

A LEITURA PRINCIPIOLÓGICA DO DIREITO DO TRABALHO NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DE COLISÃO DE VALORES FRENTE À SÚMULA Nº 331 DO TST

Norma Sueli Padilha*

1 – INTRODUÇÃO

A adoção pelo texto constitucional de 1988 de uma generosa gama de valores fundamentais, muitos dos quais expressos na forma de princípios, aos quais, em tempos de pós-positivismo, se reconhece plena normatividade, propicia o que pode se identificar como um *sistema constitucional de conflitos*, que, por sua vez, necessita dos mecanismos propiciados pela *nova hermenêutica constitucional*, aptos a descodificar a tensão da *colisão de direitos fundamentais*, construindo uma base de harmonização propiciadora da unidade do sistema e condicionadora da atividade do intérprete, na busca de plena efetividade.

No novo paradigma constitucional da normatividade dos princípios, relevante é a busca de uma melhor compreensão da *teoria dos princípios*, enquanto um mecanismo da nova hermenêutica constitucional de importante aplicação na resolução de *casos difíceis*. A teoria dos princípios contribui para esclarecimentos essenciais a respeito dos *limites insuperáveis de restrição* aos direitos fundamentais, permitindo a utilização pelo julgador do procedimento da ponderação, por meio do “princípio da proporcionalidade”, que em suas três etapas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, em sentido estrito,

* Advogada; mestre e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; professora adjunta da UFMS; professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos; pesquisadora do CNPq e líder de grupos de pesquisa; autora dos livros: *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*, Editora LTr, *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*, Sergio Antonio Fabris; *Gramática dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*; *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*, Editora Campus Elsevier – obra laureada com o Prêmio Jabuti 2011 na categoria Direito.

representam um critério racional ao raciocínio jurídico e a possibilidade de limitação da discricionariedade judicial nos casos difíceis.

A necessidade de análise de colisão de princípios nos casos concretos é um fenômeno de larga ocorrência nas lides judiciais trabalhistas, mormente aquelas decorrentes da terceirização de mão de obra, decorrente de conflitos gerados nas mudanças estruturais na ordem política, econômica e social, que impõem uma considerável pressão sob a construção teórica tradicional do Direito do Trabalho, abalada pela ideologia econômica moderna, que coloca em xeque os pilares do modelo intervencionista do ordenamento jurídico trabalhista, principalmente da função tuteladora do empregado.

Nesse sentido, o presente artigo pretende oferecer uma contribuição para a análise da estrutura normativa e interpretativa do Princípio Protetor no ordenamento jurídico trabalhista, especialmente no Direito Individual do Trabalho, no sentido de reafirmar sua significativa e, ainda, atual importância, analisando-o sob a ótica da teoria dos princípios.

O Princípio Protetor, enquanto o princípio sob o qual se alicerça e fundamenta a razão de ser do próprio Direito do Trabalho – promover a igualdade e a dignidade do ser humano trabalhador –, necessita de novos mecanismos jurídicos para uma releitura da exata dimensão de sua função e papel na atualidade, e que o insira adequadamente diante da complexidade de confrontos a que ora se vê submetido.

Redimensionar a função do Princípio Protetor frente a complexas colisões de direitos, de lides de massa, de uma conflituosidade nova e não padronizada pelo paradigma jurídico tradicional, exige mecanismos da moderna hermenêutica constitucional para apoiar sua concretização mesmo em “casos difíceis”, pois enquanto norma jurídica, o Princípio Protetor está na base de direitos fundamentais do trabalhador que não podem deixar de serem “levados a sério”¹.

O objetivo específico é fazer uma análise do Princípio Protetor à luz da “teoria dos princípios”, no intuito de contribuir para a verificação de sua mais abrangente aplicação, enquanto base tutelar dos direitos fundamentais do trabalhador, resgatando a verdadeira função do Princípio Protetor, norma principiológica que ordena sua aplicação na defesa do primado dos valores morais que sempre embasaram o Direito do Trabalho desde sua origem, e que estão acima dos valores econômicos.

1 Conforme a feliz expressão de Ronald Dworkin: “Levando os direitos a sério”.

No aprofundamento da análise do Princípio Protetor, aplicam-se teorias essenciais para a construção do processo de evolução normativa e compreensão do papel que ocupam os princípios no ordenamento jurídico, como as de Ronald Dworkin e Robert Alexy², autores que contribuem significativamente acerca da compreensão da natureza dos princípios nos sistemas jurídicos modernos, que passam a ser considerados como parte jurídica e dogmática do sistema de normas, providos de alta importância e relevante peso, elevando a norma jurídica à categoria de gênero, da qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra³.

Por fim, aplica-se a análise teórica abordada no artigo sobre um caso judicial concreto que enfrenta o tema da *terceirização da mão de obra*, fenômeno dos mais complexos das relações trabalhistas da atualidade, e que desafia as decisões judiciais dos Tribunais trabalhistas, não só por seu inegável reflexo econômico e social, e do desafio do enfrentamento de tais casos judiciais difíceis, mas também por colocar em choque os fundamentos principiológicos sobre os quais se assenta o Direito do Trabalho, realçando a importância da aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional.

2 – OS “CASOS DIFÍCEIS” E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A atual conjuntura da sociedade de massa provoca conflitos de interesses de dimensões extremamente abrangentes e complexas, colisões de direitos materiais que, embora plenamente amparados pela legalidade, não permitem uma solução simples quando em confronto em um caso judicial. Em tais “casos difíceis”⁴, a concretização da norma não pode limitar-se à definição do seu sentido, mas necessita do recurso aos valores que a norma procura proteger, bem como do enfrentamento da situação de confronto com valores colidentes que possam afetar a sua integral efetivação, a qual exigirá do juiz a realização de uma escolha.

Dessa forma, faz-se necessário uma operação valorativa, referida ao caso concreto, dos valores colidentes, para elucidação e compreensão da natureza

-
- 2 Conforme as obras: “Levando os direitos a sério” e “Uma questão de princípios” de Ronald Dworkin; e “Teoría de los derechos fundamentales” e “El concepto y La validez del Derecho” de Robert Alexy.
 - 3 Vide também “O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional”. PADILHA, Norma Sueli. In: Princípios de Direito e Processo do Trabalho: questões atuais. Coord. Thereza Christina Nahas. Editora Campus/Elsevier, 2009.
 - 4 Segundo Manuel Atienza, pode-se definir casos difíceis como “aqueles com relação aos quais a opinião pública (esclarecida ou não) está dividida de maneira tal que não é possível tomar uma decisão capaz de satisfazer a uns e outros”. In: As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica, p. 84.

de tais direitos. Para tanto, deve-se aplicar um processo racional e controlável para a busca da solução adequada.

A decisão judicial de colisão de interesses que envolvam direitos expressados por meio de “regras” fundamenta-se em processos de raciocínio jurídico que envolvem, na maioria das vezes, apenas um processo de subsunção e a utilização dos métodos tradicionais da hermenêutica jurídica clássica (gramatical, lógico, sistemático, histórico, dentre outros). No direito individual do Trabalho inúmeros casos judiciais são assim, nesse sentido, “casos simples”, julgamentos judiciais favorecidos pelo apoio do raciocínio meramente subsuntivo.

De acordo com Herbert Hart, os “casos simples” ocorrem com frequência no Judiciário, em contextos semelhantes e para os quais as expressões gerais serão claramente aplicáveis e as decisões judiciais não se mostram problemáticas, mas praticamente automática. Mas haverá também os “casos difíceis”, nos quais as expressões gerais não são claramente aplicáveis e nos quais as decisões não são facilmente encontradas, tratando-se de casos que o Direito deixou regulados de forma incompleta (2001, 139-141).

