

AS TERCEIRIZAÇÕES NO BRASIL E O MÉTODO INTERPRETATIVO DE RONALD DWORKIN

Benizete Ramos de Medeiros¹

“A lei nunca fez o homem um milímetro mais justo” (Henry David Thoreau)

Sumário: 1- Introdução; 2- As terceirizações da mão de obra no contexto atual; 2.1- O alcance da L. 6.019/74; 2.2- O alcance da L. 7.102/83; 3- Da ampliação do uso das terceirizações pela Corte Suprema trabalhista- s. 331; 3.2- Interpretação do TST sobre atividade fim e atividade meio; 4- Dialogando com Dworkin – aspectos das teorias interpretativas; 4.1- As etapas propostas; 4.1.a - As três concepções interpretativas do Direito; 4.2- As interferências dos valores e gostos nas percepções e significados; 5- considerações finais; 6- Referencias bibliográficas.

1- Introdução.

Enquanto estudava Dworkin² – autor de compreensão complexa – sem querer fazer *a priori*, juízo de valor, um fato social me incomodava profundamente – as terceirizações no Brasil, cuja discussão retoma de forma acirrada e discutida em vários segmentos jurídicos, sociais e políticos com o advento do projeto de Lei Projeto de Lei (PL) 4.330/04, que objetiva permitir a ampliação das terceirizações no Brasil.

Durante muito tempo, tenho lidado com esse tema na prática, numa busca incessante de sua mitigação em debates críticos e técnico com o Estado-juiz que, em seu seio, traça divergências as mais díspares, a ponto de num mesmo tribunal, em casos idênticos, se ter teses absolutamente diferentes, sobre a legalidade ou não da ampla aplicabilidade da terceirização da mão de obra, pelo viés interpretativo acerca da expressão “atividade meio”, constante da sumula 331 da Corte Suprema Trabalhista.

A crítica apresentada por Ronaldo Dworkin, tanto na obra *Levando os Direitos a sério*, mas, sobretudo no *Império do Direito*³, nas quais o jus-filósofo traz uma discussão acerca do que é o direito, os métodos interpretativos para buscar a melhor aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, evitando-se a tomada de decisão judicial fundamentada, primordialmente, na preferência pessoal do julgador, em detrimento da racionalidade que deve pautar a prestação jurisdicional, revela muito oportuna para uma analisar as vertentes que se apresenta sobre o tema terceirizações de mão de obra no Brasil.

¹ Benizete Ramos de Medeiros é doutorada em Direito e sociologia pela UFF; mestre em Direito; advogada trabalhista, professora de Direito do Trabalho e Processo do trabalho; diretora da ABRA- Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas; diretora da ACAT; membro da comissão de Direito do Trabalho do IAB e membro da JUTRA.

² Aulas de Teoria do Direito, no PPGSD, UFF, primeiro semestre de 2013;

³ DWORKIN, Ronald. M, *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1999

Isso porque o autor paradigma⁴ reconhece as inúmeras controvérsias existentes no seio da jurisprudência e da doutrina, destacando que os juízes divergem, quase sempre acerca de qual o sentido das normas jurídicas, além das questões de ordem fáticas, o que é até razoável se compreenda. E, portanto, em direito grande parte das discussões seria teórica não empírica, embora o empirismo esteja insito nos julgados⁵

Passar-se-á, nesse diálogo, no próximo, item a uma análise das terceirizações e os instrumentos legais e jurisprudenciais existentes; a posição da doutrina trabalhista com três decisões da mesma casa; o Projeto de Lei 4.330/04, que tem por escopo a ampliação da aplicabilidade das terceirizações, em pauta de votação nesses dias na CCJ, e, posteriormente, o desenvolvimento com alguns pontos das teorias do jus filósofo Ronald Dworkin.

Diga-se de plano que a autora, buscará não emitir uma opinião conclusiva acerca do entendimento que deve ser dado ao uso das terceirizações, com o supedâneo nas teorias de Dworkin, mas, oferecer aspectos das teorias e seus métodos interpretativos que permita ao leitor à compressão das escolhas feitas nas decisões judiciais, nas interpretações da doutrina e do usuário do instituto, optando entre uma e outra, embora, seja quase impossível se eximir em não deixar transparecer, na análise, a posição que ombreia e adota, embora tomando cuidado para não resvalar para outros rumos e perder o foco principal do presente estudo.

2- As terceirizações da mão de obra no contexto atual.

Está se falando aqui da terceirização de mão de obra na qual a empresa que terceiriza (chamada de tomadora de serviços), contrata outra empresa (fornecedora de serviços), para então que esta lhe envie trabalhadores qualificados, ou não, para o desenvolvimento das atividades produtivas daquela, dentro do espaço físico dos estabelecimentos da contratante.

Assim, a terceirização é o procedimento ou a estratégia de gestão empresarial pela qual se desloca para a realização de certas atividades, não essenciais da empresa, para outras organizações especializadas. Esse é um conceito formulado da terceirização como está.

Relembrando sempre que terceirização provoca uma força trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de

⁴ Assim me referirei a Ronald Dworkin

⁵ DWORKIN, op cit.p. 56.

serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor e, portanto a força do trabalho, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O entendimento ampliado que vem se dando às terceirização, num fundamento de melhor adequação ao capital numa economia globalizada é, considerado, por outro fundamento, violadores e violadores dos direitos trabalhistas, já que para essa interpretação, o ordenamento jurídico pátrio só permite as contratações por empresas interpostas, nas hipóteses de (i) empreitada e sub-empreitada, constante do artigo 455 da CLT, englobando também a figura da pequena empreitada (art.652,"a", III, CLT) , (ii) de trabalho temporário 6.019/74 e (iii) serviços de vigilância 7.102/83.⁶

Fora do sistema legal, há o jurisprudencial cristalizado na sumula 331 do c.TST, ampliando a aplicabilidade para as hipóteses de atividade meio da empresa e serviços de conservação e limpeza, desde que inexistente a pessoalidade.

As hipóteses de sub-empreitadas, não despertam necessidade de maiores considerações. No entanto, para as Leis e a sumula citadas, passar-se-á a uma breve análise, a fim de melhor permitir a interlocução com a teoria do autor paradigma.

2.1- O alcance da L. 6.019/74

A primeira delas – L. 6.019-74, dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e, seu artigo segundo define o que é trabalho temporário limitando o campo de aplicabilidade da norma. Já no artigo dez, limita o prazo. *In verbis*:

Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços

Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

⁶ BRASIL. Leis. 6.019/74 e 7.102/83.

