



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD
Programa de Graduação em Direito

ASPECTOS DO MOVIMENTO DESCONSTITUINTE NO BRASIL:
a liberação da terceirização da atividade-fim como prática desconstituente

LUCAS ORSI ROSSI PEREIRA

Brasília

2022

LUCAS ORSI ROSSI PEREIRA

ASPECTOS DO MOVIMENTO DESCONSTITUINTE NO BRASIL:

a liberação da terceirização da atividade-fim como prática desconstituente

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientador: Professor Doutor CRISTIANO PAIXÃO.

Brasília

2022

0076a Orsi Rossi Pereira, Lucas
Aspectos do movimento desconstituente no Brasil: a
liberação da terceirização da atividade-fim como prática
desconstituente / Lucas Orsi Rossi Pereira; orientador
Cristiano Paixão. -- Brasília, 2022.
69 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2022.

1. Direito constitucional. 2. História do direito. 3.
Práticas desconstituintes. 4. Terceirização da atividade
fim. 5. ADPF 324. I. Paixão, Cristiano, orient. II. Título.

Citar como: ORSI ROSSI PEREIRA, Lucas. *Aspectos do movimento desconstituente no Brasil: a terceirização da atividade-fim como prática desconstituente*. 2022. 69 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

LUCAS ORSI ROSSI PEREIRA

ASPECTOS DO MOVIMENTO DESCONSTITUINTE NO BRASIL:

a liberação da terceirização da atividade-fim como prática desconstituente

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Aprovada em 5 de maio de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor **CRISTIANO PAIXÃO**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Orientador – Presidente

Professora Doutora **GABRIELA NEVES DELGADO**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Examinadora

Professor Doutor **JORGE OCTÁVIO LAVOCAT GALVÃO**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Examinador

Brasília

2022

AGRADECIMENTOS

“*Me maten si no pueden entrar. Me muera, no les puedo fallar. Yo sin esta gente, ¿pa qué [...] quiero pasar?*”.

C. TANGANA¹

Gosto muito dessa música do C. TANGANA. Ainda que bastante melodramática, acredito que sumariza muito bem o sentimento que tenho em relação à minha família e aos meus amigos: de que importa seguir em frente sem ter ao meu lado aqueles que estiveram comigo durante a jornada? Se eles não podem seguir, então eu não quero seguir. Simples assim. Caminhando para encerrar esse ciclo tão importante da minha vida, preciso reconhecer e, sobretudo, agradecer aos que me acompanharam ao longo dessa aventura.

Aos meus amigos de *outro nível*, CAROLINA CHAER, GUSTAVO SANTOS, LETÍCIA TAKADA e MARIANA AFIUNE, que estão comigo desde sempre e (espero que) para sempre. Vocês foram meus primeiros melhores amigos e me mostraram, desde cedo, o que é uma amizade verdadeira.

Ao *Quarteto ******, ANA LUIZA BALBINO, LUCAS BANDEIRA e MATTEO TAVERNA, meus maiores e melhores amigos. Não sei (nem gostaria de saber) o que seria de mim sem vocês. Foi ao lado de vocês que me tornei o que sou hoje e não mudaria absolutamente nada. Do passe livre para a hostilização ao amor incondicional, os três me ajudaram a encontrar o melhor Lucas que eu poderia ser. Muito obrigado!

À ELISA BOAVENTURA, que já soma nove anos de uma amizade muito parceira, da qual eu não abro mão jamais, regada a muitas risadas e bons momentos. Ao PEDRO GONET, meu querido padrinho, que me acompanha desde o ensino médio. Obrigado Elisão e Pepê por estarem ao meu lado desde antes do começo até o fim deste capítulo!

Ao grupo mais *necessário* da Faculdade de Direito da UnB: SARA ASSIS, minha primeira amiga da faculdade, que sempre me estimulou a me desafiar e sempre esteve ao meu lado, e GIOVANNA ALMEIDA, minha maior companheira nessa saga do TCC, com quem compartilho e compartilharei excelentes memórias. Saroca e Gigica, entre as mais variadas vivências e questões, enfim, chegamos ao outro lado!

À MARCELA ARAÚJO e à MARIA FERNANDA TEIXEIRA, que me (des)encorajavam em minhas loucuras acadêmicas. Dos puxões de orelha às longas e deliciosas chamadas para

¹ C. TANGANA. *Me maten – Live at NPR’S Tiny Desk* [2021] (4min 02seg). Disponível em: <https://open.spotify.com/track/5py3FJrHEuR67BjR7wm8uj?si=7b2771bee8634ff3>. Acesso em 15 abr. 2022.

conversar, estudar ou trabalhar, a Cris e a Mafê sempre estiveram presentes para me ajudar no que quer que eu precisasse. Aguentem firme que o *verão* logo chega! Ao GABRIEL ANTONIO, que sempre topa minhas ideias furadas (geralmente terminam com a gente quebrando a cara).

Ao VICTOR FRANK, por todo o companheirismo, lealdade e diálogos. Foi graças às nossas trocas, sempre proveitosas, que esta monografia é o que é. Um abraço do LOR para o VFCS. À VICTORIA ROCHA, a maior falsa que já pisou na FD, por todas as fofocas e risadas sinceras. Entre *reality shows* e *gossips*, com vocês, a vivência na graduação foi leve e agradável.

Sou muito grato a essa tradição da FD de apadrinhamento. Graças a ela, tive muita sorte em ter não apenas *afilhados*, mas grandes e verdadeiros amigos. Agradeço muito ao meu amigo ARTHUR ZAIRE, com quem compartilho muitos gostos e sonhos, à DUDA FERAZ, que esteve comigo nos altos e nos baixos, à ISABELA ARAÚJO, minha eterna vizinha e prima de consideração, que me acolheu carinhosamente em sua família, à ISABELA GURGEL, que me engrandece a cada troca que temos, e à IZABELA LEMES, a maior curadora musical do universo.

Encerrando meus agradecimentos à Faculdade de Direito da UnB e a tudo que ela me proporcionou, não posso deixar passarem em branco os professores que me marcaram.

Agradeço especialmente ao professor CRISTIANO PAIXÃO, por toda a parceria e mentoria ao longo de vários semestres como monitor de História de Direito, pela orientação, tanto nesta monografia quanto em projetos de iniciação científica, e por todo conhecimento adquirido em suas aulas, da graduação e da pós, e nas reuniões dos grupos de pesquisa. Como uma colega querida fala, somos o maior *featuring* da faculdade.

Ao professor JORGE GALVÃO, cujas aulas de direito constitucional me faziam brilhar os olhos e me encantar ainda mais pela disciplina, da qual tive o privilégio de ser monitor. Além dos ensinamentos acadêmicos, agradeço também pelo honroso convite para ser seu estagiário, experiência profissional que me enriqueceu e me amadureceu sem igual.

À professora GABRIELA NEVES DELGADO, por tornar leve e proveitoso o ensino do direito do trabalho. Ainda que virtual, era sempre bom te acompanhar tomando uma xícara de café enquanto lecionava com bastante atenção e empolgação. Agradeço também pela participação na banca desta monografia.

Ao professor JOSÉ NUNES, que, dentre vários planos mirabolantes de dominação do mundo (nunca concluídos!), foi promovido de professor a amigo. Obrigado por toda a ajuda e disponibilidade ao longo desses anos.

Minha formação não seria completa sem a oportunidade de conciliar a teoria com a prática, e ao longo dos meus anos de estágio, tive muita sorte com os lugares que me acolheram.

Ao escritório CAPUTO BASTOS & FRUET, onde tive minha primeira experiência como estagiário. Agradeço, com carinho especial, às *world's best boss*, DÉBORA OLIVEIRA e LUIZA BASTOS, que, com muita atenção, me ensinaram muito do que sei hoje. Faço menção especial aos melhores companheiros de colônia de férias de todos, DUDA FERRAZ, GABRIEL ANTONIO e GIOVANNA CORNÉLIO, a maior furona do mundo, cuja (rara) companhia sempre me alegra.

Ao núcleo de controle concentrado do GABINETE DO MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES, onde tive a oportunidade de primeiro estagiar com direito constitucional, a área do direito que tem meu coração. Meu muito obrigado aqui vai em nome do PAULO MALUF e do VINÍCIUS POLI, cujas lições muito me engrandeceram. Estendo meus cumprimentos também à MARIA FERNANDA TEIXEIRA, ao ARTHUR ZAIRE, à MARCELA ARAÚJO e ao RODRIGO GARCIA, meus escudeiros na saga de vigilância da Constituição.

Agradeço, por fim, ao ILMAR GALVÃO ADVOCACIA, escritório no qual tive como mentores o professor JORGE GALVÃO, o MATHEUS BARRA e a CRISTIANE COELHO, que diariamente me impressionam e me inspiram. Foi aqui onde mais aprendi e amadureci e onde o profissional que hoje sou mais tomou forma. Tive o privilégio de viver tudo isso ao lado do LUIZ GALLOTTI, cuja convivência frequente nos tornou ainda mais amigos, sempre buscando nos entender e nos ajudar no que quer que apareça.

Nos últimos anos, fui agraciado com amizades que tampouco podem passar despercebidas. Ao JOÃO VICTOR TOCANTINS, que sempre me brinda com boa companhia e me garante deliciosas gargalhadas. À CECÍLIA VILHENA, minha parceira para o que der e vier. À ANA MENOLI, à ANNA BEATRIZ MATOS, ao ARTHUR LORENZO e ao FELIPE PARADAS, que, entre *TikTok's* de humor duvidoso e viagens inesquecíveis, me alegram com suas companhias.

Por último, mas não menos importante, agradeço imensamente à minha família: LUCIANA, minha mãe e maior inspiração, JOÃO GERALDO, meu pai e exemplo de persistência, TIAGO, LAÍS e GABRIEL, meus irmãos, que me ensinam e me provam o que é o amor fraternal, JOÃO MARCELO, meu *paidrasto*, e MARLENE e JOSÉ ANTÔNIO, meus avós queridos. Sem toda confiança e apoio de vocês, nada disso seria possível. Muito obrigado, *ohana!*

Enfim, já tendo me estendido o suficiente, encerro estes agradecimentos proferindo um bradante “muitíssimo obrigado!” a todos os aqui já mencionados e também a tantos outros que contribuíram para a conclusão dessa jornada!