Para tais “casos difíceis”, o que caracteriza o cerne do raciocínio jurídico na busca da solução correta não é a lógica formal dedutiva, por meio de um processo de subsunção que levaria a extração de uma conclusão silogística. Em tais casos difíceis o que se apresenta para aquele que deve decidir é uma “escolha entre alternativas de decisão”, pois possuem uma textura aberta, não definida por regras detalhadas.

Assim, o raciocínio jurídico utilizado nos “casos difíceis” não é uma mera dedução, resultado de um silogismo, cuja conclusão será correta porque pode ser demonstrada formalmente, a partir de premissas verdadeiras – não se pode eliminar, do raciocínio prático, o fator da decisão, da escolha – que lhe é essencial.

O que está em jogo, na decisão de um caso difícil, não é o sentido de uma linha de texto, mas o questionamento quanto aos valores que se pretende proteger e os valores que se contrapõem – qual é o mais importante? Assim, vemos que o juiz não é um mero calculador, mas, ao contrário, é levado a sopesar e a enfrentar valores. Portanto, na operação com valores em confronto, aquele que decide aplica critérios racionais para justificação de sua conclusão, o que ocorre mediante a argumentação, que apresenta, na decisão, um discurso racional, para o qual se exige fundamentação.

Mas que padrões os juízes devem utilizar para decidir os casos difíceis? Este é um questionamento proposto por Dworkin (2002), que nos possibilita

um caminho de análise do problema proposto, para um passo adiante ao da mera possibilidade de exercício de um poder discricionário judicial, que nos convém analisar.

Dworkin afirma que as teorias da decisão judicial ainda colocam o julgamento à sombra da legislação, justificadas no fato de que as regras do direito, muitas vezes, são vagas e devem ser interpretadas antes de serem aplicadas aos casos concretos e que, às vezes, os problemas são tão novos que não permitem qualquer solução preexistente, cabendo, portanto, aos juízes, nesses casos, criar um direito novo, explícita ou implicitamente. Assim é que o positivismo jurídico fornece uma teoria para os casos difíceis, autorizadora da atuação do poder discricionário, que, na verdade, significa a possibilidade de criação de novos direitos a serem aplicados, retroativamente, ao caso concreto⁵.

Mas, segundo o autor, a teoria do poder discricionário não leva a lugar algum. E afirma que, mesmo nos casos difíceis, o juiz continua tendo o dever de “descobrir” quais são os direitos das partes, e não o de inventar novos direitos, para serem aplicados retroativamente (DWORKIN, 2002, p. 127-128).

Ronald Dworkin afirma que os positivistas possuem uma visão incompleta do direito e do raciocínio judicial, uma vez que, da correta concepção da interpretação do direito, se depreende que nele se inserem, também, “princípios jurídicos implícitos”, que se ajustam ao direito explícito de forma coerente, conferindo-lhe justificação moral e assim “o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão”, é preciso admitir que resta uma área de penumbra na decisão judicial dos “casos difíceis”, onde decidir significa escolher, fixando o conteúdo da norma entre alternativas diferentes.

E, embora reconheça que não existe nenhum procedimento mecânico, para resolver os casos difíceis, nos quais os juristas criteriosos divergirão acerca dos direitos em confronto, e quando nenhum deles disporá de qualquer argumento que deva, necessariamente, convencer ao outro, afirma que se devem *fornecer princípios*, visando descobrir-se à decisão apropriada, uma vez que o juiz não está livre para fazer qualquer escolha, mas deve fazer a melhor escolha, em sintonia com os princípios de justiça do sistema. Ou seja, *as decisões judiciais, em casos difíceis, devem ser geradas por princípios* (DWORKIN, 2002, p. 132).

5 Conforme os ditames da hermenêutica filosófica.

Dworkin deixa claro que, em momento algum, o juiz está autorizado à escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade. Mas, ao contrário, deve identificar a concepção particular de moralidade comunitária já inserida no sistema, que deverá ser o fator decisivo para a resolução do problema jurídico, num ideal construtivista da decisão judicial (2002, p. 197).

Mas alerta que uma coisa é apelar ao princípio moral com uma fé tola de que uma mão invisível, atuando sobre a ética e a economia, poderá fundir os direitos individuais e o bem-estar geral, e que o direito, baseado em princípios, levaria à harmonização de uma utopia de direitos sem atrito; e outra coisa é encarar os *princípios morais do sistema na qualidade de normas*, com a responsabilidade de levá-los a sério. E se, na verdade, as decisões a respeito dos vários princípios contidos na Constituição foram deixadas a cargo dos juízes, e não do povo, é porque se está agindo dentro do espírito da legalidade, muito embora se corra o risco de os juízes fazerem escolhas erradas. Entretanto, ainda assim, “devemos conceber nossas instituições para reduzir o risco de erro, tanto quanto possível” (DWORKIN, 2002, p. 230-233).

O autor afirma que o cerne do problema da teoria da discricionariedade está na confusão que se faz entre princípios e regras, ou seja, se o jurista pensa o direito como um sistema de regras, admitirá o poder discricionário no sentido forte, em que o juiz muda regras antigas e introduz novas. Da mesma forma, quando nessa concepção ultrapassada, se ouve alguém afirmando que princípios jurídicos são parte do direito, conclui-se que se trata de regras acima do direito, “padrões extrajudiciais que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário” (DWORKIN, 2002, p. 61-63).

Dessa forma, é preciso adotar-se outro tipo de interpretação dos princípios jurídicos e tratá-los como direitos a serem “levados a sério”. E, nesse ponto, releva de importância a compreensão fornecida pela teoria de Dworkin, para a maturidade do processo de evolução dos princípios, e de sua construção normativa, que passam a ser considerados como parte jurídica e dogmática do sistema de normas.

Entretanto, embora o fenômeno da colisão de direitos fundamentais dê margem a variadas discussões, importa destacar que somente podem ser solucionadas “se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos” (ALEXY, 1999, p. 73).

E a questão que se levanta no presente artigo é perquirir dos limites de restrição ao princípio protetor, em razão de sua correlação direta com os direitos

fundamentais do trabalhador e como isso deve ocorrer, exatamente para que não se dê o descumprimento generalizado da base principiológica do Direito do Trabalho.

Lembrando que a aplicação do Direito “depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade” (ÁVILA, 2006, p. 24).

Sempre deverá haver uma solução, uma opção de resposta mais adequada, até mesmo para os “casos difíceis”, cuja resposta possível para a solução mais adequada não será encontrada facilmente.

3 – A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

O estudo da Teoria dos Princípios nos revela a importância do lugar que ocupam os “princípios” no sistema jurídico moderno, enquanto normas de grande relevância que expressam ideais morais, compondo um modelo de sistema em que as normas jurídicas se expressam por meio de princípios e regras e se aplicam por meio de um procedimento.

Por sua vez, o critério de distinção entre regras e princípios não é apenas baseada no grau de abstração da prescrição normativa, mas também numa distinção qualitativa. Segundo Humberto Ávila, o “critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão” (2006, p. 35).

Decisiva foi a contribuição de Ronald Dworkin para a definição da natureza dos princípios, identificando-os como “tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas”, mas que fazem parte do Direito enquanto normas-valores.

Os princípios estão providos, nos sistemas jurídicos, do mais alto peso, constituindo a norma de eficácia suprema. Assim, a norma jurídica fica elevada, conceitualmente, à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Portanto, é preciso adotar-se diferentes formas de interpretação entre as diferentes espécies de normas jurídicas.