Como se vê a Lei é específica a certas necessidades do mercado, notadamente quanto a substituição do pessoal regular, o que pressupõe a existência de trabalhadores, na empresa, de forma contínua, na condição de empregado da empresa .

Por isso que em seu artigo quarto, especifica o que se constitui empresa de trabalho temporário, mas, sobretudo estabelece o caráter temporário da atividade e o fato de que a norma se destina trabalhadores qualificados para a substituição de outros em ramos específicos do processo produtivo e não uma mera e contínua substituição⁷.

Regulando pela via executiva, o Ministério do Trabalho e Emprego , baixou a IN no. 3/97, acerca do tema, fixando, o que seja empresa terceirizada - legalmente constituída- para realizar determinado e específico serviço de outra empresa, fora do âmbito da atividade-fim.

A interpretação literal da legislação e as explicações do MTE, é no sentido de restringir a aplicação da terceirização, inclusive quanto às garantias desses trabalhadores temporários, implementando maior controle e fiscalização das empresas pelos órgãos executivos.⁸

O mote atual do tema é a interpretação que se dá à expressão atividade fim e atividade meio. Mas, veja-se que, nessa norma, constata-se a possibilidade da inserção de trabalhadores na atividade fim da empresa, embora contratados por empresa interposta a quem ficam subordinados esses trabalhadores, porém, para isso, em caráter temporário, portanto, com limitação do tempo de trabalho nessas condições. É uma conclusão pela lente literal.

Para Maurício Godinho, o modelo terceirizante da Lei nº 6.019/74 produziu, uma inflexão no sistema trabalhista do país, pois era a contraposição à clássica relação bilateral abordada pela CLT, com uma nova redação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente, observando ainda que faltavam pontos a serem apreciados acerca do trabalho temporário que não autorizava a terceirização permanente, produzindo somente efeitos transitórios no tempo.⁹

⁷ Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

⁸ Art. 8º - A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra, quando solicitada, os elementos de informação julgados necessários ao estudo do mercado de trabalho.

Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei.

⁹ DELGADO. Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. 10ª Ed. LTr. 2010 . p.434.

2.2.O alcance da L. 7.102/83

Já a regra contida na L.7.102/83 destina-se a regular as terceirizações em atividades muito específicas, que são os vigilantes e seguranças de estabelecimentos particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, requerendo, para isso, treinamento e certificado.

Nesse tipo de intermediação da mão de obra, a força de trabalho é desenvolvida na atividade meio da tomadora dos serviços - segurança e vigilância. No entanto, é na própria lei que se encontrará também o exato limite dessas atividades para sua legitimidade.¹⁰

Nesta hipótese, o trabalho, embora fora da relação bilateral de empregador e empregador, é, pois desenvolvida por trabalhadores treinados, por empresas prestadoras de serviços especializadas, mas, sobretudo, desenvolvida na atividade meio, sem caráter duvidoso, e portanto, desmerece maiores considerações quanto a regular aplicação da norma e sua interpretação.

3. Da ampliação do uso das terceirizações pela Corte Suprema trabalhista- s. 331

Como seu viu, as únicas leis existentes para se sair do clássico binômio empregado e empregador, de forma direta, têm caráter específico e limites estreitos de aplicabilidade. Portanto, com pouca extravagância interpretativa nos Tribunais.

No entanto, após o advento da S. 331 do Tribunal Superior do Trabalho que ampliou, as hipóteses de utilização das terceirizações no Brasil, notadamente em razão da vaga expressão de “atividade meio e atividade fim”, levaram os intérpretes a adotarem os métodos diversos de acordo com a formação, tendência - ai um diálogo com Dworkin, que ao apresentar teses sobre o que é o direito, afirma que “Os processos judiciais sempre suscitam,

¹⁰ Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas;

II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

§ 1º Os serviços de vigilância e de transporte de valores poderão ser executados por uma mesma empresa.

§ 2º As empresas especializadas em prestação de serviços de segurança, vigilância e transporte de valores, constituídas sob a forma de empresas privadas, além das hipóteses previstas nos incisos do caput deste artigo, poderão se prestar ao exercício das atividades de segurança privada a pessoas; a estabelecimentos comerciais, industriais, de prestação de serviços e residências; a entidades sem fins lucrativos; e órgãos e empresas pública

pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade.”¹¹

As diversidades de interpretações e entendimentos exsurtem do item III da súmula 331, que fixa a “legalidade” das terceirizações nas chamadas “atividades meio” da empresa. Veja-se a propósito, o inteiro teor, e, nesse ponto, outra alternativa não resta senão a transcrição na íntegra do texto, com o fito de melhor compreender o aspecto central do texto e, com isso, desenvolver os tópicos seguintes. Veja-se:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

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

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

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

Afastando-se da análise de que em 2011¹² houve uma alteração na súmula mitigando a responsabilidade subsidiária aos entes da administração pública direta, volta-se o foco para a interpretação dada ao item III, parte final “bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”

Destaca-se que a própria súmula cria um óbice à ampliação da terceirização, quando realça, para tal fim, as normas existentes. É o que se extrai do item I. “A

¹¹ DWORKIN, . O Império do Direito. p. 5-6

¹² nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

3.1- Das fraudes na utilização da sumula 331e interpretação da L.6.019/74

Por se tratar de um trabalho que também expressa, ainda que não seja o objetivo, um crítica ao sistema, pensa-se que se faz importante, mesmo que de forma breve passar pela análise das práticas fraudulentas, para posteriormente, trazer as interpretações, então formuladas pelas instituições, uma vez que a questão para análise das teorias de Dworkin está basicamente nas interpretações propostas pelas instituições e que na espécie em exame acaba referendando as praticas abusivas e dando uma ampliação ao instituto, embora, por certo, não seja essa a intenção dos intérpretes.

Se o mercado respeitasse os limites das normas, em especial a L. 6.102/74, quanto a temporariedade dos serviços, mas sobretudo quando ao entendimento do que consiste “atividade meio”, constante da s. 331 do TST e subordinação direta pouca celeuma haveria, já que reduzidas as postulações de tutelas jurisdicionais, desafiando as variáveis interpretativas. Mas, não e o que ocorre na prática e no sistema brasileiro, tanto assim é que há uma proposta que força a regularização da pratica como está - O PL 4.330\04, que tem sido objeto de manifestações contrárias, apesar do lobi do capital.

