficas

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. São Paulo: LTr, 2014. (no prelo).
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado Jurisprudencial de Direito Constitucional do Trabalho*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.