Destaca Dworkin que os princípios atuam de forma vigorosa, com toda sua força, nos casos difíceis (2002, p. 46-48).

Esclarece o autor referido que os princípios não prescrevem resultados, posto que somente regras ditam resultados e são abandonadas ou mudadas, quando se obtém um resultado contrário, enquanto os princípios inclinam, de maneira não conclusiva, a decisão em uma direção e sobrevivem intactos. Ou

seja, se a regra é aplicável, então ela determina o resultado, mas se não se aplica (se ela é inválida), não contribui em nada para decisão. Contudo, os princípios têm uma dimensão de “peso”, assim, em caso de conflito, o princípio a que se atribuiu um peso menor, em relação a um determinado caso, não é por isso inválido, e continua integrando o ordenamento.

Assim, para Dworkin, a diferença entre princípios e regras está na estrutura lógica destes padrões normativos, pois os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de *pesos relativos*, que devem ser sopesados na hipótese de colisão de princípios, em um processo de interpretação construtiva, caso em que o princípio de maior peso relativo se sobrepõe ao outro de menor, sem que este se torne inválido no sistema.

Por essa razão é que o juiz, em casos difíceis, de colisão de direitos, deve lançar mão do critério do “peso relativo dos princípios”, pois, quando estes se confrontam, deve-se resolver o conflito considerando a força relativa de cada um, o que não representa poder discricionário, mas a “obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão” (DWORKIN, 2002, p. 57-58).

Dessa forma, é preciso que existam princípios com importância e outros sem tal importância e é necessário que existam alguns princípios mais importantes que outros. Assim é que, para Dworkin, faz sentido *perguntar o peso que o princípio tem ou quão importante ele é*, muito embora a mensuração não possa ser exata e o julgamento que determine que um princípio é mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia.

Diferentemente, as regras aplicam-se na base do “tudo ou nada”, não na dimensão de peso, mas na dimensão da validade. Quando duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida e, assim, o próprio sistema jurídico prevê critérios para a resolução desse confronto, até porque não se pode dizer que uma regra é mais importante que outra, enquanto parte do mesmo sistema de regras (DWORKIN, 2002, p. 42-43).

Entretanto, o nosso sistema jurídico, diferentemente do norte-americano, não utiliza critérios para sustentar a concepção de princípios mais ou menos importantes ou, mesmo, para a resolução de conflito entre princípios. Dessa forma, não há como sustentarmos que, quando houver um confronto envolvendo valores, como base deste ou daquele direito individual ou coletivo, deverá prevalecer o de maior peso – afinal, a quem caberá definir o peso de tais valores ou princípios e sob quais critérios?

No que se refere especificamente ao Princípio Protetor, que se expressa por meio de vários outros princípios norteadores do Direito Individual do Trabalho (norma mais favorável, condição mais benéfica, imperatividade, indisponibilidade, intangibilidade salarial, primazia da realidade, continuidade)⁶ e, ainda, dada sua considerável carga de conteúdo axiológico que necessita de inúmeras regras para sua concretização, a possibilidade de colisão direta com outros princípios fundamentais torna-se cada vez mais evidente, principalmente em casos difíceis, nos quais se verifiquem as atuais tensões, entre, de um lado, a sua função protetora e tutelar da pessoa do trabalhador e, de outro, os interesses econômicos de um mercado em ascensão, que pressiona por meio de fenômenos como a desregulamentação, a flexibilização, a terceirização, dentre outros.

Nesse contexto, abre-se caminho para a contribuição fornecida por Robert Alexy (2002), que, para além da proposta de Dworkin, nos oferece uma *pretensão de correção* dentro da teoria da argumentação, baseado em um *procedimento discursivo* que visa a dotar a decisão jurídica e sua fundamentação de um *critério de racionalidade*, como uma alternativa ao puro objetivismo da subsunção, ou o puro subjetivismo da discricionariedade, em busca da *decisão adequada nos casos difíceis de colisão de direitos*. Sua teoria normativa material demonstra que tal tensão se resolve pelo acolhimento dos *postulados morais* que adotam a forma de *direitos fundamentais*, destacando a importância dos princípios nos sistemas jurídicos modernos, já que eles expressam ideais jurídicos e morais, que só poderão ser integrados mediante um *modelo de sistema integrado por regras, princípios e procedimento*.

E, uma vez que os princípios não contêm mandatos definitivos, como as regras, mas “mandatos de otimização”, que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, podem ser cumpridos em distintos graus, exigindo, para tanto, um procedimento racional apto à harmonização dos princípios conflitantes. Assim, tal colisão se resolve por meio do “procedimento de ponderação”, que implica em um juízo de peso, na análise do caso concreto, sopesando-se a relação de precedência condicionada por meio do instrumento da máxima da proporcionalidade.

Esse modelo de Direito em três níveis, o das regras, o dos princípios e o dos procedimentos, proposto por Alexy, apesar de não permitir alcançar, sempre, uma única resposta correta para cada caso, é o que leva a um maior grau

6 Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio tutelar no Direito do Trabalho não se desdobra apenas nas três dimensões do *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica, mas “seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”. In: Curso de Direito do Trabalho, p. 199.

de racionalidade prática, que de acordo com Atienza (2003, p.182) “é também o modelo de racionalidade incorporado no Direito moderno e, em particular, no Direito de um Estado democrático e constitucional”.

4 – O PRINCÍPIO PROTETOR COMO “MANDATO DE OTIMIZAÇÃO”

Alexy (1997) apresenta o procedimento da ponderação, na resolução da colisão de princípios, como um procedimento racional e controlável, em substituição à mera subsunção da hermenêutica tradicional. Trata-se de um método jurídico de apoio à decisão judicial nos “casos difíceis”, implicando uma operação valorativa, em que o resultado ótimo depende de um sopesamento de valores determinados por princípios colidentes.

Trata-se de uma teoria do “discurso jurídico racional prático” por meio de um procedimento argumentativo, no qual a *pretensão de correção* se caracteriza pelos seguintes elementos: i) *um sistema de condições de prioridade* (que serve para proporcionar informações sobre o peso relativo dos princípios); ii) *um sistema de estruturas de ponderação* (inclusão de otimização dentro da ponderação na aplicação dos princípios); iii) *um sistema de prioridades “prima facie”* (cria uma certa ordem no campo dos princípios possível de alteração diante de novas circunstâncias)

Portanto, direitos que se expressam por princípios possuem uma *relação de precedência “prima facie”* (peso relativo), e sua aplicação e delimitação é um problema de otimização, que exige um processo de ponderação para se definir a supremacia de um princípio frente ao outro, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. E quando um princípio cede a outro, em um determinado caso concreto, tal resultado não significa declarar o princípio de menor relevância naquele caso, inválido para a solução de outras colisões de princípios.

O procedimento da ponderação, enquanto um procedimento racional, fixará uma relação de “precedência condicionada” entre valores e princípios opostos, garantindo a racionalidade da argumentação e do resultado (mas não um único resultado). Para Alexy, a aplicação da “lei da ponderação” não permite que um bem seja obtido com excessivo sacrifício de outro, pois quanto mais alto for o grau de descumprimento ou de desprezo por um princípio, tanto maior deverá ser a importância do cumprimento do outro.

Por sua vez, o peso dos princípios não é determinado em si mesmo, mas apenas *prima facie*, ou seja, nos sistemas jurídicos modernos impera a *relatividade do peso dos princípios*, que se auferem de acordo com as relações de *precedência condicionada ao caso concreto*. Para certos princípios, há uma

impressão de absolutividade de acordo com um grupo amplo de condições de precedência, que conferem um alto grau de certeza de prevalência em confronto com princípios colidentes.