A grande questão que encerra a discussão sobre as terceirizações é, além dos entendimentos conflitantes, muitos deles interpretados com visível violação aos princípios basilares do Direito do Trabalho, destaque-se que o princípio da proteção tem status constitucional – art. 7º. Caput .

Mas, quanto às leis citadas, também há interpretações e práticas que confrontam com tal princípio, pois a simples ausência de um dos requisitos das Leis 6.019/74 e 7.102/83 acarreta a nulidade da cláusula do contrato de emprego. Nesse sentido, os doutrinadores não divergem, alguns clássicos e, outros mais modernos, como Vólia Bomfim¹³ interpretando que,

a maioria dos trabalhadores terceirizados ou sub-contratados são verdadeiros empregados das empresas tomadoras, disfarçados por contratos simulados com cooperativas, associações ou empresas oportunistas. Isto explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre trabalhadores que prestam serviços a uma mesma empresa; do

¹³ BOMFIM. Volia. Direito do Trabalho, 4ª. ed. edição. RJ. Ed. Impetus. p. 483

único enquadramento sindical; do único empregador; do mesmo enquadramento legal, etc.. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços.

A questão da subordinação e pessoalidade, referidos na sumula, que são os requisitos do artigo 3º. da CLT¹⁴, para caracterização do que seja empregado, tem sido objeto de inúmeras fraudes, ante a presença desses requisitos na relação com muitos trabalhadores terceirizados, não se duvida. No entanto, o ponto de diálogo com Dworkin, são as diversas interpretações do que seja “atividade meio”, que qualifica uma decisão judicial para ampliação ou mitigação do instituto em comento.

3.2- Interpretação do TST sobre atividade fim e atividade meio

Entenda-se que atividade principal ou fim, é aquela cujo objetivo é essencial à consecução do objetivo social da própria empresa, e a terceirização, quando operada através de atividade-meio consiste no apoio de setores dentro da empresa tomadora que se interligam ao processo produtivo, mas não na sua atividade-fim.

O objetivo do capital para adoção dessa prática, é a diminuição nos custos, além da melhora no tocante a qualidade do produto ou dos serviços e, tornar as empresas dinâmicas para concorrer. Podendo também, ocorrer em serviços específicos, pela classificação técnica ou tecnologia específica.¹⁵

Mas, não é tão simples assim. Os julgadores e demais intérpretes têm dado variadas e extensas interpretações ao que seja “atividade meio” da empresa, alargando a aplicabilidade da súmula e, por conseguinte implantando no sistema pátrio uma ampla e quase irrestrita terceirização, a despeito dos limites legislativos tratados acima. Poderia ser na concepção de Dworkin um caso difícil,. Destarte, analisemos três julgados do TST. O primeiro elucida a expressão atividade meio, inadmitindo a amplitude, os dois seguintes, divergem.

.Ministro do TST, Aloysio Corrêa da Veiga, que, (TRT, RR 207/2006-005-15-00.8), .RECURSO DE REVISTA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍNCULO DE EMPREGO DIRETO COM A TOMADORA DE SERVIÇO.

14 Dec. Lei 5452 de 1º.05.1943. Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

15 JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Joubert de Quadros Pessoa. Terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art.71, Lei n. 8.666/93, declarada pelo STF in Revista LTr, vol.75,n.3,p.277

As atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. Em face de o acórdão regional ter consignado a circunstância de o obreiro executar tarefas atreladas à atividade-fim da tomadora, a contratação por empresa interposta é irregular, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, na forma da Súmula nº 331, I/TST, que preserva a compreensão já sedimentada na antiga Súmula nº 256/TST, no tocante aos efeitos jurídicos decorrentes da terceirização ilícita. Configurada esta, determina a ordem jurídica que se considera desfeito o vínculo laboral como empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo jus trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). A Lei nº 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, ao conceder à concessionária o poder de contratar com terceiros o desenvolvimento de "atividades inerentes", acessórias ou complementares ao serviço concedido, não comporta a interpretação de serem análogas as expressões "atividades inerentes" e "atividades-fim", já que tal exegese confrontaria com o texto da Súmula nº 331/TST. Esta delimita as hipóteses de terceirização lícita. Situações empresariais que autorizem contratação de trabalho temporário (art. 331, I), atividades de vigilância (Súmula nº 331, III, ab initio), atividades de conservação e limpeza (Súmula nº 331, III) E serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Estender o sentido do termo "inerente" inserta no n.º 1º do art. 25 da Lei nº 8987/95 para compreendê-la como a possibilidade de terceirização de funções e tarefas nucleares e definitórias da dinâmica empresarial do tomador de serviços significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. O fenômeno da terceirização, por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho, sofre restrições da doutrina e jurisprudência jus trabalhistas, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho. Entende-se, assim, que a contratação por empresa interposta, no caso vertente, é irregular, formando-se o vínculo de emprego diretamente com a tomadora de serviços. Recurso de revista não conhecido. (grifos inexistentes no original)

Os outros dois, um admite a licitude da ampla terceirização e outro contraria

Recurso de Revista nº TST-RR-619-79.2011.5.05.0421- Brasília, 28 e agosto de 2013. Ministro relator José Roberto Freire pimenta- TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. MANUTENÇÃO DE LINHAS E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO.

1. Discute-se nestes autos a possibilidade de terceirização da atividade de manutenção de linhas e redes de distribuição de energia elétrica pelas empresas concessionárias de serviço de energia elétrica e a incidência ou não, nestes casos, do item I da Súmula nº 331 do TST. Embora o entendimento consagrado nesta Súmula tenha sido de se admitir a licitude da terceirização de forma bem mais ampla e generalizada que a Súmula nº 256 desta Corte, que antes tratava da matéria, isso não significou considerá-la lícita em todo e qualquer caso. Levando-se em conta a finalidade da

terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, consagrou-se, em seu item III, a autorização para a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ou seja, a *contrario sensu* continuou sendo considerada ilícita, sob pena de formação do vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados com o tomador dos serviços nos termos de seu das atividades-fim das empresas.

2. Esse limite deve também ser observado, por identidade de motivos, nas atividades das empresas concessionárias ou permissionárias do ramo de energia elétrica. Com efeito, a Lei nº 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral constitui norma de Direito Administrativo e, assim, não foi promulgada para regular matéria trabalhista, devendo a questão da licitude e dos efeitos da terceirização ser decidida exclusivamente pela Justiça do Trabalho, com base nos princípios e regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretar e eventualmente a aplicar as primeiras de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas que, em nosso país, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, em especial os artigos 2º e 3º da CLT.