“Por que foi que cegámos, Não sei, talvez um dia se chegue a conhecer a razão, Queres que te diga o que penso, Diz, Penso que não cegámos, penso que estamos cegos, Cegos que vêem, Cegos que, vendo, não vêem”.

JOSÉ SARAMAGO²

² SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 310.

RESUMO

Esta monografia de conclusão de curso se propõe a analisar a liberação da terceirização da atividade-fim como uma prática desconstituente, a partir do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, recupera-se o contexto de disputa por uma nova constituição, bem como de resistências a uma ruptura jurídica com o regime militar, a fim de se compreender a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 como um processo constituinte democratizador. Em seguida, busca-se entender o que seriam as ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras em curso no Brasil e como elas se expressam a ponto de caracterizar um movimento desconstituente. Um dos alvos dessas investidas contra o texto constitucional é o direito do trabalho, cujo exemplo emblemático de destruição é a liberação da terceirização da atividade-fim. Nesse sentido, recupera-se o histórico legislativo e jurisprudencial da terceirização e analisa-se o julgamento da ADPF 324 como uma atitude desconstituente. Para tanto, consultou-se Diários do Congresso Nacional, pronunciamentos de políticos e jornais das décadas de 1970 e 1980, produção acadêmica, legislação federal e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito constitucional. História do direito. Práticas desconstituintes. Terceirização da atividade-fim. ADPF 324.

ABSTRACT

This undergraduate thesis aims at analysing the liberation of outsourcing as a deconstituent practice, from the judgement of the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) 324/DF, by the Brazilian Federal Supreme Court. Firstly, the context of dispute for a new constitution is recovered, as well as the resistances to a legal rupture with the military regime, in order to understand the National Constituent Assembly of 1987/1988 as a democratizing constituent process. Moreover, it seeks to understand what the deconstituent and dedemocratizing offensives taking place in Brazil are and how they express a strategic constitutional dismemberment movement. One of the targets of these attacks against the constitutional text is Labor Law, whose emblematic example of destruction is in the liberation of outsourcing. In this sense, the legislative and case law history of outsourcing is recovered and the judgement of the ADPF 324 is analyzed as a deconstituent attitude. Therefore, Diaries of the National Congress, pronouncements of politicians and newspapers from the 1970s and 1980s, academic production, federal legislation and doctrine were consulted.

Keywords: Constitutional Law. History of Law. Deconstituent practices. Outsourcing. ADPF 324.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987/1988 COMO UM PROCESSO CONSTITUINTE DEMOCRATIZADOR	15
1.1. Um pouco de história: a disputa <i>pela</i> Assembleia Nacional Constituinte	16
1.2. O embate: a disputa pela <i>forma</i> da Assembleia Nacional Constituinte	22
1.3. A tecelagem: a disputa <i>na</i> Assembleia Nacional Constituinte	28
CAPÍTULO II – O PROJETO DESCONSTITUINTE EM CURSO: O CASO DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM	33
2.1. Movimento desconstituente: ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras.....	35
2.2. Histórico da terceirização no direito do trabalho brasileiro	40
2.3. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324	46
2.4. A liberação da terceirização da atividade-fim como prática desconstituente	53
CONCLUSÃO.....	59
Referências	62

INTRODUÇÃO

“A vida normalizara-se naquela anormalidade”.

EUCLIDES DA CUNHA³

Atualmente está em curso no Brasil uma agenda política de reforma neoliberal. Alavancada em 2016, tem como marcos o chamado “teto de gastos” (Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016) e a Reforma Trabalhista de 2017 (Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017). Ainda que tenham se tornado mais frequentes e desveladas após o impeachment, essas investidas pró-mercado não são recentes: a Constituição Federal de 1988 (CF/88) sofre resistências e ataques desde antes de sua promulgação, que buscam subtrair as conquistas democráticas e os avanços no reconhecimento de direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, o primeiro capítulo desta monografia busca compreender a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 (ANC) como um processo constituinte democratizador.⁴ Afinal, para se desconstitucionalizar e desdemocratizar, deve haver algo constitucionalizado e democratizado. A partir desse contexto histórico, explora-se a disputa por uma Constituinte, gestada por quase duas décadas.

A ideia era bastante temida e resistida pela ditadura militar e pelas elites que dirigiam o processo de transição, já que aceleraria aquela distensão “lenta, gradual e segura”. Para assegurar o controle do tempo da desmilitarização do poder, o regime militar se utilizou de meios diversos, tanto alterando as regras do jogo eleitoral quanto se valendo do Ato Institucional nº 5, símbolo maior do autoritarismo da ditadura. Com receio de uma captura do projeto constituinte para institucionalizar a ditadura, a oposição legal e a sociedade civil trataram de (re)assumir a pauta. Estava montado o campo de batalha por uma constituição e se inaugurava o processo constituinte brasileiro.

Iniciou-se, então, uma disputa pela forma da ANC, isto é, (i) de qual instrumento jurídico seria adequado e utilizado para convocá-la, considerando o histórico constitucional brasileiro; (ii) se a Constituinte seria exclusiva ou se o próprio Congresso Nacional acumularia a função; e (iii) de quais seriam os limites desse poder constituinte, se originário ou derivado. O embate girava em torno de qual seria o significado daquele texto a ser produzido, se haveria uma continuidade com a ordem autoritário-legalista da ditadura, sem ruptura jurídica, ou uma efetiva superação do regime militar.

³ CUNHA, Euclides da. *Os Sertões*. Rio de Janeiro: Centro Eldstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 453.

⁴ PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014.

As respostas de ambos os lados foram criativas e inovadoras, e a legitimidade da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 para inaugurar uma nova ordem constitucional democrática só foi adquirida plenamente ao longo da tecelagem do que viria a ser a Constituição Federal de 1988 (CF/88): um processo conduzido “de baixo para cima”, com maior participação da sociedade, tanto em sua elaboração quanto em seu resultado, configurando, ao final, uma distribuição inovadora dos poderes político e econômico.

Nada obstante, essa democratização do poder não foi comemorada por todos, e os setores ressentidos com essas tentativas de alteração na “sala de máquinas”⁵ da Constituição passaram a resistir à plena aplicação da nova Constituição. Nesse sentido, o segundo capítulo desta monografia tem por objetivo explorar o “movimento desconstituente”,⁶ compreendido como um conjunto de ofensivas que visam a esvaziar o conteúdo democrático da constituição vigente, cuja expressão atual pode ser identificada nessa agenda política de reforma neoliberal.

Um dos alvos recorrentes dessas investidas é o mundo do trabalho, tendo-se escolhido para estudo a liberação da terceirização da atividade-fim das empresas. A partir disso, traçou-se o histórico legislativo e jurisprudencial dessa triangulação na relação de trabalho: sem expressa previsão legislativa que a autorizasse, foi, em um primeiro momento, proibida pela jurisprudência ao interpretar os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Apesar disso, atendendo aos interesses do mercado, a terceirização, aos poucos, passou a ser admitida pela legislação, em hipóteses restritas.

Contudo, esse modelo de gestão empresarial passou a ser amplamente utilizado pelo setor privado da economia em setores além daqueles previstos na lei, o que ensejou uma revisão jurisprudencial acerca do tema, que possibilitou a terceirização das atividades-meio da empresa. Todavia, a agenda política de reforma neoliberal não se contentou apenas com essa modalidade e, por meio da Reforma Trabalhista de 2017, admitiu a terceirização da atividade-fim, com a edição das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017.

A despeito disso, a Justiça do Trabalho continuou aplicando seu entendimento anterior às relações de trabalho anteriores à vigência da Reforma Trabalhista, o que foi questionado perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324. Na ocasião do julgamento, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), adotando

⁵ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Nova York: Oxford University, 2013.

⁶ PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. *Jota*, 3 mai. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>. Acesso em 19 nov. 2021.

argumentos pragmatistas e mercadológicos, deixando a proteção ao trabalhador em segundo plano, subvertendo o ideal democrático e a teleologia da Constituição de 1988.

Ao longo da pesquisa, foram consultados Diários do Congresso Nacional das décadas de 1970 e 1980, discursos políticos proferidos em pronunciamentos oficiais e em entrevistas a jornais da época, bem como obras que analisaram o período, a fim de recapitular o contexto histórico de demanda por uma nova Constituição e das disputas acerca do que viria a ser a Constituição de 1988. Além disso, foram utilizados livros e artigos acadêmicos para compreender o que são essas ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras, como se manifestam e como configuram esse movimento desconstituinte em curso. Para tratar da terceirização das atividades das empresas, foram consultadas a legislação e a jurisprudência referentes ao tema, a partir das quais foi possível estabelecer as conclusões ora veiculadas.

CAPÍTULO I – A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987/1988 COMO UM PROCESSO CONSTITUINTE DEMOCRATIZADOR

“*Constituinte sem povo não produz nada de novo*”⁷

“O que é o presente? É uma cousa relativa ao passado e ao futuro. É uma cousa que existe em virtude de outras cousas existirem”.⁸ Sob o pseudônimo de Alberto Caeiro, FERNANDO PESSOA é cirúrgico em sua definição. De fato, entre amnésias e projetos, está o instante, o presente, e entre eles há um elo: a memória. “Imersa no presente, preocupada com o futuro, quando suscitada, a memória é sempre seletiva. Provocada, revela, mas também silencia”.⁹ Isso porque lembrar também é esquecer. Faces de uma mesma moeda, são habilidades poderosas: “*Recordo-me dele (eu não tenho o direito de pronunciar esse verbo sagrado, só um homem na terra teve esse direito e esse homem morreu)*”.¹⁰

O homem a que JORGE LUIS BORGES se refere é Ireneo Funes, o memorioso, quem teria o dom de se lembrar de tudo de modo absoluto. Ao longo do conto, é possível perceber a contraposição entre a (super)memória de Funes e a do autor, que em vários momentos se justifica pela imprecisão de seu relato. Em contrapartida, Funes define sua memória como um “depósito de lixo”, que não o permitia dormir ou pensar. Daí se conclui pela impossibilidade de lembrar sem esquecer. O esquecimento, enquanto ação inteligente, se torna uma condição *sine qua non* para o conhecimento, para o pensamento. Nada obstante, o oposto – esquecer tudo – resultaria no mesmo efeito: uma imobilidade. O acúmulo e o vazio não podem ser absolutos, mas devem ser equilibrados.