A teoria de Alexy não propõe determinar objetiva e definitivamente um peso para cada direito, o que consistiria na adoção de uma ordem dura na teoria dos princípios, ou seja, uma relação concreta de prioridade para todos os casos de colisão, o que implicaria que, para cada caso de colisão, haveria um único resultado, e converteria a teoria em uma ampla lista de regras de decisão para cada caso concreto de direito fundamental, o que é inaceitável e estaria fadado ao insucesso. A proposta de Alexy estabelece uma ordem branda de prioridades *prima facie* (1997, p. 552).

O sistema do direito constitucional de conflitos deve ser construído com base na harmonização dos direitos, no sopesamento da relatividade do peso dos princípios, e tal peso não é determinado em si mesmos ou absolutamente, sendo que sempre se poderá falar tão somente de pesos relativos, *direitos prima facie e não definitivos*, dependentes sempre da ponderação no caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.

O *sistema de estrutura de ponderações* proposto para resolução de colisão de princípios constrói uma relação de condições de prioridade, ou seja, uma *relação de precedência condicionada – lei da colisão* – condições sobre as quais um princípio precede a outro. A relação de precedência não estabelece uma posição hierárquica absoluta ou o peso superior de um princípio frente ao outro, mas apenas estabelece as condições, no caso concreto, em que essa precedência se justifica, consubstanciando-se em *razões suficientes* que justificam e fundamentam a tomada de decisão. Trata-se de um processo racional de ponderação que se operacionaliza por meio da *máxima da proporcionalidade* (ALEXY, 1997, p. 94-96).

Desta forma, os princípios como *mandatos de otimização*, relacionados às possibilidades fáticas e jurídicas, implicam na regra da proporcionalidade, desdobrada em três sub-regras, ou seja, em três etapas da verificação da proporcionalidade: i) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; ii) da *necessidade ou exigibilidade*, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atendimento dos fins visados; iii) da *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou seja, ainda que o meio seja adequado e necessário, não passará no crivo da proporcionalidade, se as desvantagens dele decorrentes ultrapassarem as vantagens obtidas (GUERRA FILHO, 2003, p. 68-71).

As sub-regras da adequação e da necessidade consideram que os princípios são normas que ordenam que algo deva realizar-se na maior medida fática possível. São aplicadas, portanto, para verificação das possibilidades fáticas. Mas é com relação às possibilidades jurídicas, quando a aplicação de otimização corresponde à regra da proporcionalidade em sentido estrito (terceira sub-regra), que se manifesta fortemente a “lei da ponderação”, proposta por Alexy (1997, p. 161).

Na verdade, quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam. Assim, o mandamento da ponderação corresponde ao terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, pois estabelece um *postulado de paridade* entre a gravidade da intervenção em um princípio e o peso dos fundamentos para tal intervenção, ou seja, os fundamentos jurídicos para uma intervenção têm que ser tanto mais fortes quanto mais intensa seja a intervenção.

A lei da ponderação submete o processo de ponderação das possibilidades jurídicas a três fases: “na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase, então, a ponderação no sentido estrito e próprio” (ALEXY, 1999, p. 78).

Conforme Guerra Filho (2003, p. 80), a aplicação da regra da proporcionalidade “favorece a proteção e a satisfação equitativa de interesses contrapostos, sejam individuais, de toda uma sociedade política ou, no caso, de apenas uma parte dela, uma coletividade”; e sem a sua utilização não há como se conceber a realização “de respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos”.

Com efeito, a regra da proporcionalidade oferece a busca de uma “*solução de compromisso*, na qual se respeita mais em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo, o(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu *núcleo essencial*” (2003, p. 61).

Releva destacar, entretanto, que, segundo Alexy (1994), a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito demonstra como argumentar quando somente se pode cumprir um princípio à custa de outro. Mas a regra somente oferece a direção do argumento, não prescrevendo nenhum resultado, uma vez que não se trata de um método que permita alcançar uma solução definitiva para cada caso difícil.

Nesse sentido, a presente reflexão sobre o Princípio Protetor no ordenamento jurídico trabalhista nos leva à afirmação de que possui força vinculativa jurídica ampla em forma de juridicidade. Entretanto, é importante destacar que a Constituição brasileira, que reconhece numerosos direitos fundamentais generosamente formulados, pode sofrer uma forte pressão em declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente, simplesmente como não vinculativas e, portanto, como meros princípios programáticos. Nessa temática, “a teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível”, uma vez que declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que exigem, na colisão com outros princípios, um processo de ponderação (PADILHA, 2006, p. 124).

5 – O PRINCÍPIO PROTETOR NA COLISÃO DE PRINCÍPIOS

A proposta do presente estudo, na análise do Princípio Protetor sob o prisma da Teoria dos Princípios, muito embora pareça, à primeira vista, admitir sua relativização, uma vez que autoriza a leitura da norma principiológica enquanto “mandato de otimização”, o que destaca o peso relativo dos princípios, na verdade, tal releitura principiológica, busca esclarecer a questão decisiva sobre em quais condições o Princípio Protetor possui precedência com os princípios com ele colidentes, uma vez que o processo de harmonização de tais princípios se faz pelo procedimento racional da ponderação aplicado ao caso concreto, e diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que obriga a consideração do valor moral inserido no princípio e limita sua restrição.

De acordo com o procedimento da ponderação, cujo critério é o princípio da proporcionalidade, somente condições fáticas muito fortes podem autorizar a relativização de um princípio colidente em prol de outro. Assim, mesmo diante de profundas reestruturações do mercado de trabalho globalizado, que potencializam a tensão de valores que estão em rota de colisão dentro do campo normativo do contrato de trabalho, a análise da colisão desses valores, sob a ótica da teoria dos princípios, enquanto um procedimento racional de decisão judicial, representa um aprofundamento do olhar jurídico da questão, um amadurecimento da análise desse contexto, sem desconsiderar como inexistentes o peso dos valores colidentes, como os que embasam, justificam e sustentam a proteção do trabalhador na relação de trabalho.

É preciso descodificar a tensão da colisão em um procedimento adequado, para aplicar a ponderação por meio de critérios racionais e posicionar a decisão judicial sob embasamento adequado e proporcional.

A aplicação da teoria dos princípios, enquanto uma proposta da nova hermenêutica constitucional, aos casos difíceis que impliquem a colisão do Princípio Protetor do empregado, com princípios colidentes, traz importantes esclarecimentos a respeito dos limites insuperáveis de restrição aos direitos fundamentais representado por tal norma principiológica, permitindo a utilização pelo julgador do instrumento proposto pelo processo de ponderação, qual seja, o “princípio da proporcionalidade”, em suas três etapas, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, que representam um critério racional de limitação à discricionariedade⁷.

A teoria dos princípios aplicada sob o Princípio Protetor possui não só consistência teórica, mas se traduz em grande mecanismo de auxílio à decisão judicial, uma vez que, embora na qualidade de “mandato de otimização” possa tal princípio sofrer restrições quando em colisão com princípios colidentes, possui um *limite intransponível* cuja afetação determina sua desproporcionalidade, qual seja, o da *dignidade do trabalhador*, núcleo essencial do Princípio Protetor e barreira intransponível para os valores econômicos.

Ingo Sarlet explica que “nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto de restrição”, e que o “conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais”. Portanto tal conteúdo em dignidade da pessoa humana, em cada direito fundamental, encontra-se imune à restrição (2002, p. 120-121).