3. Por via de consequência, não se pode mesmo interpretar o § 1º do artigo 25 da Lei nº 8.987/95, de que a autorização por ele dada à empresa concessionária dos serviços de energia elétrica para contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço tornaria lícita a terceirização de suas atividades-fim, o que, em última análise, acabaria por permitir que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros qualquer empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

4. Assim, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados de forma a não produzir resultados não razoáveis e incompatíveis com o Direito do Trabalho e mediante a aplicação de outras normas infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico, não estão, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10, tampouco violando o artigo 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se estará utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

(...)

6. A questão da legalidade ou ilegalidade da terceirização da atividade-fim das tomadoras de serviços foi recentemente objeto de decisão da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) deste Tribunal Superior do Trabalho, em 28/06/2011, em sua composição completa, no julgamento do processo E-RR - 1346/2008-010-03-40.6, ao analisar a questão dos serviços de *call center*, e que teve como Relatora a Ministra Maria de Assis Calsing, em que, por expressiva maioria (nove votos a favor e cinco contra), entendeu-se que as empresas de telecomunicações se encontram igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula nº 331, itens I e III, e que os serviços das centrais de atendimento - *call center* - inserem-se nas atividades-fim da empresa de telefonia, fato esse que impossibilita o reconhecimento da legalidade dessa modalidade de terceirização. Ao assim decidir, a SBDI-1 nada mais fez do que exercer sua função precípua, legal e regimental: dirimir a divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte, até então existente, sobre a matéria, consagrando a tese a ser observada dali por diante pelos órgãos fracionários deste Tribunal Superior, nos termos e para os efeitos do artigo 894, inciso II, da CLT, do artigo 3º, inciso III, alínea "b", da Lei nº 7.701/88 (ambos na redação que lhes foi dada pela Lei nº 11.496/2006), bem como do artigo 71, inciso II, alínea "a", do Regimento Interno desse Tribunal.

7. (...).

8. Assim, diante da ilicitude da terceirização das atividades de construção e manutenção de linhas e redes de distribuição de energia elétrica pelas empresas concessionárias de serviço de energia elétrica, nas quais se insere a exercida pelo

reclamante, eletricista, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o pagamento de todos os seus consectários legais objeto do pedido inicial. Recurso de revista não conhecido. (grifos inexistentes no original)

TST-RR-124500-63.2004.5.03.0108 8ª Turma DORA MARIA DA COSTA Ministra-Relatora 28 de abril de 2010. RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. [...]. Recurso de revista adesivo não conhecido.

Como se vê, poder-se-ia transcrever inúmeros julgados da Corte Superior Trabalhista, com divergências as mais diversas sobre atividade meio, seu confronto com a leis específicas de direito administrativo. No entanto, é desnecessário. (grifos inexistentes no original).

Há, com o fito de regulamentar e, portanto, criar uma regra no direito positivo, acerca da ampliação das terceirização, há o Projeto de Lei (PL) 4.330/04, de autoria do deputado Sandro Mabel do PL/GO, cuja justificativa, centra-se, na visão estritamente do capital, no avanço da economia e modos de produção dos últimos 20 anos, ensejando uma reformulação na organização do trabalho, com a adoção de novas formas de contratação para “atender à nova empresa” e a terceirização permite a concentração no negócio principal e na melhoria da qualidade do produto. Mais, “ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação”¹⁶

¹⁶ Projeto de Lei 4.330/04. *in* site do Senado – WWW. Senado. gov. br, acessado em 21.08.013

2º Empresa prestadora de serviços a terceiros é a sociedade empresária destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata e remunera o trabalho realizado por seus empregados, ou subcontrata outra empresa para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Art. 4º Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato de prestação de serviços determinados e específicos com empresa prestadora de serviços a terceiros.

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

Não cabe aqui, traçar um debate mais extenso sobre as diversas reações de vários segmentos sociais, mas, também não se pode deixar de trazer importantes referências, pela relevância e atualidade do tema, citando apenas alguns deles, como as Centrais Sindicais (CUT, CGT,), as associações, Nacional de Magistrados Trabalhistas (ANATRA), dos membros da Procuradoria do Trabalho (ANPT) e dos Advogados Trabalhistas (ABRAT), dentre outros, e grupos de estudantes organizados em centros acadêmicos¹⁷.

Mas, não se pode deixar de citar dos juristas da nova era, um jus filósofo humanista, o juiz do Trabalho Jorge Souto maior,¹⁸ que, como sempre, logo se incomodou e escreveu, um repúdio filosófico sobre o tema e a intenção do projeto, com o título de cujo artigo batizou de L 4.330, “o Shopping Center Fabril” sendo, para não se perder o espírito da idéia, melhor a transcrição de parte do texto.

Os protagonistas do PL 4.330 tentam vender a ideia de que estão fazendo um bem para os trabalhadores. No entanto, estão tentando justificar e minimizar todas as maldades já cometidas pela terceirização ao longo dos 20 (vinte) anos em que se instituiu no cenário das relações de trabalho no Brasil, desde quando foi incentivada pela Súmula 331, do TST, em 1993, tendo servido ao aumento vertiginoso da precarização das condições de trabalho.

O projeto preconiza que a terceirização “é técnica moderna de administração do trabalho”, mas, concretamente, representa uma estratégia de destruição da classe trabalhadora, de inviabilização do antagonismo de classe, servindo ao aumento da exploração do trabalhador, que se vê reduzido à condição de coisa invisível, com relação à qual, segundo a trama engendrada, toda perversidade está perdoada.

O próprio projeto se trai e revela, na incoerência, a sua verdadeira intenção. Diz que a terceirização advém da “necessidade que a empresa moderna tem de concentrar-se em seu negócio principal” [...]

A revelação mais importante que se extrai do projeto é a de que o negócio principal de uma empresa é a extração de lucro por intermédio da exploração do trabalho alheio e quanto mais as formas de exploração favorecerem ao aumento do lucro melhor, sendo que este aumento se concretiza, mais facilmente, com redução de salários, precariedade das condições de trabalho, fragilização do trabalhador, destruição das possibilidades de resistência e criação de obstáculos para a organização coletiva dos trabalhadores, buscando, ainda, evitar qualquer tipo de consciência em torno da exploração que pudesse conduzir a práticas ligadas ao antagonismo de classe.

§ 2º O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.