Nesse sentido, antes de se caracterizar a liberação da terceirização da atividade-fim como uma prática desconstituente, é preciso fazer uma digressão histórica. Afinal, não é possível compreender nenhum dos tempos – passado, presente ou futuro – isoladamente. Os três conversam, se interrelacionam e coexistem, inclusive em uma constituição. Com efeito, a leitura e a compreensão do verdadeiro significado da Constituição Federal de 1988 dependem

⁷ Slogan adotado pelos setores pró-participação popular na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

⁸ PESSOA, Fernando. *Poemas completos de Alberto Caeiro*. Organização de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Ática, 2013, p. 83.

⁹ AARÃO REIS, Daniel. Ditadura e sociedade: as reconstruções da memória. In.: AARÃO REIS, Daniel; RIDENTI, Marcelo; SÁ MOTTA, Rodrigo P. (Org.). *O golpe e a ditadura militar: 40 anos depois, 1964-2004*. Bauru: Edusc, 2004. p. 29.

¹⁰ BORGES, Jorge Luis. Funes, o memorioso. In.: BORGES, Jorge Luis. *Ficções*, São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 99 (grifou-se).

de se conhecer e rediscutir a tensão que ocorreu durante a ditadura militar entre a instrumentalização do direito e a disputa por uma nova ordem constitucional democrática.

Dessa forma, ainda que esta monografia trate da história constitucional brasileira contemporânea, para situar de modo adequado a disputa entre práticas constituintes e desconstituintes atuais, a recuperação do contexto histórico é de grande ajuda. E a história do direito contribui bastante para esse resgate e observação do passado.¹¹ Para tanto, traz-se à tona essa narrativa, buscando compreender os atos arbitrários casuísticos e autoritários e as resistências criativas a uma ruptura jurídica e a um processo constituinte democratizador.¹² É com essas considerações que se retoma o contexto histórico das disputas relacionadas à Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.¹³

1.1. Um pouco de história: a disputa *pela* Assembleia Nacional Constituinte

Convencionalmente, reconhece-se que a formalização da ideia de convocação de uma Assembleia Constituinte ocorreu pela primeira vez em julho de 1971, com a chamada “Carta do Recife”, elaborada após uma reunião do partido de oposição Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Todavia, desde 1966, essa já era uma pauta identificável em discursos parlamentares esparsos. Emedebistas e arenistas entendiam que a solução para a crise de legitimidade da ditadura militar se daria por meio da compatibilização dos atos de exceção com uma constituição, fosse elaborando uma nova, fosse reformando a Constituição de 1946. Em 1968, após a elaboração da Constituição Federal de 1967, o tema voltou à tona, mas logo foi silenciado com a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5), em dezembro daquele ano.¹⁴⁻¹⁵ Dizia-

¹¹ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, 2014, p. 425.

¹² PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, ano 1, n. 1, jan./dez., 2008.

¹³ PAIXÃO; BARBOSA, *Cidadania, democracia e Constituição*, Op. cit.

¹⁴ Para o resgate histórico do debate político acerca da elaboração de uma nova constituição como alternativa ao regime civil-militar, cf. CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *O Supremo contra a Constituição*. 2020. 130 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38862>.

¹⁵ A edição do Ato Institucional nº 5 representa o auge da radicalização da repressão militar. Além de modificar aspectos centrais da Constituição de 1967, dentre suas previsões, o AI-5 (i) permitiu a decretação de recesso parlamentar (art. 2º); (ii) permitiu a suspensão de direitos políticos de qualquer cidadão e a cassação de mandatos legislativos (art. 4º); e (iii) suspendeu o direito ao *habeas corpus* (art. 10). O inteiro teor do AI-5 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em 18 fev. 2022. Sobre o controle do tempo, a capacidade de articulação entre regra e exceção e suas consequências para a história constitucional brasileira, cf. PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 1, n. 1, p. 219-232, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728>. PAIXÃO (2020, p. 235)

se que, “[n]a década de 70, o simples mencionar da palavra ‘Constituinte’ implicava uma certa dose de inconseqüência política”.¹⁶

Os setores mais conservadores e as elites que sustentavam o regime civil-militar (1964-1985)¹⁷ tinham bastante receio de uma redemocratização: seu projeto era o de que a transição fosse o mais “lenta, gradual e segura” possível, sem rupturas significativas. O general-presidente Ernesto Geisel (1974-1979), que chegou ao poder sob a linha “moderada”, de moderado não tinha nada. Seu pronunciamento aos dirigentes da Aliança Renovadora Nacional (Arena), em 29 de agosto de 1974, demonstrou uma continuidade autoritária e que a prometida abertura do regime não seria tão aberta assim. Afinal, não havia deixado de ser o que era: uma ditadura.

Não aceita, porém, nem poderia admitir jamais, **pressões indevidas ou campanhas reivindicadoras de indivíduos ou de grupos quaisquer que**, sob variados pretextos, empunhando até mesmo a bandeira de nobres ideais e valores eternos, **pretendam forçar mudanças e revisões inconvenientes, prematuras ou imprudentes, do quadro político nacional.** [...] Erram – e erram gravemente, porém – **os que pensam poder apressar esse processo** pelo jogo de pressões manipuladas sobre a opinião pública e, através desta, contra o Governo. **Tais pressões servirão, apenas, para provocar contrapressões de igual ou maior intensidade, invertendo-se o processo da lenta, gradativa e segura distensão**, tal como se requer, para chegar-se a um clima de crescente polarização e radicalização intransigente, com apelo à irracionalidade emocional e à violência destruidora. **E isso, eu lhes asseguro, o Governo não o permitirá.**¹⁸

O discurso de Geisel deixa claro: não havia desejo de uma transição para a democracia. Seu pronunciamento sequer menciona as palavras “democracia” ou “transição”: fala-se apenas em uma “distensão”. É que o projeto dos militares era passar o poder a um civil, quando a eles fosse conveniente e sob seus termos e condições – lembre-se que desmilitarizar o poder não implica, necessariamente, democratizá-lo.

chama a atenção a que “o AI-5, ao contrário dos Atos 1 e 2, não possui limitação no tempo. Sem estipular um marco final para sua vigência, o AI-5 permanece como uma espécie de ‘coringa’ apto a ser utilizado a qualquer momento pelos generais-presidentes”. Sem nenhuma surpresa, essa carta na manga seria utilizada em breve para, mais uma vez, prolongar o regime civil-militar no tempo.

¹⁶ MICHILES, Carlos. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 19.

¹⁷ Não é à toa que se fala em “regime civil-militar”. Ainda que a usurpação do poder tenha sido pelos militares, o golpe de 1964 foi apoiado por setores da classe política e do empresariado (PAIXÃO, Cristiano. *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*. *Araucária*. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, v. 13, n. 26, 2011, p. 146-169). É que o governo de João Goulart (1961-1964) não era visto com bons olhos pelos militares nem por aqueles que temiam suas “reformas de base”. Tanto é que sua posse não foi pacífica: uma crise constitucional foi inaugurada, que contou com uma “saída parlamentarista” para sua solução. Cf. PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961*. *Universitas IUS*, v. 24, n. 3, p. 47-61, 2013. Também tive a oportunidade de retomar essa discussão em ORSI ROSSI, Lucas. *A renúncia de Jânio Quadros como crise constitucional e a saída parlamentarista para a posse de Jango*. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 17, p. 318-348, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/29920>.

¹⁸ BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 29 de agosto de 1974. Discurso feito aos dirigentes da ARENA, no Palácio da Alvorada. (grifou-se). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/01.pdf/view>. Acesso em 17 fev. 2022.

E essa inversão na “lenta, gradativa e segura distensão” a que Geisel fez menção ganhou forma já com o resultado das eleições gerais de 15 de novembro de 1974: sob a campanha “Constituinte com anistia”, o MDB elegeu 16 senadores, em um universo de 22 vagas em disputa, e conquistou 161 cadeiras das 364 elegíveis para deputado federal.¹⁹ Esse dado ganha maior importância ao se constatar que a Arena não detinha mais o controle de dois terços dos votos do Congresso, necessários para emendar a Constituição. Com aproximadamente 40% dos deputados filiados ao MDB, a “distensão” estava sendo mais rápida, súbita e insegura do que aquela que havia sido pensada pelo regime.

A derrota não passaria em branco. Apesar do reconhecimento da vitória por Geisel em sua mensagem de final de ano,²⁰ a resposta do regime foi a edição da Lei Falcão,²¹ em 1976, que já impactaria as eleições municipais daquele ano. Não se podia correr o risco de mais uma derrota não planejada. Ocorre que, para desgosto dos militares, o tiro não foi certo. Apesar do bom desempenho da Arena nas regiões economicamente menos desenvolvidas, houve nova vitória do MDB, que conquistou os grandes centros urbanos.²²

Até então, a estratégia da oposição era vencer o regime jogando as próprias regras desse jogo autoritário. Afinal, o MDB já conseguia cada vez mais cargos (e cargos mais importantes) sem comprar uma briga direta com o regime. Pensava-se que, atingindo dois terços das cadeiras do Congresso Nacional nas eleições gerais de 1978, poderia se conquistar a abertura pela própria via eleitoral.²³ Ao fim e ao cabo, a fachada de legalidade²⁴ que a ditadura tentava passar poderia ser a causa de sua própria ruína. E isso os militares não poderiam deixar acontecer.

¹⁹ Cf. a reportagem “Especial: Senado 74 – A eleição que abalou a ditadura”. 14 nov. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/14/especial-senado-74-2013-a-eleicao-que-abalou-a-ditadura>. Acesso em 18 abr. 2022.

²⁰ BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. Saudação ao povo brasileiro, pela televisão, em 30 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/25.pdf/view>. Acesso em 17 fev. 2022.

²¹ A Lei nº 6.339/1976 alterou o Código Eleitoral (Lei nº 4.737/1965), para determinar que, “na propaganda, os partidos limitar-se-ão a mencionar a legenda, o currículo e o número do registro dos candidatos na Justiça Eleitoral, bem como a divulgar, pela televisão, suas fotografias, podendo, ainda, anunciar o horário local dos comícios”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6339.htm. Para maior ilustração, cf. a propaganda eleitoral de candidatos da Arena a vereador do Município do Rio de Janeiro durante as eleições de 1976, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cQCFf2jLuzY>. Acesso em 18 fev. 2022.