Nesse sentido esclarece Cinthia Maria da Fonseca Espada que “o princípio protetor do empregado tem, em seu núcleo, um conteúdo em dignidade da pessoa humana. Portanto, mencionar o princípio da proteção sempre implica a referência, ainda que de forma subjacente, da dignidade da pessoa humana que trabalha” (2008, p. 108).

Verifica-se que a exigência de sopesamento entre princípios colidentes se faz por meio de um procedimento racional de ponderação, cujo método é o princípio da proporcionalidade aplicado diante das circunstâncias do caso concreto. Portanto, na interpretação de “casos difíceis” que envolvam o confronto do princípio protetor com princípios colidentes, tal procedimento resulta por reafirmar a *adequação* de sua aplicação em casos concretos, cujas circunstâncias

7 Vide a respeito do tema a obra “O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana”, de autoria de Cinthia Maria da Fonseca Espada, São Paulo: LTr, 2008, (dissertação de mestrado defendida no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM; orientação: Prof. Dra. Norma Sueli Padilha)

específicas demonstrem a sua real *necessidade*, de acordo com as condições fáticas e jurídicas evidenciadas.

A *relação de precedência condicionada* revelada na análise do caso concreto comporá o conjunto de elementos das “razões suficientes” que autorizam uma intervenção que restrinja o princípio colidente, no menor grau possível, no intuito de tutelar a dignidade da pessoa do trabalhador.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, em tais casos de confrontos de princípios, que coloquem em rota de colisão os parâmetros basilares do Princípio Protetor, na verdade, procede uma verificação de sua adequação e necessidade em um determinado caso concreto.

Ressaltando-se que, mesmo ao se admitir o processo de ponderação, de acordo com a “lei da colisão”, na interpretação de casos de colisão que confrontem o Princípio Protetor, tal hipótese jamais permitirá uma restrição grave ao núcleo essencial do princípio protetor – a dignidade da pessoa do trabalhador – que funciona como uma barreira intransponível, restando claro, no resultado do procedimento, o nível e o grau da possibilidade de restrições ao princípio, quando necessário e adequado, sempre com base na proporcionalidade em sentido estrito.

O procedimento racional em questão permite uma leitura de como isso deve ocorrer, usando critérios de otimização, para que não se dê o descumprimento generalizado do “princípio da proteção” quanto em colisão com outros valores, principalmente quando tais valores colidentes estão baseados em fortes argumentos apregoados pelas forças políticas e econômicas.

Pode-se analisar nesse contexto, por exemplo, quais seriam as *razões suficientes* e a *relação de precedência condicionada* que utilizou o C. Tribunal Superior do Trabalho na decisão de editar as Súmulas ns. 369 (IV) e 339 (II). Tais Súmulas restringiram a proteção do trabalhador na qualidade de dirigente sindical ou cipeiro, uma vez que autorizaram a perda da estabilidade provisória, portanto, da garantia da continuidade de emprego, quando se dê a extinção da atividade empresarial. Para o TST, a ocorrência de tal circunstância no caso concreto – o fim das atividades da empresa – consubstancia-se em *razões suficientes* para que se justifique uma restrição à proteção devida a tais trabalhadores, prevalecendo, portanto, as razões econômicas, que, no caso, autorizam

a restrição e não ferem o núcleo essencial do princípio protetor (a dignidade da pessoa do trabalhador)⁸.

6 – OS FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DO DIREITO DO TRABALHO E A COLISÃO DE VALORES FRENTE À SÚMULA Nº 331 DO TST: ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

O auxílio da nova hermenêutica constitucional aplicada aos casos difíceis de colisão de valores inseridos no direito constitucional de conflitos vem contribuir para a construção de uma base de harmonização de direitos, impondo um dever de concretização dos princípios, que diante de seu conteúdo dinâmico podem ser objeto de restrições, as quais devem ser sopesadas e ponderadas por meio da máxima da proporcionalidade.

A aplicação prática da teoria dos princípios na colisão de valores que impliquem a restrição ao Princípio Protetor, que mesmo enquanto parâmetro fundamental do ordenamento jurídico trabalhista implica também um *mandato de otimização*, significa admitir seu cumprimento em diferentes graus, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas, sendo a medida de seu cumprimento definida pelo sopesamento com princípios opostos por meio de um processo de ponderação que fixe o peso relativo dos princípios colidentes no caso concreto, sempre com vistas a impedir o ataque ou aniquilamento de seu núcleo essencial, barreira intransponível para qualquer restrição.

Nesse sentido, parece-nos oportuna a análise de um caso concreto, passível de identificação como um “caso difícil”, na busca da elucidação do procedimento racional de ponderação que deve guiar a decisão judicial na resolução de uma de colisão de princípios concorrentes, principalmente quando o que está em jogo é o próprio “eixo fundamental” da legislação laboral de proteção ao trabalhador.

Para tanto, a análise proposta se alicerça em um caso judicial emblemático, que envolve o debate em torno do *fenômeno da terceirização* de mão de obra, que enquanto fato econômico irrefutável, por si só, revela a alta complexidade e dificuldade da análise jurídica de sua possibilidade nas relações de trabalho,

8 Súmula nº 369, IV, do TST: “Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade”.

Súmula nº 339, II, do TST: “A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilizado”.

posto que se coloca em rota de colisão com os fundamentos principiológicos do Direito do Trabalho, tornando os inúmeros processos que abarrotam os Tribunais trabalhistas casos judiciais difíceis, que impõem aos julgadores uma análise ampla, que revele a colisão de valores no caso concreto e que se apoie nos mecanismos da nova hermenêutica constitucional, consoante ponderação *a priori* estabelecida na Súmula nº 331 do C. TST⁹.

Neste sentido, pretende-se fazer tal reflexão sob o prisma de *identidade com os mecanismos da nova hermenêutica constitucional*, de importante decisão do C. Tribunal Superior do Trabalho, proferida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, e que se tornou precedente judicial referido aos limites da terceirização da atividade-fim e contrariedade à Súmula nº 331 do TST, cuja ementa é a seguinte:

“RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM. EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA. EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes a já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer

9 O fenômeno da terceirização possui tamanha dimensão nos julgamentos que abarrotam a Justiça do Trabalho que provocou a designação da primeira Audiência Pública na história do Tribunal Superior do Trabalho, que ocorreu na sede do TST, em Brasília, nos dias 4 e 5 de outubro de 2011. Foram dois dias de audiência sobre a terceirização de mão de obra, considerado atualmente o tema mais polêmico nas relações de trabalho no mundo moderno. A proposta de realização da Audiência Pública partiu do Ministro João Oreste Dalazen, Presidente do TST, e, para tanto, foi preciso alterar o Regimento Interno da casa. Foram ouvidos 50 expositores, escolhidos por sua experiência e autoridade na matéria, que debateram tópicos relacionados à terceirização no setor bancário, de energia elétrica, de telecomunicações, de tecnologia da informação, dentre outros, e principalmente do critério da atividade-fim do tomador de serviços, adotado pelo TST, para declarar a licitude ou não da terceirização por meio da Súmula nº 331. Vide <http://www.tst.jus.br/ASCS/audiencia_publica/index.html>. Acesso em: 20.10.2011.

que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, *viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista*, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (Processo nº TST-E-RR-586.341/99.4, redator designado Exmo. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho)¹⁰

A ementa do acórdão em análise, ao destacar que “a legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, e o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana”, impõe de forma incisiva, no caso em julgamento, um limite à possibilidade de restrição aos fundamentos principiológicos que regem o Direito do Trabalho, destacando a importância e intangibilidade do núcleo essencial do Princípio Protetor. E para a proteção de tais valores, a SDI-1 do C. TST utiliza os mecanismos da nova hermenêutica constitucional por meio da adoção da proporcionalidade ao caso concreto, uma vez que procura compatibilizar os princípios da *valorização do trabalho humano* e da *livre-concorrência* na busca do equilíbrio da relação entre o capital e o trabalho.