¹⁷ Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília. Site da Jutra, acessado em 09.09.2013. MANIFESTO DE REPÚDIO AO PROJETO DE LEI Nº 4330/2004- “, vem, por meio deste, manifestar seu repúdio ao Projeto de Lei nº 4330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que se encontra incluído em pauta de votação no Congresso Nacional para o dia 3/9/2013”.

Ofício circular no. 1111/2013-GAB, datado de 4.09.2013, do Conselho Superior do MPT, assinado pelo procurador Geral do Trabalho, Luis Antonio Camargo de Melo, direcionado ao Presidente da câmara dos Deputados, contendo moção contrária ao PL 4330-A sobre terceirização- informativo no grupo da JUTRA, em 06.09.2013.

¹⁸ No site da JUTRA acessado em 03.09.2013 e recebido pela rede.

A questão da consequência dos que defendem a teoria de que a ampliação das terceirizações gera precarização dos direitos trabalhistas e aviltamento aos princípios construtores do Direito do Trabalho não serão contempladas com maiores análises, mas sim, as teorias de Dworkin que empresta ao tema valiosa contribuição para entender o que gravita em torno das divergências sobre o que é direito do que move as escolhas do interprete.

4- Dialogando com Dworkin – aspectos das teorias interpretativas

Destaque-se, que utilizar-se-á, neste item, as obras paradigmas de forma indistintas, sem separação sistêmica entre uma e outra.

Da análise de ambas as obras de Dworkin¹⁹ constata-se, que não é o objetivo do autor indicar, previamente, os argumentos de política ou de princípios existentes, nem elencar quais direitos um indivíduo possui abstratamente, para socorrer essa ou aquela aplicação da norma ao caso concreto, tampouco justificar o que ele chamou de “direitos originários” mas, analisar as teorias do direito e as aplicáveis aos casos difíceis, nos quais, mesmo os juízes mais criteriosos podem divergir. Propõe, para isso, uma teoria da interpretação para auxiliar os operadores do Direito a encontrar uma fórmula de dirimir os conflitos duvidosos e, portanto difíceis, ou mesmo tornar compreensível os caminhos utilizados para essas opções.

Inegável, pois, que a utilização do poder discricionário, existirá no ato de decidir, agregando os valores éticos, históricos e políticos do julgador. Não podendo, nos chamados casos difíceis, haver apego, a uma visão estritamente positivista do direito, então por ele criticada, por ausência mesmo de norma clara, para tanto. Aqui, então o enquadramento das divergências do tema em estudo- terceirizações- que embora haja norma específica para sua não utilização ampla, o Tribunal superior, ao criar uma súmula que amplia, em parte, a utilização, adotou termo ou expressão “atividade meio e atividade fim” que vem contribuindo, para o alargamento da utilização desse instituto nas relação entre capital e trabalho.

A utilização da forma que está, além de traduzir incerteza jurídica aos atores sociais envolvidos, quer os empregados pela teoria da precarização de seus direitos, quer o empregador terceirizante pela teoria da insegurança sobre uma decisão judicial que contrarie a pratica adotada, isso, há hipótese do caso ser levado ao Tribunal.

¹⁹ DWORKIN,. *Levando os Direitos á Sério*, op cit

¹⁹ DWORKIN. *O Império do Direito*. Op cit.

Especificamente na obra *Levando os Direitos a Sério*²⁰ Dworkin, sinaliza que quando se cria uma teoria do Direito, ela deve conter uma teoria da legislação e uma teoria da decisão judicial e, para esta, precisa estabelecer padrões que os juízes devem seguir para decidir os casos jurídicos difíceis.

Extremamente oportuno para a discussão do tema em comento, o fato de que a abstração, imprecisão do texto tornará uma norma confusa se “houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria um melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo, e não de outro”²¹

De qualquer sorte, considera válida as interpretações formuladas, pois são criativas e construtivas na medida em que se preocupam essencialmente com o propósito, comparando, o autor, o direito com a arte, pois, segundo ele, ambos são de cunho essencialmente criativos²².

Com efeito, pensamos que a criatividade e a intuição, embora o autor rejeite o processo intuitivo, são inerentes ao ser humano e indissociável de qualquer ciência ou arte. Mas, aqui, considerando as diversas interpretações que vem sendo dada a expressão “atividade meio”, então inserida pelo TST para ampliar a aplicabilidade das terceirizações, tem-se que pela ambigüidade da expressão que, tanto poderá ser utilizada em favor de quem pretende a restrição interpretativa, quanto para quem deseje gerar uma interpretação de ampliação na aplicabilidade – ou seja, atividades meio podem ser quase todas as desenvolvidas pela empresa em seu processo produtivo, se assim o quiser o intérprete.

Retorna-se, nesse ponto, o diálogo com Dworkin, que sinaliza que a interpretação construtiva impõe um propósito a um objeto ou prática a fim de torná-lo o melhor possível. Mas, não é totalmente livre, pois a história de uma prática, ou a forma de um objeto, traça limites às interpretações disponíveis²³

E, portanto há pressupostos que devem sinalizar o ato de interpretar uma prática social, quais sejam, a prática não apenas existe, mas tem uma finalidade segundo o valor, interesse, propósito ou princípio que leve em conta; e ainda, as regras da prática social devem ser compreendidas, aplicadas ou modificadas segundo essa finalidade²⁴

Trazendo o tema e realçando que trata-se de súmula e, se interpretar que as terceirizações da mão de obra, devam ser amplas com objetivo ao que seja ampliadas o

²⁰ DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos á Sério. Passim.*

²¹ DWORKIN. *O Império do Direito.* p. 422.

²² *Idem*, p. 63.

²³ *Ibidem.* p. 6.

²⁴ *Ibidem*, p. 57-8.

entendimento do que é atividade meio e atividade fim, e por isso as leis citadas, estão ultrapassadas, estar-se-á diante de um argumento de cunho econômico – plausível, é inegável. Mas, se a interpretação deva ser restritiva, pois melhor se ajusta aos princípios do Direito do Trabalho – de proteção, e as próprias normas trabalhistas, em especial o art. 2º. e 3º. da CLT²⁵ – parece que é uma interpretação mais construtiva em razão da finalidade da norma trabalhista e os princípios que a geraram.