²² “O fato político mais importante do final de 1976 foram as eleições municipais de 15 de novembro. A ARENA, como era esperado, ganhou folgadoamente nas regiões menos desenvolvidas, onde fazer-lhe oposição era muitas vezes suicídio político. Mas nas cidades maiores o MDB demonstrou sua força, obtendo a maioria nas câmaras municipais do Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Salvador, Campinas e Santos. A vitória da oposição em tantas e tão importantes cidades era mau sinal para o futuro eleitoral da ARENA”. (SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1988, p. 372).

²³ CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. Cit., p. 19-20.

²⁴ Sobre a “legalidade autoritária” de que se utilizou o regime civil-militar, Cf. PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte*, Op. cit.. Em suas palavras (p. 429): “Uma das características do regime inaugurado em 1964 foi a tentativa incessante de revestir as medidas de exceção de legalidade e juridicidade. Ainda que se tratasse de

Receosos com o resultado das próximas eleições, uma vez que a vitória da oposição fora conquistada mesmo com a Lei Falcão, os militares precisavam repensar sua estratégia para não perder o controle da “distensão”. A carta na manga já tinham, o que faltava era o pretexto para dela se utilizarem. E a oportunidade encontrada apareceu em pouco tempo: a rejeição de uma proposta de emenda à Constituição de autoria do Executivo que visava a uma reforma do Judiciário em 1977. Em pronunciamento na Vila Militar do Rio de Janeiro, em 31 de março daquele ano, no aniversário de 13 anos do golpe de 1964, o general Geisel disse:

Lamentavelmente, em função da atuação de uma minoria que, praticamente, dentro do Congresso transformou-se numa ditadura, minoria que se prevalece da circunstância de que **uma reforma constitucional exige um quórum de dois terços para aprovação de qualquer projeto, não foi possível obter a aprovação dessas medidas** (reforma do Judiciário), embora o governo contasse com o apoio integral, maciço, de todo o partido Arena. [...] É sem dúvida um fato lamentável. O prejudicado é o povo, prejudicada é a nação brasileira, que precisa de uma nova Justiça. **E eu lhes afirmo que essa nova justiça se fará.**²⁵

Dito e feito. A pretexto de se fazer essa “nova justiça”, o “super trunfo” dos militares voltou para jogo: no dia seguinte, em 1º de abril de 1977, pela primeira vez desde 1969, Geisel invocou o AI-5 e, por meio do Ato Complementar nº 102/1977, fechou o Congresso Nacional.²⁶ Em pronunciamento dirigido à nação, Geisel manteve sua postura autoritária e intransigente:

Acho que o problema precisa ter solução e que **essa solução não pode demorar**. Temos que andar, e andar depressa, porque já estamos atrasados. [...] A Constituição Federal no seu artigo 182 reconhece a validade do Ato Institucional nº 5, Ato que desde o início do Governo declarei que não aboliria sumariamente, mas que, pelo contrário, eu o manteria, para **usá-lo toda vez que fosse necessário**. [...]. Agora é a oportunidade de se usar este Ato. De acordo com suas disposições, o Poder Executivo pode colocar o Congresso Nacional em recesso e dessa forma adquirir poderes legislativos. E foi o que eu fiz. [...] **Eu usarei esses poderes**, muito transitoriamente, **não só para fazer a reforma do Poder Judiciário, como também, dentro dos limites necessários para as demais reformas de natureza política, que considero**

um governo autoritário, era fundamental manter uma estrutura minimamente similar ao Estado de Direito. Só assim é possível compreender alguns fenômenos: (1) o Congresso Nacional não foi fechado; (2) os partidos políticos não foram extintos; (3) houve intensa atividade legislativa posterior à tomada do poder pelos militares; (4) os tribunais continuaram funcionando. Houve, evidentemente, cassações, expurgos, demissões e perseguições, como ocorre em qualquer regime autoritário. Mas isso não significou a completa ruptura com o arcabouço institucional construído no período democrático”. Vale destacar que esse quadro – que combinava traços típicos de um regime militar autoritário com características de um governo democrático – foi um dos fatores que conduziu o regime civil-militar a sucessivas crises políticas, “fazendo-o se caracterizar por fases alternadas de repressão e liberalização permeadas por crises políticas resultantes de conflitos dentro do exército e entre estes grupos e a oposição democrática” (KINZO, Maria D’Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *São Paulo em Perspectiva*, v. 15, n. 4, 2001, p. 4).

²⁵ BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 31 de março de 1977. Improviso na Vila Militar, no Rio de Janeiro, por ocasião do almoço comemorativo do 13º aniversário da revolução (grifou-se). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1977/14.pdf/view>. Acesso em 18 fev. 2022.

²⁶ O inteiro teor do Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977, pode ser acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/acp/acp-102-77.htm.

indispensáveis ao bem-estar, à tranquilidade e à própria institucionalização política do nosso País.²⁷

A retaliação veio com a outorga do “Pacote de Abril”,²⁸ uma modificação unilateral das regras do jogo político e eleitoral da época,²⁹ cujo objetivo principal era garantir o controle do Legislativo à Arena. Dentre as alterações estavam: (i) o restabelecimento das eleições indiretas para governadores, (ii) a eleição indireta para um terço do Senado, criando a figura dos “senadores biônicos”, (iii) o aumento das bancadas das regiões Norte e Nordeste na Câmara dos Deputados, onde a Arena tinha mais força política; (iv) a ampliação do mandato presidencial de cinco para seis anos, a partir do presidente seguinte; (v) a extensão da vigência da Lei Falcão para as eleições de 1978; e (vi) a redução do quórum necessário para aprovar emendas constitucionais de dois terços para a maioria absoluta dos votos de todos os parlamentares. Como resultado, o governo autoritário não dependia mais de negociações com a oposição e mais: poderia barrar qualquer iniciativa de reforma emedebista.³⁰

A adoção dessas medidas demonstra que “o regime militar usava todos os mecanismos disponíveis para manter o controle do tempo da transição”.³¹⁻³² A máscara da fachada de legalidade do regime caíra: sob a falácia de se realizar as reformas necessárias para a transição, a ditadura procedeu a mudanças políticas e eleitorais que visavam exclusivamente à

²⁷ BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 1º de abril de 1977. Discurso através de cadeia de rádio e televisão, anunciando o recesso do Congresso Nacional (grifou-se). Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1977/15.pdf/view>. Acesso em 18 fev. 2022.

²⁸ Uma das alterações veiculadas no Pacote de Abril é outorga da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que concentrou as inovações da reforma política. Seu teor está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc08-77.htm. Destaco a referência à prerrogativa do art. 2º, § 1º, do AI-5, a qual confere, durante o fechamento do Congresso Nacional, atividade legiferante ao Poder Executivo sem qualquer restrição de matéria.

²⁹ PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte*, Op. cit., p. 435.

³⁰ CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit., p. 20-21.

³¹ PAIXÃO. *Entre regra e exceção*, Op. cit., p. 236.

³² Vale apontar que, mais uma vez, o tiro dos militares acabou saindo pela culatra. É que a redução do quórum promovida pelo “Pacote de Abril” acabou sendo útil à oposição e a seus projetos, que encontravam menos óbices para aprovação. Chama a atenção que “A estratégia de promover mudanças por meio de emendas constitucionais era facilitada pelo quórum de maioria absoluta e pelo prazo de 90 dias para aprovação, o que a tornava uma via mais eficaz, inclusive, do que alterar a legislação ordinária, uma vez que os projetos de lei aprovados pelo Congresso ficavam à mercê da abusiva prerrogativa de veto então assegurada ao presidente da República. Aqui ficava já claro o elemento casuístico do Pacote de Abril: a transformação nas regras de mudança constitucional, com a diminuição do quórum para aprovação de emendas, agora ameaçava a própria continuidade da ditadura e passava a figurar entre as estratégias da oposição para derrotar o regime”. Cf. PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Cláudia Paiva. Mudança constitucional, luta política e o caminho para a democracia: Uma análise do “emendão” de 1982. *História do Direito*: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito, v. 2, n. 3, p. 300-319, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/83527>. Os autores apontam que o caminho encontrado pelo regime para recuperar o controle da lenta e tutelada distensão foi a restauração do quórum de dois terços, por meio da Emenda Constitucional nº 22/1982. Ao fim e ao cabo, o que importava para a ditadura era o controle do tempo da política e o bloqueio de mudanças jurídicas que interferissem em seus interesses, sobretudo aquelas relativas à sucessão presidencial ou à convocação de uma constituinte.

manutenção de sua maioria no Congresso, e, para tanto, não hesitou em fechá-lo.³³⁻³⁴ Acima da “distensão” estava a sua condução, e dela os militares não queriam perder o controle. Foi assim que o ano de 1977 se tornou chave para as discussões a respeito da elaboração de uma nova constituição, se tornando a bandeira partidária do MDB.

A preocupação era de que, com as alterações do Pacote de Abril, os militares se apropriassem da agenda reformista.³⁵ Mais ainda, temiam que essas reformas fossem percebidas como uma constituinte.³⁶ Num contexto de oposição minada e sem participação popular, a institucionalização da ditadura parecia inevitável. Estava montado o campo de batalha por uma constituição: de um lado, a superação do regime civil-militar e a ruptura com seu arcabouço jurídico legalista-autoritário; de outro a elaboração de uma constituição que perpetuasse o legado da ditadura.³⁷ É por isso que se fala que “foi com o ‘pacote de abril’ que o próprio Presidente Geisel provocou o debate da Constituinte”.³⁸

Além do papel do MDB enquanto oposição legal, a mobilização da sociedade civil teve atuação fundamental na transição, principalmente com a construção de canais, instituições e organizações que confrontavam o regime autoritário.³⁹ A partir de 1977, as reivindicações por uma Constituinte progressivamente extrapolaram a seara político-partidária e chegam a instituições e a movimentos populares.⁴⁰ É importante destacar a atuação da Ordem dos

³³ PAIXÃO, *Entre regra e exceção*, Op. cit., p. 236.