O caso concreto em análise refere-se a uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em que se pretendeu, dentre outros providimentos judiciais relativos ao cumprimento das normas de medicina e segurança do trabalho, que a empresa se abstinhasse de terceirizar sua atividade-fim, tal como a construção e reforma de redes de energia elétrica, manutenção de emergência em redes de energia elétrica, serviços técnicos comerciais e manutenção em redes energizadas e desenergizadas.

10 Processo: E-RR – 586.341/99.4. Data de Julgamento: 28.05.09, Redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 16.10.09. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ED-E-RR – 586341-05.1999.5.18.5555&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAvLyAAI&dataPublicacao=16/10/2009&query=RR 586341/1999.4>>. Acesso em: 15.08.2011.

O Tribunal Regional confirmou a decisão de primeiro grau, que julgara procedente apenas parte dos pedidos relativos às medidas de segurança do trabalho, indeferindo a pretensão do Ministério Público do Trabalho de impedir a terceirização na área finalística da empresa.

A questão jurídica em tela foi alçada à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por meio de Embargos em Recurso de Revista em que é Embargante o Ministério Público do Trabalho da 18ª Região e Embargada Centrais Elétricas de Goiás S/A – CELG, que se refere ao próprio conteúdo da ação civil pública, interposta com o fim não somente de determinar a observância de normas de medicina e segurança do trabalho como também a abstenção de contratação de empregados para a realização de atividade-fim¹¹.

6.1 – Caso difícil – terceirização de mão de obra – colisão de princípios – aplicação dos mecanismos – nova hermenêutica constitucional

Conforme consta do próprio acórdão de lavra do Exmo. Ministro Vieira de Mello Filho, Redator Designado, pode-se afirmar a identificação no caso analisado de um “caso difícil”, na medida em que se identificou metodologicamente a denominada “lacuna de colisão”¹² *entre valores e princípios dentro do ordenamento*, o que provoca a necessidade de se delinear os fundamentos que virão da exclusão, na hipótese concreta, de uma ou de outra dessas normas¹³.

Outro aspecto que identifica o caso em tela como um “caso difícil” é também revelado pelo próprio acórdão quando denuncia que “além da controvérsia jurídica, a decisão do TST teve que ponderar também sobre os aspectos de natureza econômica e social, tendo como pano de fundo a nova realidade do mundo globalizado, que demanda a especialização no meio produtivo”. Refere-

11 A 4ª Turma do TST não havia conhecido do recurso de revista do Ministério Público, com fulcro na Súmula nº 331, item III, e, também, no Verbete Sumular nº 126, ambos do Tribunal Superior do Trabalho, óbice processual que foi superado em sede de embargos, para enfrentamento do mérito relativo à possibilidade de terceirização da atividade-fim da empresa.

12 *Lacunas de colisão enquanto contradição de valores que não se deixam resolver, de modo algum, com recurso à lógica*. Segundo as palavras de Claus-Wilhelm Canaris, “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3. ed., 2002, fls. 218-224, cf. *citado no acórdão*.

13 Como bem acentuado no acórdão, enquanto a Consolidação das Leis do Trabalho busca a valorização do trabalho humano e a proteção da figura hipossuficiente do trabalhador, no plano administrativo a busca da eficiência e efetividade dos serviços públicos centralizados ou descentralizados visa ao implemento das atividades do Estado em benefício do cidadão.

se o acórdão, ainda, que: “a controvérsia levada a efeito no caso concreto em análise é extremamente complexa na seara trabalhista, em face da delimitação do que vem a ser, na terceirização, atividade-fim e atividade-meio, e do alcance das expressões utilizadas pelo legislador ordinário ao se reportar a serviços inerentes e serviços acessórios e suas implicações com a legislação trabalhista”.

Portanto, o caso concreto em tela não se refere a mera colisão de regras jurídicas que se resolveriam pela aplicação dos mecanismos da hermenêutica tradicional, pois uma vez detectada uma *colisão entre valores e princípios dentro de sistema*, o julgamento passa a exigir a utilização dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional e a aplicação da proporcionalidade ao caso concreto.

Destaque-se que o fenômeno da terceirização não se encontra delineado na legislação laboral, mas é fruto da construção jurisprudencial que resultou na *Súmula nº 331 do TST*. Nesse sentido, o próprio acórdão reconhece que a edição de tal Súmula “trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País”, já que “compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho”.

Entretanto, a matéria sumulada não resolve a dificuldade da discussão do caráter genérico do conceito “atividade-meio”, que foi inserida no ordenamento através da jurisprudência como conceito jurídico indeterminado¹⁴.

Diante de tais características denunciadoras das especificidades de um julgamento referido a tal “caso difícil”, o r. acórdão muito lucidamente esclarece que tais circunstâncias realçam o *papel da norma jurídica*¹⁵, pois há problemas jurídicos cuja solução não se resolve no “relato abstrato do texto normativo”, mas que em tais casos “só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”. Realça o r. acórdão, também, a importância e destaque do *papel do juiz*, em tais casos difíceis, uma vez que deve tornar-se “coparticipante do processo de

14 A convocação da primeira Audiência Pública da história do TST, para o debate das inúmeras questões relacionadas ao tema da terceirização, denota não apenas o grande número de ações trabalhistas em trâmite perante a JT, mas a preocupação com a repercussão das decisões judiciais a respeito do tema, e de seus notórios impactos econômicos e sociais, o que impõe a necessidade de fortalecimento dos parâmetros principiológicos sobre os quais devem se fundamentar.

15 Vide BARROSO, Luis Roberto: Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 213), citado no acórdão.

criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

6.2 – Raciocínio jurídico da decisão de origem e a hermenêutica tradicional

No processo de origem, a ocorrência efetiva de terceirização de atividade-fim foi fato incontroverso nos autos, na medida em que não foi sequer negado pela empresa, e, por outro lado, a sentença de origem não só admite tal possibilidade como fundamenta sua decisão na ausência de regras legislativas que proibam a terceirização, conforme o seguinte raciocínio:

“Do ponto de vista do Direito do Trabalho, inexistente, na ordem jurídica pátria, vedação à prestação de atividades por uma empresa em favor de outra, quer na área meio, quer na área fim, desde que, evidentemente, tal expediente seja utilizado de forma legítima, sem o intuito de mascarar a *marchandage* ou de, por qualquer modo, fraudar a legislação do trabalho.”

A decisão de origem afirma que, como no caso se trata de empresas públicas, a “terceirização mostra-se, muitas vezes, indispensável à realização de atividades, visto que a própria admissão de empregados, por razões sumamente relevantes ligadas à moralidade, legalidade e impessoalidade administrativas, exige a realização de concurso público”, embora tal posicionamento não signifique que se está “condenando a rigidez legislativa trabalhista ou a exigência de concurso para acesso aos empregos públicos”. Desta forma, pretendeu tal decisão realizar um raciocínio no caso concreto de sopesamento entre o choque de forças e interesses sociais, de um lado, e os interesses econômicos de outro, chegando ao seguinte resultado:

“As forças e interesses sociais e econômicos, que refletem diretamente na qualidade de vida das pessoas, encontram-se numa relação de constante tensão, a exigir do legislador e do aplicador do direito uma precisão cirúrgica em suas intervenções, para que não se rompa o precário equilíbrio que sustenta aqueles dois vetores fundamentais da vida social e se garanta que sua resultante seja direcionada à preservação e ampliação do nível de bem-estar já alcançado, sem comprometimento do nível de atividade econômica, através da qual é gerada a riqueza que irá propiciar aquele bem-estar.”