A interpretação construtiva procura tornar uma prática a melhor possível em face de sua finalidade e portanto, a “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”²⁶

A interpretação é “como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra” e não convalidar ou descobrir o que está por traz do objeto do ponto de vista histórico e social²⁷

Mas, a interpretação da prática obriga o intérprete a aderir à prática que se propõe compreender, de maneira que suas conclusões não serão relatos neutros sobre o pensamento dos membros da comunidade, mas enunciados comprometidos com a visão do intérprete. É justamente esse tipo de interpretação que Dworkin acredita ser característica do Direito pois, para ele, há diferença entre “interpretar os atos e os pensamentos dos participantes um a um” e “interpretar a prática em si mesma”²⁸

Portanto, uma teoria geral do direito é interpretativa e justificadora, e, é parte do próprio direito, como parte geral de qualquer decisão. Assim, “(...) o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia de direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto”²⁹

Mas, como nada disso é muito simples, e nem mesmo a interpretação da aplicabilidade das terceirizações, avança, um pouco mais com Dworkin, que afirma que o direito não pode ser descrito, mas apenas interpretado. E, portanto, a preocupação em delinear uma teoria do direito como integridade, levando-o à firme tentativa de adequá-la e justificá-la

²⁵ - Art. 2º. e 3º. CLT

²⁶ DWORKIN. O Império Do Direito. 58.

²⁷ idem 71

²⁸ ibidem p. 77-8.

²⁹ ibidem, p. 113.

como a teoria que mostra nossa prática jurídica sob sua melhor luz, e, para isso, oferece as etapas do método interpretativo. Veja-se.

4.1. As etapas propostas

Num primeiro momento, sugere que se deva passar por uma etapa prévia que ele chamou de pré-interpretativa na qual “são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática.” Trata-se de definir quais os contornos da prática social a ser interpretado, isto é, as hipóteses ou as convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática.³⁰

Seguindo, o intérprete deve encontrar “uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” Essa justificativa permitirá dizer qual (is) significado(s) é ou são adequado(s) à prática analisada. Nessa fase também é necessário um “acordo” sobre quais significados são adequados, já que o objetivo é interpretar e não inventar algo novo³¹.

E na etapa chamada pós-interpretativa, deverá o intérprete, harmonizar “sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” Nesse momento, pretende-se apontar, entre os significados considerados adequados à nossa prática, aquele que mostra a prática sob sua melhor luz. E nesse ponto, a justificativa dependerá de convicções mais substantivas que aquelas apresentadas na fase de adequação. Entretanto, “essas convicções não precisam ser tão compartilhadas pela comunidade quanto a noção do intérprete acerca dos limites da pré-interpretação, ou mesmo quanto a suas convicções sobre o devido grau de adequação”.³²

Releva observar que não há propriamente neutralidade nessas concepções, pois são todas interpretativas; porém, o método evita espaços discricionários, ao menos teoricamente. E, por isso, ele, ressalta a necessidade de um acordo pré-interpretativo, pois é imprescindível um consenso inicial sobre quais práticas são jurídicas. Em regra, todos os juristas reconhecem as legislaturas, os tribunais, as agências reguladoras e órgãos administrativos, bem como as decisões tomadas por essas entidades, como parte de nossa prática jurídica.

³⁰ DWORKIN. O Império Do Direito *ibidem* p. 81.

³¹ *Idem*, p. 81.

³² *Ibidem*.p. 81, 82, 84.

Nesse ponto aí, volta-se a discussão acerca das terceirizações, pois se o acordo pré-interpretativo, para se admitir ampliação das terceirizações de mão de obra, com base no tribuna e s. 331, alargando o entendimento do que seja atividade meio, é bem provável que esse pré acordo, esteja centrado nas mudanças sofridas nos últimos 20 anos, a partir da globalização, que vem impondo as empresas alterações nos seus métodos produtivos a fim de ser tornar mais competitiva no mercado e mais lucrativas. E para isso, a terceirização tem por escopo descentralizar os meios produtivos, permitindo um maior foco. Essa pode ser uma justificativa prévia – adequação da norma aos movimentos econômicos e sociais – e com isso evitar uma discricionariedade excessivamente injustificável.

Mesmo que esses argumentos não estejam explícitos na decisão – e não devem estar - é esse, à toda evidencia que o grande mote dos intérpretes e julgadores que adotam a linha interpretativa – a ampliação ampla da terceirização.

4.1.a- As três concepções interpretativas do Direito

Mas, avançando um pouco no diálogo com o autor escolhido. Ele apresenta três concepções interpretativas do direito: convencionalismo, pragmatismo jurídico e direito como integridade. Apenas a primeira e a última, no entanto, aceitam essa proposta de justificativa geral do direito, segundo ele, escolhendo a última, por traçar um melhor prisma do Direito

Assim, em resumo, no convencionalismo, o pensador do direito o vê como aquilo que realmente é não como deveria ser. Nesse, a tarefa do juiz, é de um aplicador desse direito já declarado em decisão política anterior, portanto, numa versão próxima do positivismo, que garante a segurança e previsibilidade do direito³³

E, na outra obra trazida a cotejo,³⁴ “O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a idéia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser um produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica”

O pragmatismo, “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Assim, contesta o argumento de que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado. Entretanto, por razões de estratégia, para evitar a perda de controle pelo governo e,

³³ DOWRKIN, Império do Direito, p. 141.

³⁴ DOWRKIN, Levando os Direitos a sério. Introdução- p. XII

desta forma, piorar a comunidade como um todo, o pragmatismo jurídico pode optar por disfarçar sua decisão real simulando a aplicação da lei³⁵.

Ou, seja, segundo ele, nos casos difíceis o positivismo jurídico leva o julgador a um poder discricionário “na verdade ele legisla novos direitos jurídicos e em seguida os aplica retroativamente aos casos em questão”³⁶. Entende, portanto, ser inadequado e apresenta, uma teoria melhor.

Retornando, a diferença entre o pragmatismo jurídico e o convencionalismo pode ser bem resumida nas próprias palavras de Dworkin³⁷:

“A diferença prática entre as duas teorias da jurisdição é, portanto, a seguinte: em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livre para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente. Em um regime pragmático, nenhuma convenção desse tipo seria reconhecida, e ainda que os juízes normalmente ordenassem o cumprimento de decisões tomadas por outras instituições políticas no passado, eles não reconheceriam nenhum dever geral de fazê-lo.”