³⁴ Cf. GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. Desta obra destaco o seguinte trecho: “O Congresso não fora fechado para que se reformasse o Judiciário. O que se queria era o ‘muito mais’, a liberdade para emendar dispositivos político-eleitorais da Constituição” (p. 362). Em outra passagem: “Preparando-se outro pedaço do futuro, baixara-se o quórum das reformas constitucionais de dois terços para maioria absoluta do Congresso. Na reunião do Conselho de Segurança esse dispositivo fora defendido por seis ministros. Era a limpeza dos trilhos obstruídos desde 1974, prenúncio de novas propostas de emendas” (p. 366).

³⁵ “Com a exigência de iniciativa conjunta dos membros de ambas as Casas para a apresentação de proposta de emenda à Constituição, não havia como organizar uma agenda de reformas da própria oposição. Por outro lado, a Arena não possuía dois terços da Câmara, mas contava com a maioria absoluta dos parlamentares das duas Casas” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012, p. 163).

³⁶ Com as novas regras (casuísticas) do jogo do governo autoritário, minuciosamente elaboradas para minar a vantagem obtida nas ruas (e que possivelmente seria ampliada com as eleições gerais de 1978), “O risco era o regime capturar a agenda constituinte apresentando reformas que constitucionalizassem os atos de exceção em vez de promover a abertura democrática” (CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit., p. 21).

³⁷ PAIXÃO, *Autonomia, democracia e poder constituinte*, Op. cit., p. 436.

³⁸ Cf. o discurso do deputado federal Freitas Nobre (MDB/SP, como líder). BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. 27 de setembro de 1977, p. 8601-8605. O Diário pode ser acessado na plataforma: http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp. Acesso em 17 mar. 2022. Em outro trecho de sua fala, o Deputado afirma: “Não estamos aqui com a tese da Constituinte, como não está a Convenção [Nacional do MDB], na sua unanimidade [quando deliberou a favor da campanha em favor da Assembleia Nacional Constituinte], desafiando o Governo, mas seguindo – até mesmo em certos aspectos – o seu exemplo, quando abriu o debate dessa matéria” (p. 8602).

³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 3, p. 200-229, 2010.

⁴⁰ BARBOSA. *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 165.

Advogados do Brasil – sobretudo na figura de seu presidente, Raymundo Faoro –, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, da Frente Nacional pela Redemocratização e do movimento sindical no processo de transição, fortalecendo os movimentos pró-constitucionalização e pró-redemocratização, lutando pelo reestabelecimento das eleições diretas, pela anistia política e pela convocação de uma assembleia nacional constituinte.⁴¹

Tinha início o processo constituinte brasileiro. Conforme lembra GERARDO PISARELLO, apesar de sua abertura geralmente coincidir com a convocação de uma assembleia e de se encerrar com a promulgação de uma nova constituição, um processo constituinte envolve muito mais do que isso. Na verdade, trata-se de uma série de mudanças, jurídicas e não jurídicas, implementadas entre a crise do regime que se busca superar e a consolidação de uma nova ordem político-constitucional.⁴²

No caso do Brasil, a caminhada até a Assembleia Nacional Constituinte ainda seria longa,⁴³ mas não se pode deixar de considerar o processo reivindicatório e de disputas pelo controle da “distensão” como um processo constituinte. Até porque, tecnicamente, foi um conjunto de atos que, ao fim e ao cabo, conduziram à aprovação de uma nova constituição, ainda que por um caminho tortuoso e turbulento. Nada obstante a uma “aceleração” do tempo da transição⁴⁴ e ao processo constituinte já em curso, a convocação da Assembleia Nacional Constituinte só viria anos depois, com a eleição de Tancredo Neves e a com a posse José Sarney.⁴⁵

1.2. O embate: a disputa pela *forma* da Assembleia Nacional Constituinte

Era natural que houvesse projetos – no plural mesmo – de constituição em tensão no final do regime civil-militar e no início da redemocratização. Afinal, viu-se que havia uma

⁴¹ PAIXÃO; BARBOSA, *Cidadania, democracia e Constituição*, Op. cit.; BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit.

⁴² PISARELLO. *Procesos constituyentes*: Op. cit., p. 12. PISARELLO distingue processo constituinte do exercício do poder de reforma constitucional. Para o autor, um processo de reforma constitucional sempre segue as regras de emenda, conforme previstas na constituição vigente, enquanto um processo constituinte, ao contrário, as viola. Todavia, discordo, do autor neste ponto. Para mim, a distinção entre processo constituinte e processo de reforma constitucional não pode se basear apenas nas regras formais de modificação da constituição. A mim me parece que, em uma situação na qual o poder de emenda seja utilizado para alterar significativamente a constituição, ainda que se tenha respeitado o trâmite formal, não há falar em um processo de reforma, senão em um processo (des)constituinte. Destaco que essa minha ressalva é importante no desenvolvimento desta monografia.

⁴³ Para maior elucidação dos eventos que se passaram entre o que fora narrado nesta monografia e a convocação da ANC em 1985, cf. CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit.; a tese é bastante rica em discursos parlamentares tanto a favor quanto contrários à convocação de uma constituinte.

⁴⁴ PAIXÃO. *Entre regra e exceção*, Op. cit.

⁴⁵ Não custa lembrar que Tancredo Neves, apesar de eleito pelo Colégio Eleitoral em eleição indireta, não chegou a tomar posse como Presidente da República, pois adoeceu na véspera e viria a falecer em 21 de abril de 1985. Como consequência, assumira o Vice-Presidente, José Sarney (1985-1990).

disputa por uma constituição, com combatentes de ambos os lados: uns defendendo a ruptura; e outros, a continuidade com o regime. Nesse contexto, independentemente da ideologia defendida, uma coisa era clara: não se podia desperdiçar qualquer oportunidade de fortalecer ou de enfraquecer o que viria a ser a Constituinte e a Constituição. Daí porque se falar que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi um campo de batalha.

A pergunta que conduzia esse duelo era: “qual constituinte?”.⁴⁶ Isto é, se seu resultado seria “uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos representantes do Povo, numa Assembleia Nacional Constituinte”⁴⁷ ou “uma Constituição que não se levant[asse] contra a Revolução de Março e seus ideais, mas que se destin[asse] a institucionalizá-la de modo definitivo e duradouro”⁴⁸? Mais ainda, se haveria “a formulação de um [novo] pacto social que uma Assembleia Nacional Constituinte representa”⁴⁹ ou se seria o “termo final do período de transição com que, sem ruptura constitucional, e por via de conciliação, se encerra[ria] o ciclo revolucionário”⁵⁰? As respostas, curiosas e criativas, se relacionavam com a confirmação ou com a superação da longa tradição brasileira de “transições pelo alto”, isto é, de conciliação entre as elites.⁵¹

O primeiro front dessa batalha se inaugura com a *forma de convocação* da Constituinte, isto é, quem poderia fazê-lo, sob quais fundamentos e de que maneira. Como nenhum dos lados pretendia uma ruptura (fática) brusca para não agravar a crise política e colocar em xeque a legitimidade da feitura de uma nova constituição, questionava-se “como fazer esta Constituinte livre e soberana, sem a destituição do Poder que aí está no governo?”.⁵² A oposição, inclusive, admitia uma constituinte sob o governo do general-presidente João Figueiredo (1979-1985):

⁴⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre “transição e ruptura”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 45, 2016, p. 184.

⁴⁷ TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Carta aos brasileiros*. 8 ago. 1977. Disponível em: https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf. Acesso em 17 mar 2022.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. XVI.

⁴⁹ Pronunciamento do então ex-deputado pelo MDB Mário Covas, na reportagem “‘Constituinte, só se for legítima’ exige Mário Covas” do jornal *Folha de S. Paulo*, na edição de 25 dez. 1979, p. 4. Disponível na plataforma acervoFolha: <https://acervo.folha.com.br/index.do>. Acesso em 17 mar. 2022.

⁵⁰ Discurso de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, proferido pelo ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, no dia 1º de fevereiro de 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224180>. Acesso em 17 mar. 2022.

⁵¹ BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 145-146.

⁵² Manifestação de Afonso Arinos de Melo Franco extraída da reportagem “Arinos defende a Constituinte mas sem radicalismos” do jornal *Folha de S. Paulo*, na edição de 25 nov. 1981, p. 5. Disponível na plataforma acervoFolha: <https://acervo.folha.com.br/index.do>. Acesso em 17 mar. 2022.

“não importa[va] muito se a convocação da Constituinte fo[sse] ou não do Presidente Figueiredo. O importante é que ela ocorr[esse], atendidos pressupostos essenciais”.⁵³

No ponto, vale destacar que a história constitucional brasileira possui uma peculiaridade: até então, todas as convocações de assembleias constituintes no Brasil se deram por meio de atos unilaterais do Executivo.⁵⁴ Ainda no Império, o imperador Dom Pedro I convocou uma constituinte por meio de um decreto;⁵⁵ com a proclamação da República, em 1889, Deodoro da Fonseca decretou a designação de eleições para uma assembleia constituinte;⁵⁶ e Getúlio Vargas, em 1933, também editou um decreto no sentido da convocação de uma constituinte.⁵⁷ Ainda no âmbito do Poder Executivo, a Constituinte de 1946 foi convocada por meio de uma lei constitucional, assinada por José Linhares;⁵⁸ e a “Constituinte” de 1967 – com ênfase nessas aspas – foi convocada pelo general-presidente Castello Branco, por meio da outorga de um ato institucional.⁵⁹ Com efeito, a possibilidade de convocação de uma constituinte pelo Poder Legislativo era completamente estranha à história constitucional brasileira. Inclusive, vale ressaltar, nenhuma dessas convocações sequer dependeu da aprovação do Congresso Nacional.

⁵³ Pronunciamento do senador Marcos Freire (PMDB/PE) extraída da reportagem “Freire aceita convocação já”, do periódico *Jornal do Brasil*, edição de 3 jul. 1980, p. 2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/109360>. Acesso em 17 mar. 2022.

⁵⁴ BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 186-187.

⁵⁵ Trata-se do Decreto Imperial de 3 de junho de 1822, o qual “Manda convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa composta de Deputados das Províncias do Brazil, os quaes serão eleitos pelas Instrucções que forem expedidas”. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html. Acesso em 17 mar. 2022. Aqui é curioso apontar que a convocação de uma constituinte ocorreu antes mesmo da proclamação da Independência, em 7 de setembro daquele ano. Apesar disso, a Assembleia só seria instaurada em 3 de maio de 1823. Sabe-se que, posteriormente, Dom Pedro I a dissolveria e outorgaria a Constituição de 1824. De todo modo, sua convocação se deu por meio de ato unilateral.