Verifica-se que, com o auxílio dos mecanismos da *hermenêutica tradicional*, a decisão em comento não encontrou a regra legislativa aplicável ao caso

concreto e concluiu pela ausência de proibição de terceirização de atividade-fim pela legislação trabalhista, e, no caso, por se tratar de empresa pública, fundamentou a autorização em norma administrativa, razão pela qual desconsiderou os limites do enunciado da Súmula nº 331 do C. TST, especialmente em seu item III, pois afirmou que a “aparente proibição emergente, *a contrario sensu*, revela-se menos uma vedação que uma afirmação da possibilidade de terceirização”, assim baseia a fundamentação da decisão em norma administrativa permissiva, qual seja, a Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, na ausência de legislação trabalhista sobre o tema.

Ocorre que tal raciocínio jurídico da sentença de origem foi confirmado pela decisão da v. decisão regional, compartilhando o E. TRT com o d. julgador *a quo*, por meio dos seguintes fundamentos:

“A tradição do Direito Trabalhista é repudiar o atravessamento ilegal da mão de obra e, quais níveis profissionais ou atividades econômicas, pois a prática da *marchandage* sempre foi vista como prejudicial ao obreiro.

Entretanto, aqui, no caso, a requerida desenvolve atividades ao longo de todo Estado e nos mais variados setores. Usar a prestação de serviço terceirizado é uma forma de atender melhor e mais eficientemente a sociedade consumidora urbana e rural, fato esse que não passa despercebido aos olhos goianos, pois, nos mais longínquos pontos que haja pessoas, estas estão sendo beneficiadas por energia elétrica levada pela requerida.” (grifei)

A primeira vista pode parecer que o raciocínio jurídico usado na fundamentação da decisão do E. Tribunal Regional se aproxime de um procedimento sumário de ponderação, na medida em que a decisão conclui que a relação de tensão entre os interesses sociais e econômicos conflitantes no caso deve garantir “que sua resultante seja direcionada à preservação e ampliação do nível de bem-estar já alcançado, sem comprometimento do nível de atividade econômica, através da qual é gerada a riqueza que irá propiciar aquele bem-estar”, bem como que a “prestação de serviço terceirizado é uma forma de atender melhor e mais eficientemente a sociedade consumidora urbana e rural”, o que levou a conclusão do C. TRT pela adequação da terceirização no caso em tela, conforme ainda sustenta o julgado:

“Assim, vejo o fator terceirização como uma forma de equilibrar os interesses sociais, que é o dever precípua do Estado, com os interesses

econômicos, os quais terão mais abrangência nas atividades prestadas pela requerida. *E sendo necessária a contratação de empresas especializadas na mão de obra usada pela requerida onde não haja diretamente uma dependência hierárquica do empregado com esta, a relação direta passa a ser com a atividade-meio, situação esta que vem agilizar, flexibilizar e agregar competitividade ao negócio prestado ou que se propõe a prestar, pois a mobilização inteligente e dentro dos parâmetros legais refletirá, sem dúvida, diretamente na produção e na produtividade.*” (grifei)

Desta forma, mantenho a decisão *a quo* quanto ao indeferimento do pedido de condenação da requerida em abster-se da prática de terceirização para execução de serviços aqui ventilados nos autos.”

Entretanto, sob a perspectiva da presente análise, quando o julgado do E. Tribunal Regional, na ausência de proibição de legislação trabalhista específica, convenceu-se que tanto a atividade-meio como a atividade-fim podem ser objeto de terceirização, utilizou-se aparente e basicamente de um critério gramatical como o único, suficiente e adequado à solução da questão trazida a juízo. E embora se trate a terceirização de instituto próprio do Direito do Trabalho, resolveu a questão na leitura do § 1º do art. 25 da Lei nº 8.987/95, independentemente dos princípios do ordenamento jurídico trabalhista, legalizando administrativamente a terceirização, e como bem acentua o acórdão do C. TST, “em detrimento, outrossim, do critério interpretativo histórico, cuja observância faz remontar à construção histórico-sociológica da legislação do trabalho ao longo dos tempos, mediante a implementação de sucessivas lutas sociais”.

Por outro lado, a não utilização em tal “caso difícil” dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional oferece o risco de não se enfrentar adequadamente as consequências do resultado de tal decisão em todo o sistema de valores e princípios que compõem o ordenamento jurídico laboral, seus conceitos e institutos.

6.3 – Raciocínio jurídico da decisão do c. TST e a nova hermenêutica constitucional

Verifica-se no lúcido acórdão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho a profundidade da análise do caso concreto sob todas as suas perspectivas, por meio de um raciocínio jurídico submetido a um procedimento discursivo capaz de dotar a decisão adequada de um critério racional, principalmente ao denotar que o caso em análise refere-se

a uma *colisão de* “princípios e valores dentro do sistema”, matéria que o mero auxílio à hermenêutica tradicional não resolve de forma adequada e abrangente. E tampouco os critérios clássicos para solução de conflitos normativos, pois, pelo critério da especificidade (lei especial prevalece sobre a geral), a norma trabalhista não afasta a incidência, na sua esfera de atuação, da generalidade da norma que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Como bem acentua o acórdão, a seara trabalhista e a administrativa “são normativos distintos que regulam espécies distintas, em planos de eficácia distintos, dentro de um mesmo ordenamento jurídico”. Portanto, a dimensão do conflito a que se refere o caso em discussão encerra “contradições de valores ou princípios dentro de um mesmo ordenamento”, e admitir a supremacia da norma geral administrativa sobre o ordenamento especial trabalhista seria permitir o aniquilamento da legislação social em seus preceitos cogentes e seu instituto fundamental, ou seja, o conceito de empregado e empregador, acabando com a relação bilateral, “haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral”.

A decisão em comento apercebeu-se da gravidade em admitir-se tal raciocínio jurídico na análise do caso em conflito, cujo resultado representaria uma restrição inadmissível ao sistema jurídico de proteção do trabalhador, atingindo o núcleo central, o limite intransponível cuja afetação determina a sua desproporcionalidade – a dignidade da pessoa humana – que é, segundo o acórdão, a própria “razão de ser do direito e de suas atuais transformações e quebra de paradigmas conceituais ortodoxos de vetustos institutos”, destacando com absoluta clareza e discernimento que:

“A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes a já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.”

Segundo a análise em tela, a decisão da SDI-1 lucidamente denota que admitir-se a decisão conforme julgada pelo E. Regional seria permitir uma restrição inadmissível ao “postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho que é a definição do contrato individual de trabalho”, de onde “emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado”, e seria um permissivo a atingir a própria relação de

emprego que “constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contêm no direito do trabalho”.

Fosse mantida a decisão do E. Regional, alicerçada segundo a ótica da presente análise, sobre metodologia de argumentação jurídica da hermenêutica tradicional, traria como resultado permitir-se que “a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT”.

Destaca a decisão da SDI-1 do C. TST, no caso em tela, que “a terceirização na esfera finalística das empresas, além de atritar com o eixo fundamental da legislação trabalhista”, traria como consequência outras situações, tais como os efeitos no campo da organização sindical e da negociação coletiva, que, segundo a presente análise, se apresentam como “razões suficientes” para não se admitir a prevalência da decisão regional.