Já na concepção pela integridade, Dworkin identifica, três “virtudes” que devem ser levadas em conta: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. A equidade constituiria “uma questão de encontrar os procedimentos (...) que distribuem o poder político da maneira adequada”, isto é, permite que os cidadãos tenham “mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam” . A justiça, por sua vez, preocupa-se com a substância das decisões, sendo, para Dworkin, uma preocupação de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”³⁸

O devido processo legal adjetivo indica o respeito a certos procedimentos pré-definidos para o julgamento de qualquer cidadão, ou seja, “queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação” e portanto, em termos de ideal “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios

³⁵ DWORKIN, Império do Direito. 185

³⁶ DWORKIN. Levando os Direitos a sério. p .127

³⁷ DWORKIN, Império do Direito p. 181

³⁸ idem, p. 200.

com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”³⁹

Ele compara, nessa teoria, o intérprete ao romancista que deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor, numa continuidade, porém, com liberdade criativa limitada, por não se tratar de um novo começo, já que, integridade é, por definição, uma questão de princípio. Assim, na concepção do direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Não se exige concordância com todos os elementos, mas ao menos em relação aos pontos estruturais.⁴⁰

Nesse diapasão, os juízes tentam encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Em seguida, verificam quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, e, apenas então, se houver mais de uma interpretação adequada, deverão buscar aquela que melhor se ajuste a esse conjunto coerente de princípios. O direito como integridade será determinante tanto na adequação quanto na justificação do melhor significado.

E acentua que, é inegável que o resultado dessa interpretação seja influenciado pelas convicções políticas de cada juiz. Entretanto, tal influência é bastante minimizada na medida em que cabe ao intérprete buscar quais convicções, princípios, preceitos de moral pública e outros explicam melhor a história política da comunidade.

4.2 – As interferências dos valores e gostos nas percepções e significados

Mas, realce que Dworkin está mais preocupado com o processo de interpretação que com a solução efetiva, no entanto admite que os valores e gostos diferentes de cada um interfere na percepção dos significados, convalidando-se em argumentos que permitam decidir. Mas, não é o foco das teorias dele, por isso que os intérpretes “acham que as interpretações que adotam são melhores – e não apenas diferentes – daquelas que rejeitam”⁴¹

Mas, também afirma que mesmo quando não há lei para o caso, uma das partes pode, ter o direito de ganhar a causa, vez que os juiz continua, mesmo em tais casos, chamados por ele de “casos difíceis”, de descobrir quais são os direitos das partes e não

³⁹ DWORKIN O Império dos Direitos idem. 200-1.

⁴⁰ idem, p. 272.

⁴¹ ibidem p. 94.

inventar novos direitos retroativamente. E assegura que, por não ser uma investigação mecânica, “pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos”⁴²-

E , embora o ideal seria que os juízes não criassem novos direitos – e segundo ele, quando se interpreta, na lacuna da lei, cria-se um novo direito – mas que na prática isso não pode ser concretiza, já que as leis e as regras do direito costumeiro são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de aplicadas ao novo caso, o que justifica o fato de às vezes os juízes criarem um novo direito, de forma dissimulada ou explícita. Embora os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados⁴³

O certo é que o autor, produz análise acerca das críticas que são feitas aos julgamentos quando se cria novos direitos, cuja antítese é que os juízes não são membros do poder legislativo que criam leis e, portanto, não respondem perante o eleitorado .E, se um juiz cria uma lei nova e aplica ao caso *sub judice*, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.⁴⁴

Com isso, trás à essa discussão a análise se a interpretação ampliativa da terceirização, sem lei que sustente isso, apenas com base em sumula que tem expressão ambígua e imprecisa, não será a mesmo a criação de um direito que vem a punir uma das partes.

A punição, no caso tem como foco o trabalhador, cuja lei e princípios específicos ampara o direito de ser empregado da empresa para qual destina sua força de trabalho e, em sendo terceirizado, deixa de ter todos os benefícios da empresa, quais seja, integração na carreira, salários e benefícios iguais aos empregados diretos da empresa e “certa” estabilidade.

A punição, assim interpretada se assenta na violação ao principio da isonomia garantido constitucionalmente no direito brasileiro⁴⁵, como também tem o foco maior nos princípios construtores do Direito obreiro, com suporte na própria CLT no art. 8º.⁴⁶, como fonte supletiva, na ausência da lei. São eles: Principio da proteção, que se subdivide em três outros, quais sejam, (i) *indubio pro misero*; (ii) aplicação da norma mais favorável e (iii) condição mais benéfica. Todos os demais princípios, como o da irrenunciabilidade de direitos; continuidade da relação; primazia da realidade e outros, decorrem desse principio maior – da proteção – que irradia em todo o sistema legislativo trabalhista, e se dá para compensar as

⁴² DWORKIN. Levando os Direitos a Sério. P.127

⁴³ DWORKIN. p.128-129

⁴⁴ Idem p.133

⁴⁵ CRFB\88. art.5o.

⁴⁶ Dec-Lei. 5452 de 1º.5.1943., art. 8º.

desigualdades econômicas e fraquezas dos empregados, e na proteção dos desvios e excessos historicamente ocorridos.

Releve-se que o princípio do *indubio pro misero* é invocado quando uma mesma norma é susceptível de interpretações diversas, aplicam-se a interpretação da norma mais favorável ao hipossuficiente, que é aplicado na concorrência de leis, para o mesmo objeto utilizado. Aqui é uma revogação ao princípio da hierarquia das Leis que vigora do direito obreiro.

Já o princípio, da condição mais benéfica, encerra a aplicação da interpretação acerca da condição de trabalho que seja menos prejudicial ao empregado, devendo o julgador ou intérprete no conflito, decidir em observância a esse princípio, lembrando que não é a condição econômica e sim a condição de trabalho que cause mais bem estar ao empregado.

Fazendo um cotejo entre esses princípios e a terceirização ampla, ante os diversos entendimentos que tem sido atribuído a “atividade meio e atividade fim”, parece que a melhor interpretação dentro dos métodos oferecidos por Dworkin, é aquele que se vincula à validação dos princípios, pois do contrário, está se criando um novo direito, depois dos fatos, em prejuízo do inocente. Assim “mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação explícita anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação”. Pois se o dever já tivesse existido por lei o réu teria tomado conhecimento e teria se organizado e precavido, sem a injusta surpresa⁴⁷.