⁵⁶ O Decreto nº 78-B, de 21 de dezembro de 1889, que “Designa o dia 15 de setembro de 1890 para a eleição geral da Assembléa Constituinte e convoca a sua reunião para dous meses depois, na capital da República Federal, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0078-B.htm. Acesso em 17 mar. 2022.

⁵⁷ O Decreto nº 23.102, de 19 de agosto de 1933, que “Convoca a Assembléa Nacional Constituinte” está disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23102-19-agosto-1933-507279-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 17 mar. 2022.

⁵⁸ A Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, que “Dispõe sobre os poderes constituintes do Parlamento que será eleito a 2 de dezembro de 1945” está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT013.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013%20DE%2012,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 17 mar. 2022. Sublinho que, com a deposição de Getúlio Vargas, Linhares ocupou provisoriamente a Presidência da República, razão pela qual assinou esta Lei. Vale apontar que as leis constitucionais seriam, de certa forma, equivalentes às emendas constitucionais, de acordo com o que se extrai do art. 174, § 4º, da Constituição de 1937. Todavia, a possibilidade de o Presidente alterar, sozinho, a Constituição era um exercício de interpretação à parte que Getúlio Vargas conferiu ao instituto. A respeito, cf. a nota de rodapé nº 217 de BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 187.

⁵⁹ O Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, que “Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências” está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acesso em 17 mar. 2022.

Ainda que sem um consenso, a estratégia que se encontrou, afinal, foi a de defender a convocação por meio de uma emenda constitucional,⁶⁰ o que, curiosamente, agradava os dois lados: os opositoristas (moderados), porque traria ao Congresso a competência para convocação da Constituinte, assim como ali situaria a deliberação a respeito de seu funcionamento, retirando-as das mãos autoritárias do Executivo; e os governistas, na medida em que lhes permitiria alegar uma continuidade entre as ordens constitucionais, sem que houvesse efetivamente uma ruptura.

Foi assim que o então presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 43/1985.⁶¹ O texto não tinha como previsão uma assembleia exclusiva, mas sim congressional.⁶² Como resultado, seus membros não seriam eleitos exclusivamente para a elaboração de uma nova constituição, e o Congresso Nacional, com composição que teria em 1987, continuaria exercendo todas as suas funções durante e depois da Constituinte. Após uma tramitação calorosa e rica em debates e proposições alternativas, a PEC 43/1985 foi aprovada, com alterações parlamentares, e promulgada como Emenda Constitucional nº 26, em 27 de novembro de 1985,⁶³ convocando uma Assembleia Nacional Constituinte *livre e soberana*, cujos trabalhos teriam início em 1º de fevereiro de 1987.

Com a convocação, sobreveio outro questionamento: o poder constituinte que se conferia à Constituinte seria *originário* ou *derivado*?⁶⁴ Em outras palavras, a Assembleia

⁶⁰ Para aprofundamento dos debates que levaram a essa conclusão cf. CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit.; e BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit.

⁶¹ As discussões que ocorreram em sede do trâmite da PEC 43/1985 no Congresso Nacional são tão ricas que, por si só, poderiam ser objeto de uma pesquisa própria. Nesta monografia, contudo, me limito ao registro e à indicação de que sua ficha de tramitação está disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/9185>. Acesso em 17 mar. 2022. Para maior aprofundamento, cf. CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit.; e BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit.

⁶² A tese de uma constituinte exclusiva foi amplamente debatida na comissão mista que apreciou a PEC 43/1985, a qual contou com o apoio popular, de juristas renomados, como Raymundo Faoro e Fábio Konder Comparato, e da socióloga Maria Vitória Benevides. Apesar disso, as lideranças partidárias chegaram a um acordo, no sentido de que a constituinte seria livre e soberana na elaboração do texto, mas que seria congressional. Temia-se, além da perda de controle do processo constituinte, que as Forças Armadas se opusessem à proposta, levando a conquista por água abaixo. A constituinte congressional seria a única possível. Dessa forma, o relatório do deputado Flávio Bierrenbach (PMDB/SP), que propôs um plebiscito para que o povo escolhesse se a constituinte seria exclusiva ou congressional, foi rejeitado, e o voto apartado do deputado Valmor Giavarina (PMDB/SC), que propunha uma constituinte congressional, foi o aprovado. A respeito, cf. CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit.; e BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit.

⁶³ Convém transcrever a redação do art. 1º da EC 26/1985: “Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”. O inteiro teor da EC 26/1985 está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em 17 mar. 2022.

⁶⁴ É curioso destacar que essa discussão não se restringiu à época do processo constituinte, tendo-se arrastado até os dias de hoje. Por exemplo, o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em voto proferido em sede do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, afirmou que “talvez os modelos a que nos aferramos (principalmente esse modelo dualista ou binômio entre poder constituinte originário e poder

Nacional Constituinte seria plena, soberana, incondicionada e ilimitada? Ou caberia ao Congresso Nacional apenas uma reforma da Constituição de 1967/1969, à qual seria condicionada e limitada, obedecendo aos seus procedimentos de reforma e às suas cláusulas pétreas? Em suma, perguntava-se “qual o limite de seus poderes?”.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO escreveu que, mesmo com a convocação de uma Constituinte, não se teria uma ruptura (jurídica), mas uma continuidade. Para o autor, porque a Constituinte fora convocada por meio de uma emenda à Constituição de 1967/1969, a ANC, na verdade, teria surgido “do exato cumprimento da Constituição em vigor”. Conseqüentemente, “não lhe [seria] dado [...] invocar o Poder Constituinte revolucionário”. Ou seja, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não deteria o poder constituinte originário.⁶⁵

Os governistas subscreveram essa mesma tese. Tanto o é que o autor do relatório da comissão mista que apreciou a PEC 43/1985 defendeu que “[t]eremos não uma Assembleia Nacional Constituinte originária, clássica, ao preço de semelhantes crises, mas uma Assembleia Nacional Constituinte instituída, viável, possível, que o bom senso nos impõe realizar. [...] A ruptura não será o traço desta nova época”.⁶⁶ Além disso, para essa corrente, a atuação dos membros da ANC seria limitada não apenas pela convocação por meio de uma emenda constitucional, mas também pela própria redação do ato. Em seu sentir, uma vez que a EC 26/1985 se referia a deputados e senadores – e não a constituintes –, seu poder seria de mera reforma à Constituição de 1967/1969.

Percebe-se, então, que o projeto dos simpáticos ao regime anterior visava a uma pequena reforma constitucional, sem necessariamente criar uma nova constituição. Buscavam, a todo custo, negar a ruptura e defender a continuidade da ordem jurídica – o que era corroborado pelo gradualismo da transição, até porque os militares lutaram até o fim para que fosse “lenta, gradual e segura”. Dessa forma, reconhecendo-se que o poder constituinte da ANC seria derivado, uma vez que seus membros seriam tão somente congressistas, a aprovação de qualquer emenda dependeria da obtenção de dois terços dos votos, o que dificultaria bastante vitórias da oposição, que logo tratou de defender que o poder constituinte da ANC, na verdade, seria originário.

Não foi à toa que o deputado constituinte Bernardo Cabral (PMDB/AM), futuro relator da Comissão de Sistematização da ANC, defendeu enfaticamente que “[é] à atual Assembléia

constituinte derivado) estejam, na prática, sendo superados por soluções de compromisso, as quais abre espaço para transações políticas que levam a uma determinada solução”. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=153&classe=ADPF>. Acesso em 18 mar. 2022.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

⁶⁶ Trecho do voto do deputado Valmor Giavarina (PMDB/SC), extraído de BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 19 de outubro de 1985, p. 1971. Essa edição Diário está disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/15464?sequencia=3>. Acesso em 17 mar. 2022.

Constituinte que caberá reedificar, total, por sobre o vazio decretado em 1964, e rompendo inteiramente com a obra normativa então iniciada, uma nova e global estrutura constitucional. E isso, por óbvio, só com poder constituinte originário se alcança”.⁶⁷ No mesmo sentido, para JOSÉ AFONSO DA SILVA, o presidente da República deveria enviar uma emenda constitucional ao Congresso Nacional, “pela qual se convo[casse] o poder constituinte originário, para que, em Assembleia Nacional Constituinte, elabor[asse] e promulgu[asse] uma nova Constituição democrática para o Brasil.”⁶⁸

O debate acerca dos limites e dos poderes da constituinte contou com pronunciamentos e manifestações de várias personalidades do mundo político e jurídico da época, com defensores de ambos os lados.⁶⁹ No entanto, é só a partir da análise do processo de organização dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 que se chega a uma resposta sobre sua legitimidade para instituir uma nova, e também legítima, constituição.⁷⁰

O desejo daqueles receosos com a democratização era o de conferir um aspecto de que a transição do regime civil-militar para a democracia se daria por meio do coroamento de um ciclo de reformas, que não representariam efetivamente uma ruptura, mas uma continuidade liberal-oligárquica⁷¹ e autoritária. O empecilho para seu plano? A estrutura da Constituinte: seja por sua descentralização, seja pela indicação de relatores mais à esquerda do Plenário, a Constituinte começou de um jeito que ninguém tinha ideia de como terminaria.⁷²⁻⁷³

⁶⁷ Trecho retirado do texto “*O poder constituinte* (Fonte legítima – Soberania – Liberdade)”, de autoria do deputado Bernardo Cabral (PMDB/AM), juntado aos Anais da Câmara dos Deputados. Extraído de BRASIL, Diário do Congresso Nacional (Seção I), de 25 de março de 1988, p. 926-933. Essa edição Diário está disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1988.pdf>. Acesso em 20 mar. 2022.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 33.

⁶⁹ Cf. CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit.; e BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit..

⁷⁰ BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 216. O preâmbulo do Regimento Interno da ANC (Resolução nº 2, de 1987) afirma a liberdade e soberania da ANC e as reforça ao prever aos constituintes o poder de sobrestar medidas que pudessem ameaçar seus trabalhos e as decisões soberanas da Assembleia (art. 59, V, § 7º). Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento_interno_anc. Acesso em 20 mar. 2022.

⁷¹ Sobre a influência liberal-oligárquica em processos constituintes, cf. PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit..