“O caso dos autos é emblemático, na medida em que a empresa reclamada, atuante no setor de energia elétrica, estaria autorizada a terceirizar todas as suas atividades, quer na área fim, quer na área meio. Nessa hipótese, pergunta-se: a CELG, apesar de beneficiária final dos serviços prestados, ficaria totalmente protegida e isenta do cumprimento das normas coletivas pactuadas, por não mais responder pelas obrigações trabalhistas dos empregados vinculados aos intermediários? Não resta dúvida de que a consequência desse processo seria, naturalmente, o enfraquecimento da categoria profissional dos eletricitários, diante da pulverização das atividades ligadas ao setor elétrico e da consequente multiplicação do número de empregadores.”

Resta evidenciado, ainda, na ótica da presente análise, que embora a decisão em tela não venha a impedir que a Justiça do Trabalho continue a analisar, caso a caso, o processo econômico de terceirização das atividades-meio das empresas, o raciocínio jurídico ora utilizado pelos julgadores de tal “caso difícil”, que se valeu de mecanismos da nova hermenêutica constitucional, contribui de forma magistral para a criação de uma “relação de precedência condicionada”, que poderá servir de apoio em casos futuros, para fixar as “razões suficientes” que servem de limite intransponível para excluir do âmbito da descentralização produtiva as atividades assim consideradas essenciais ou atividades-fim.

Ao vedar a execução, pelas empresas interpostas, do desenvolvimento de atividades-fim da reclamada, conforme a pretensão inicial do Ministério Público do Trabalho de impedir a terceirização na área finalística da empresa, o C. TST o fez “em observância aos preceitos fundamentais da ordem jurídica trabalhista” e, diante da colisão de valores e princípios a serem preservados no caso concreto, a decisão definitiva favoreceu a prevalência dos princípios que alicerçam o sistema protetivo laboral.

Oportuno de comentar, ainda, o papel de destaque na questão com referência à Sumula nº 331 do TST, que como precedente jurisprudencial já realizou um processo de ponderação entre os princípios conflitantes da valorização do trabalho humano e da livre-concorrência. Na verdade, os julgamentos de casos concretos análogos devem levar em consideração o procedimento de *compatibilização entre princípios conflitantes*, já efetuado *a priori* pela matéria sumulada. No caso em tela, a decisão reconheceu e afirmou essa ponderação como precedente válido e um marco teórico e jurisprudencial para o desvendamento do fenômeno da terceirização, que “guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas”.

No caso em julgamento, o grau de restrição ao Princípio Protetor determinado pela decisão reformada era inadmissível – atingiria o núcleo essencial da proteção do sistema jurídico laboral.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se destacar, na presente reflexão, que os casos judiciais difíceis, decorrentes de conflitos que encerram contradições de valores ou princípios dentro do ordenamento, exigem a aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional, pois o apoio da hermenêutica tradicional oferece o risco de não se enfrentar adequadamente as consequências do resultado de tal decisão, pois não se presta a harmonização de princípios colidentes.

A aplicação da teoria dos princípios, ao raciocínio jurídico na análise de colisão de princípios e valores dentro do sistema, propicia a utilização de um procedimento discursivo capaz de dotar a decisão de um critério racional, pois é exatamente nessa situação de alta conflituosidade entre princípios que a regra da proporcionalidade demonstra sua grande valia e importância, na medida em que representa o procedimento adequado para a melhor solução possível ao conflito, determinando uma *otimização* que obriga que se acate, prioritariamente, um princípio, atingindo o outro o minimamente possível.

Assim é que a concretização do Princípio Protetor, enquanto norma principiológica que expressa um valor moral que deve continuar sendo levada a sério – a dignidade do trabalho humano –, mesmo sob toda a pressão que lhe é imposta nas atuais contingências do mercado econômico globalizado, necessita para sua real efetividade da aplicação dos mecanismos da nova hermenêutica constitucional.

Mesmo diante de fenômenos como o da terceirização, que atinge de forma tão abrupta as relações de trabalho, gerando profundas reestruturações do mercado de trabalho globalizado, que potencializam a tensão de valores que estão em rota de colisão dentro do campo normativo do contrato de trabalho, a análise da colisão desses valores, sob a ótica da teoria dos princípios, enquanto um procedimento racional de decisão judicial, representa um aprofundamento do olhar jurídico da questão, um amadurecimento da análise desse contexto, sem desconsiderar como inexistentes o peso dos valores colidentes com os que embasam, justificam e sustentam a proteção do trabalhador na relação de trabalho. É preciso descodificar a tensão da colisão em um procedimento adequado, para aplicar a ponderação por meio de critérios racionais e posicionar a decisão judicial sob embasamento adequado e proporcional.

Nesse sentido, por meio da análise do caso judicial enfrentada no presente artigo, pode-se afirmar que no enunciado da Súmula nº 331 do TST já há uma “relação de precedência condicionada” a exigir a prevalência da solução apresentada pela súmula – proibição de terceirização em atividade-fim – na resolução de colisões de princípios nas mesmas condições fáticas e jurídicas, pois a admissão da terceirização neste tipo de atividade atinge, de forma desproporcional, o sistema jurídico de proteção ao trabalhador e sua base principiológica.

O critério estabelecido pela Súmula nº 331 do TST para enfrentar o conflito gerado nas relações trabalhistas pelo fenômeno da terceirização de mão de obra fornece parâmetros seguros para facilitar a decisão jurídica em casos judiciais difíceis. Critérios que confrontados com os fatos concretos balizam um procedimento de ponderação adequado para a busca de decisões aceitáveis, equitativas e razoáveis.

No atual sistema constitucional de conflitos é preciso utilizar-se de mecanismos de apoio à decisão judicial nos casos difíceis na seara trabalhista, principalmente nos que se referem à colisão do princípio protetor com princípios colidentes, e que sejam aptos a impor a consideração do valor moral inserido no princípio e esclareçam, no caso concreto, os limites insuperáveis de restrição, portanto, intransponíveis, cuja afetação determina a desproporcionalidade da

restrição imposta, qual seja, o da *dignidade do trabalhador*, núcleo essencial do Princípio Protetor e barreira intransponível para os valores econômicos.

A reflexão ora proposta pretendeu resgatar a verdadeira função do Princípio Protetor, enquanto norma principiológica que ordena sua aplicação na defesa do primado dos valores morais que sempre embasaram o Direito do Trabalho desde sua origem, e que estão acima dos valores econômicos, pois na verdade, o perigo não está centrado na atual crise que se imputa ao Princípio Protetor, mas principalmente em se desqualificar a sua função no ordenamento jurídico trabalhista, atingindo a razão de ser do próprio Direito do Trabalho. O perigo está na perda da confiança, seja no singular e extraordinário paradigma teórico e normativo, que é o sistema de proteção dos direitos humanos da pessoa do trabalhador em sua relação de trabalho, seja no desempenho de sua função tutelar primordial de promover a igualdade e dignidade daquele que trabalha.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. In: *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 1, oct. 1994. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_03.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. *Entrevista a Robert Alexy*. Doxa, n. 24, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_28.pdf>. Acesso em: 10 set. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do Direito – Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DOCTRINA

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. *Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004

ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HART, Herbert L.A. *O conceito do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. *Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. *Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2010.

_____. “O princípio protetor e a nova hermenêutica constitucional”. In: NAHAS, Thereza (Coord.). *Princípios de direito e processo do trabalho: questões atuais*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2009.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.