É de se concordar com o autor ao concluir essa teoria acima que analisa princípios e democracia, se esquerer que “Por outro lado, se a reivindicação do demandante for duvidosa, o tribunal deverá, até certo ponto, surpreender qualquer uma das partes com sua decisão.”⁴⁸

Mas, no caso das terceirizações há leis que regulam o instituto, lembre-se, e o entendimento cristalizado do Tribunal Superior Trabalhista aumenta a celeuma com uma sugestão de interpretações diferentes. Por isso, que se prefere, nesse caso especificamente unir os atributos dos princípios que foram fundantes na criação do arcabouço legislativo trabalhista, para tender, e ai é um critério político, ético e histórico dessa autora, para a inaplicabilidade da ampliação da terceirização.,

⁴⁷ DWORKIN. Levando os direitos a sério. P. 134

⁴⁸ Idem p. 135

Por esses critérios, faz uma crítica ao PL. 4.330\04, engrossando as correntes e instituições que vêm, nesses últimos dias – esse texto é escrito em início de setembro de 2013 – se insurgindo e fazendo frente junto ao Congresso para que não se aprove ou não chamado de “famigerado” Projeto de Lei da terceirização.

5- Considerações finais

A partir do estudo das obras de Ronald Dworkin, busca-se compreender as diversas interpretações dadas às decisões dos Tribunais e as regras jurídicas. Neste ensaio busca-se compreender, os diversos tratamentos dados pelos Tribunais às terceirizações, quanto legitimidade ou não da sua utilização de forma ampla, comparada aos chamados “casos difíceis” proposto pelo autor.

Na ausência de norma específica ou nas diferentes interpretações por ele analisadas, rechaça concepção positivista do direito aos casos difíceis, pois o percebe apenas como um modelo de regras, ignorando outros padrões como políticas e princípios, é, portanto, insuficientes à algumas respostas.

Ao analisar as concepções interpretativas do direito, considera “pragmatismo jurídico”, “convencionalismo” e “direito como integridade”, bons e destaca o “direito como integridade” uma plausibilidade interpretativa melhor que as outras duas.

No tema, num primeiro momento, a crítica se faz ao fato que o modelo terceirizante, além de produzir, uma inflexão no sistema trabalhista do país, pois é a contraposição à clássica relação bilateral abordada pela CLT, traz uma nova proposta trilateral de prestação laborativa, isso, desde a sub-empregada, passando pelo trabalho temporário.

Mas, é no texto da sumula 331 da Suprema Corte Trabalhista, a verificação dos graves distanciamentos interpretativos, pela abstração do texto, já que então, o Tribunal, ampliou a aplicabilidade da terceirização para, também nas “atividades meio da empresa” nos serviços de conservação e limpeza, desde que inexistentes a personalidade e a subordinação.

Com isso, os intérpretes a adotar métodos diversos de acordo com a formação, tendência - ai um diálogo com Dworkin, para quem ao apresentar teses sobre o que é o direito, afirma que os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos, em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade e que, portanto,

E, o fato de que a abstração, imprecisão do texto tornará uma norma confusa se houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria um melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo, e não de outro. Segundo Dworkin.

Inegável, pois, que a utilização do poder discricionário, existirá no ato de decidir, agregando os valores éticos, históricos e políticos do julgador. Não devendo, nos chamados casos difíceis, haver apego, a uma visão estritamente positivista do direito, então por ele criticada, por ausência mesmo de norma clara, para tanto. Aqui, então o enquadramento das divergências do tema em estudo – terceirizações - que embora haja norma específica para sua não utilização ampla, o Tribunal Superior, ao criar uma súmula que amplia, em parte, a utilização, expressão “atividade meio e atividade fim” que vem contribuindo, para o alargamento da utilização desse instituto nas relação entre capital e trabalho.

E, por isso, na concepção “do direito como integridade”, os juízes tentam encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Em seguida, verificam quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, e, apenas então, se houver mais de uma interpretação adequada, deverão buscar aquela que melhor se ajuste a esse conjunto coerente de princípios. Portanto, essa concepção será determinante tanto na adequação quanto na justificação do melhor significado, que justifica a teoria eleita pelo autor paradigma.

Nessa teoria, compara o intérprete ao romancista que deve criar a melhor interpretação possível, numa continuidade, porém, com liberdade criativa limitada, por não se tratar de um novo começo, já que, integridade derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal e não se exige concordância com todos os elementos, mas ao menos em relação aos pontos estruturais.

Diante da diversidade interpretativa do que se constitui atividade meio e atividade fim da empresa, e ainda a fraude existentes na relação de subordinação, a busca dos princípios de validação interpretativa, parece que caminha par e passo com essa teoria, pois princípio, de maneira genérica, é todo padrão que não é regra e um padrão que deve ser observado por ser uma exigência da justiça ou equidade. Portanto, mesmo quando não há lei os juízes devem descobrir quais são os direitos das partes e não inventar novos direitos, ao caso existente.

A expressão “atividade meio” além de traduzir incerteza jurídica aos atores sociais envolvidos, quer os empregados pela teoria da precarização de seus direitos, quer o empregador terceirizante pela teoria da insegurança sobre uma decisão judicial que contrarie a prática adotada, cria interpretação que não é dada pelo poder legislativo

Portanto se buscar a interpretação de que as terceirizações da mão de obra, devam ser amplas quanto ao entendimento do que é atividade meio da empresa, e por isso as leis citadas, estão ultrapassadas, estar-se-á diante de um argumento de cunho econômico – plausível, é inegável. Mas, se a interpretação deva ser restritiva, para melhor se ajustar aos princípios do Direito do Trabalho – de proteção, e as próprias normas trabalhistas, em especial parece que é uma interpretação mais construtiva em razão da finalidade da própria norma .

Prefere, nesse caso especificamente, unir os atributos dos princípios que foram fundantes na criação do arcabouço legislativo trabalhista, para tender, e ai é um critério político, ético e histórico dessa autora, para a inaplicabilidade da ampliação da terceirização.

6- Referencias bibliográficas

- BOMFIM. Volia. Direito do Trabalho, 4ª. ed. edição. RJ. Ed. Impetus. p. 483
BRASIL. Leis 6.019/74 e 7.102/83
BRASIL .Projeto de Lei 4.330/04. in site do Senado – WWW. Senado. gov. br, acessado em 21.08.013
BRASIL CRFB\88
BRASIL Dec-|Lei. 5452 de 1º.5.1943Art. 8o.
DWORKIN, Ronald. M, O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes. 1999
_____ Levando os Direitos á Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2002
DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. 10ª Ed. LTr. 2010 .
JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Joubert de Quadros Pessoa. Terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art.71, Lei n. 8.666/93, declarada pelo STF in Revista LTr, vol.75,n.3,
MAIOR. Jorge Luiz Souto, WWW. JUTRA.br, acessado em 03.09.013 e recebido pela rede dos integrantes da JUTRA.