⁷² PAIXÃO; BARBOSA, *Cidadania, democracia e Constituição*, Op. cit., p. 130.

⁷³ É que ao líder da maior bancada da Constituinte, caberia a indicação dos cargos de relatores e de presidentes das comissões e subcomissões. A prerrogativa coube a Mário Covas (PMDB/SP), que ganhara a disputa para a liderança do PMDB e “privilegiou a indicação de relatores progressistas, influenciando para que os relatórios apresentados estivessem à esquerda do plenário, majoritariamente conservador. Seis dos oito relatores peemedebistas indicados eram progressistas [...]. Os outros dois [...] eram considerados de centro. A centro-esquerda e a esquerda ficaram com doze das vinte e quatro relatorias de subcomissões, a centro-direita e a direita ficaram com apenas seis e o centro também com seis. A relatoria da comissão de sistematização, a mais importante, por harmonizar e reelaborar as contribuições das comissões temáticas, coube a Bernardo Cabral (PMDB/AM), de centro-esquerda, mas ligado ao governo e aos militares” (CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit., p. 75).

1.3. A tecelagem: a disputa na Assembleia Nacional Constituinte

Pode-se falar em uma “fábrica constitucional”, na qual acordos, medos e (des)confianças concorrerem para a elaboração de uma constituição.⁷⁴ A partir desses sentimentos, as experiências pretéritas – sejam suas glórias, sejam seus traumas – aliadas às expectativas futuras – tanto desejos quanto receios – conduzem os anseios do presente em quase uma coexistência. Em uma constituição, passado, presente e futuro conversam, se vinculam de forma *tralfamadoriana*,⁷⁵ de modo que o tempo foi, é e será. O resultado disso é que uma constituição, enquanto projeto, se propõe a resgatar o passado, a possibilitar o presente e a programar o futuro. Tudo isso veiculado em um documento escrito.

Por ser uma atividade humana racional, a forma com a qual um texto é redigido não pode ser resumida a um acaso, mas deve ser compreendida como uma estratégia. Nenhuma palavra ou expressão se encontra no texto sem alguma intenção por trás. É que palavras têm impacto e importam: nomear não é uma mera descrição, mas atuar, tomar uma posição, atribuir significado e sentido a algo.⁷⁶ A elaboração de um texto constitucional, portanto, “[n]ão se trata de um jogo acidental de palavras ou de valores aleatoriamente escolhidos, mas do resultado de um processo histórico profundamente interconectado à emergência da sociedade moderna”.⁷⁷

Com efeito, seus autores (e também atores), carregando consigo vivências e interesses próprios, participam ativamente desse processo de escrita e disputam quais significados esse texto carregará e difundirá. Não é à toa que a palavra “texto” venha do latim *texere*, que significa tecer, construir.⁷⁸ Escrever um texto, portanto, é tecer, estruturar palavras. Por isso o processo de tecelagem do que viria a ser a Constituição Federal de 1988 ser tão importante, sobretudo porque a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi um campo de batalha:

Do início ao fim, o processo envolveu um embate entre os mais variados grupos, cada um tentando aumentar ou restringir os limites do arranjo social, econômico e político a ser estabelecido. Na verdade, este clima de batalha verbal e de manobras nos

⁷⁴ SAJÓ, Andrés; UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: An introduction to legal constitutionalism*. Nova York: Oxford University, 2017, p. 29-36.

⁷⁵ Tralfamadorianos são seres extraterrestres da obra *Matadouro-Cinco* ou a cruzada das crianças, uma dança compulsória com a morte, de KURT VONNEGUT (Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019), que “conseguem olhar ao mesmo tempo para todos os momentos” (p. 46). Para os alienígenas, “[o] tempo em sua inteireza é o tempo em sua inteireza” (p. 121), de sorte que passado, presente e futuro seriam uma coisa só. A cronologia, portanto, não seria linear: tudo aconteceria ao mesmo tempo e para sempre.

⁷⁶ PAIXÃO, Cristiano; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; CARVALHO NETTO, Menelick de. Levando as palavras a sério: um golpe é um golpe. *Jota*, 2 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/levando-as-palavras-a-serio-um-golpe-e-um-golpe-02102018>. Acesso em 12 fev. 2022.

⁷⁷ BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 216

⁷⁸ SCHÜTZ, Ricardo E. “Etimologia”. *English Made in Brazil*, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://www.sk.com.br/sk-hist.html>. Acesso em 18 abr. 2022.

bastidores era, em grande medida, um efeito colateral do curso da transição. Uma refundação que se apoiava num acordo negociado seria pressionada em duas direções: de um lado, pelas forças políticas do *ancien régime* tentando assegurar seu espaço neste novo cenário; e de outro, pelos setores de esquerda que, embora minoritários, adquiriram importante papel no processo constituinte.⁷⁹

O resultado da CF/88 deve bastante ao que foi exposto ao longo do presente capítulo. Afinal, a reivindicação de uma assembleia constituinte foi um processo gestado por décadas, e envolveu tanto a classe política como setores da sociedade civil. Além disso, a prerrogativa de sua convocação coube ao Legislativo – esfera do poder em que eleições eram realizadas (ainda que obstaculizadas pelo regime civil-militar, como por meio da Lei Falcão e do Pacote de Abril) – e definiu-se que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 seria livre e soberana. A ruptura com o autoritarismo era uma vontade popular, um anseio pela democracia.

Por essa razão, o interesse na organização dos trabalhos da ANC não era exclusivo dos constituintes e daqueles receosos com sua atuação. Pelo contrário, era tratado como uma questão pública. É que não eram apenas os constituintes os interessados no funcionamento da Assembleia, mas também “os *constituintes* dos constituintes”,⁸⁰ até porque a constituinte foi uma conquista da sociedade, que buscou não apenas vigiar, como também participar desse processo. Esse desejo ganha maior importância, na medida em que GERARDO PISARELLO chama a atenção para a ideia de que é a relevância que o povo pode adquirir durante o processo constituinte que o caracteriza como democrático, isto é, se há sua inclusão ou sua exclusão.⁸¹ Nesse sentido, não é à toa que se entende o processo constituinte brasileiro como democrático. E muito disso se dá em razão da estrutura da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988.

O Regimento Interno descentralizava a Assembleia, dividindo-a em oito comissões temáticas, com cada uma segmentada mais em três subcomissões, garantindo a participação de todos os constituintes nas várias fases do processo, tanto na elaboração do texto quanto em sua sistematização e votação.⁸² Além disso, a Constituinte não trabalhou a “portas fechadas”. Na verdade, suas portas estavam escancaradas:⁸³ contava não apenas com ampla cobertura da

⁷⁹ KINZO, *A democratização brasileira*, Op. cit., p. 8.

⁸⁰ BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 218.

⁸¹ Cf. PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit.. Para o autor, o *pedigree* do processo constituinte não é suficiente para caracterizá-lo como democrático, devendo-se considerar também o sistema constitucional criado a partir dele. Isto é, ainda que o processo constituinte tenha sido instaurado a partir de pressões ou de reivindicações populares, não basta que a nova constituição se limite a estabelecer instituições democráticas e a proteger direitos e garantias básicas. Para se considerado como democrático, é essencial também que haja meios constitucionais adequados destinados a promoção de diferentes formas de redistribuição dos poderes políticos e econômicos.

⁸² Cf. MICHILIES, *Cidadão constituinte*, Op. cit., p. 77-84.

⁸³ “Canais de participação direta e indireta da sociedade civil organizada terminaram encontrando significativa acolhida no regimento revisto do processo constituinte; o despertar do interesse de todos alimentou e fomentou o aprofundamento dos debates, acompanhados por todo o país todas as noites através da televisão”. CARVALHO NETTO, Menelick de. As lições da revisão. *Constituição & Democracia*, n. 1, p. 6-7, fev. 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/996>. Acesso em 20 mar. 2022.

imprensa, mas com a participação de grupos sociais, que sugeriam e reivindicavam propostas durante a fase de trabalho das subcomissões e pressionavam a votação nas comissões e no plenário. O pluripartidarismo, recém-retornado, também contribuiu para a democratização do processo constituinte, pois exigia maiores negociações entre as lideranças partidárias e facilitava as pressões dos interesses de grupo e de classe.⁸⁴

Como resultado, a construção – a tecelagem – da Constituição de 1988 se deu “de baixo para cima”. Sem adotar qualquer anteprojeto como base, o texto constitucional foi construído gradualmente, orientado por um anseio em reescrever a história.⁸⁵ A divisão da ANC em subcomissões trouxe outro resultado prático: embora constituintes conservadores ocupassem cargos na Comissão de Sistematização (o “alto”), o texto que ali chegou para ser filtrado já continha diversas previsões progressistas, incluídas em razão do perfil mais à esquerda dos relatores das subcomissões⁸⁶ e da ampla participação popular (o “baixo”). Tudo isso contribuiu para que uma legislatura essencialmente conservadora – que contava, inclusive, com a presença de senadores eleitos em 1982 – produzisse a Constituição mais progressista da história brasileira, em completa discrepância com seu perfil ideológico.⁸⁷

Daí porque, ainda que se afirme que “apesar de alguns momentos de risco, como o das greves do ABC e da campanha das Diretas Já, as elites dominantes e seus aliados militares nunca perderam o controle do processo de abertura”,⁸⁸ o processo constitucional brasileiro foi certamente muito mais democrático do que o que se poderia esperar de uma “distensão lenta, gradual e segura”. Como resultado, durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, “a experiência mais democrática na história constitucional brasileira”,⁸⁹ o povo retomou as rédeas de condução da transição e assumiu papel central e de destaque na elaboração do novo texto constitucional, como nunca antes visto.

⁸⁴ A Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 catalisou a mobilização de muitos (senão todos) os setores sociais com capacidade de articulação, de modo que “[o] jogo de pressões que acompanhou todo o trabalho de elaboração constitucional, com a presença ativa no Congresso Nacional dos mais diversificados grupos de interesse tentando influir nas negociações das lideranças partidárias ou nas votações, foi algo jamais visto na experiência constitucional brasileira”. (KINZO, Maria D’Alva G. O quadro partidário e a Constituinte. In.: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Sumaré, 1990, p. 105-134). Nesse sentido, “[a] atuação de um conjunto de deputados e senadores, nem todos (quicá uma pequena maioria) de perfil técnico, associado à intensa interferência da opinião pública, a mecanismos institucionais de participação popular e a uma dinâmica descentralizada em mais de duas dezenas de subcomissões temáticas sem a orientação de qualquer anteprojeto de Constituição, poderia resultar em qualquer coisa, menos em um texto dotado de ‘harmonioso senso unitário de equilíbrio’” (BARBOSA, *História constitucional brasileira*, Op. cit., p. 147).

⁸⁵ PAIXÃO, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil*, Op. cit.

⁸⁶ Vide nota de rodapé nº 73.

⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 77-80.

⁸⁸ KUCINSKI, Bernardo. *O fim da ditadura militar*. São Paulo: Contexto, 2001, p. 139.

⁸⁹ KINZO, *A democratização brasileira*, Op. cit., p. 8.

Não foi a Emenda Constitucional nº 26/1985 que conferiu legitimidade à Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 – a emenda, na verdade, indicava uma continuidade com o autoritarismo da Constituição de 1967/1969 –, tampouco as eleições gerais de 1986 – que não foram exclusivas para a ANC, mas renovaram o Congresso Nacional parcialmente (os senadores eleitos em 1982 continuavam a exercer seus mandatos). O que lhe conferiu a legitimidade necessária para inaugurar a nova (e também legítima) ordem constitucional foi esse processo profundamente democrático, em verdadeira manifestação do poder constituinte originário.⁹⁰

Naturalmente, essa participação popular também se refletiu na topografia da nova Constituição. A topografia de um texto – inclusive a do texto constitucional – é essencial para sua efetiva compreensão. Topografia, em tradução literal do grego, significa “descrição de um lugar”. Quando se fala em topografia textual, portanto, fala-se na descrição do texto. Ou seja, é descrição do resultado dessa batalha pela redação final, isto é, de como ficou estruturado. Pode-se falar, então, que a nova topografia constitucional, inaugurada em 1988, tem a ver com a mudança paradigmática da lente *ex parte principi* para a lente *ex parte populi*, com uma distribuição mais ou menos igualitária do poder, tanto político quanto econômico.⁹¹

A Constituição Federal de 1988, logo no *caput* de seu artigo 1º, assume o compromisso de constituir um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. O parágrafo único do artigo 1º, inclusive, vai além: expressa, enfaticamente, que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Com isso, o povo passou a ser titular do poder, e não mero instrumento, como levavam a crer as Constituições de 1967/1969 e de 1946, que se limitavam a prever que “todo poder emana do povo e em seu nome será/é exercido”.

A nova carta tem como característica amplo rol de direitos e garantias, constitucionalizados como cláusulas pétreas em resposta às experiências traumáticas dos abusos protagonizados pela ditadura, visando à sua não repetição. Reafirmando seu caráter democrático, garantiu mecanismos de participação direta na democracia, como plebiscitos (art. 14, I, CF/88), referendos (art. 14, II, CF/88) e iniciativa popular, inclusive para proposição de projetos de lei (art. 14, III c/c art. 61, § 2º, CF/88).

Esse novo texto constitucional tratou de elencar os direitos e garantias fundamentais, tanto individuais e coletivos (art. 5º, CF/88) e quanto sociais (arts. 6º ao 11, CF/88), logo no

⁹⁰ CARVALHO NETTO, *As lições da revisão*, Op. cit.

⁹¹ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 11

seu início, antes mesmo dos capítulos que tratam do governo e da organização do Estado, como o fora nas constituições brasileiras anteriores. Além disso, se propôs a combater as desigualdades sociais (art. 3º, III, CF/88), e um dos meios encontrados para tanto, foi a previsão de um extenso rol de direitos trabalhistas individuais (art. 7º, CF/88) e coletivos (art. 8º, CF/88), bem como do direito de greve (art. 9º, CF/88). A primazia do direito do trabalho foi tamanha que a valorização do trabalho humano está prevista como fundamento da ordem econômica antes mesmo da livre iniciativa (art. 170, CF/88). Na mesma linha, o artigo 1º, inciso IV, prescreve “os valores sociais [no plural] do trabalho e da livre iniciativa”. A expressão “valores sociais” não está flexionada no plural à toa: a livre iniciativa é indicada como um valor social e assim deve ser interpretada. Caso o termo se referisse apenas ao trabalho, estaria flexionado no singular (o valor social do trabalho).

A batalha entre os projetos de constituição, enfim, teve um vencedor: aquele de uma constituição mais analítica, social e programática, em detrimento daquele que propunha apenas a retirada do “entulho autoritário” da Constituição de 1967/1969, deixando o texto mais enxuto, apenas com diretrizes e princípios gerais.⁹² O resultado, promulgado em 5 de outubro de 1988, foi um texto maior e mais progressista, uma constituição que não atendia às expectativas das elites que dirigiram o processo de transição política e que até hoje resistem a ele.

⁹² CERQUEIRA NETO, *O Supremo contra a Constituição*, Op. cit., p. 32-33.

CAPÍTULO II – O PROJETO DESCONSTITUINTE EM CURSO: O CASO DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

“Outros, inversamente, acreditaram que o primordial era eliminar as obras inúteis. Invadiam os hexágonos, exibiam credenciais nem sempre falsas, folheavam com enfado um volume e condenavam estantes inteiras: a seu furor higiênico, ascético, deve-se a insensata perda de milhares de livros”.

JORGE LUIS BORGES⁹³

O capítulo anterior desta monografia têm *datas* como marcas, dentre as quais se destacam (i) 1º de fevereiro de 1987, quando se iniciaram os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte; e (ii) 5 de outubro de 1988, quando promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil. O presente capítulo também trata de algumas datas importantes, como (iii) 31 de março de 2017, quando promulgada a Lei nº 13.429/2017, a chamada “lei das terceirizações”; (iv) 13 de julho de 2017, dia da promulgação da Lei nº 13.467/2017, conhecida como a “Reforma Trabalhista”; e (v) 30 de agosto de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 324 e entendeu pela licitude da terceirização da atividade-fim.

Ao se falar em datas, contudo, é importante se lembrar de que estas “são pontas de *icebergs*”.⁹⁴ O que ALFREDO BOSI quer dizer com isso? Que, tal como um iceberg, as datas escondem muito mais do que mostram: *olhar* a sua ponta, não implica *ver* o que está por baixo.⁹⁵ A história, na verdade, se passa nas profundezas: o que se vê é apenas parte do que aconteceu. Nesse sentido, não podemos ser, como reproduzido na epígrafe desta monografia, “Cegos que veem, Cegos que, vendo, não veem”.⁹⁶ É preciso explorar o que está por trás das datas, a fim de enxergá-las como um todo, isto é, fazer um *raio X* daquele iceberg.

⁹³ BORGES, Jorge Luis. A biblioteca de babel. In.: BORGES, Jorge Luis. *Ficções*, Op. cit., p. 75.

⁹⁴ BOSI, Alfredo. O tempo e os tempos. In.: NOVAES, Adauto (Org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 19-33.

⁹⁵ Neste trecho, faço referência à epígrafe de *Ensaio sobre a Cegueira*, de JOSÉ SARAMAGO (Op. cit.), que é a seguinte: “Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara” (p. 9). Aqui o autor português jogou com a sutil diferença entre as palavras “olhar” e “ver”: aquela remete ao sentido da visão, ao ato de enxergar, enquanto esta representa uma observação, isto é, analisar determinada situação. Ao longo de sua obra, SARAMAGO aponta que a principal dificuldade do ser humano é enxergar além do superficial, que fica, guardadas as devidas proporções, restrito apenas à ponta do iceberg.

⁹⁶ SARAMAGO, *Ensaio sobre a Cegueira*, Op. cit., p. 310.

Tome-se como exemplo o dia 5 de outubro de 1988. O que ele mostra? Apenas a parte de um todo. É que a data em si não só não representa como deixa de mostrar todo o processo de elaboração e de disputa em torno do que viria ser a Constituição Federal. Da mesma forma, o dia 1º de fevereiro de 1987 não se resume à inauguração dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte: submerso está todo o processo de luta e de reivindicação por um novo marco constitucional, bem como as resistências a uma democratização do poder.

O que se buscou fazer no capítulo anterior, portanto, não foi propiciar um olhar indiferente ao passado, narrando-o apaticamente. Pelo contrário, procurou-se fazer esse necessário raio X de algumas datas-chave, a fim de se tentar entendê-las em sua inteireza – vê-las, no sentido saramaguiano da palavra. Tudo isso porque essa reflexão histórica é bastante útil para se compreender tanto as possibilidades quanto as dificuldades do presente. Com essas radiografias em mão, busca-se compreender o contexto em que estão inseridas as práticas desconstituintes e desdemocratizadoras em curso.

Conforme visto, a conquista de uma nova constituição não foi pacífica. Pelo contrário, foi objeto de uma ferrenha e acirrada disputa, que mobilizou diversos setores da sociedade civil e política. O resultado foi um texto que contou com ampla participação popular em sua tecelagem. Uma constituição que efetivamente rompe com o ordenamento jurídico legalista-autoritário da ditadura militar e inaugura uma ordem verdadeiramente constitucional e democrática que, até hoje, não agrada os setores mais conservadores e liberais, os quais resistem à sua efetiva aplicação.

As constantes crises pelas quais passa o Brasil, principalmente a econômica e a política, foram bastante oportunas para essas forças desconstituintes e desdemocratizadoras, que delas se valem para emplacar as mudanças e os esvaziamentos de direitos que sempre foram de seu interesse. Para efetivar seus projetos, utilizam um discurso pautado em uma acepção de “ansiedade existencial”, segundo a qual o futuro da existência da nação estaria em jogo. Para eles, a constituição não seria um “pacto suicida” que conduziria o país ao caos, o que justificaria extrapolções (não tão eventuais assim) a suas previsões, sobretudo ante excepcionalidades.⁹⁷

Ocorre que o elemento da excepcionalidade, associado à própria ideia de crise,⁹⁸ na prática, parece não mais se relacionar com o vocábulo: fala-se em “crise permanente”, e a

⁹⁷ RISTROPH, *Is Law?*, Constitutional crisis and existential anxiety. *Constitutional Commentary*. v. 25, 2009., p. 444-445.

⁹⁸ Algumas considerações a respeito do vocábulo “crise” devem ser feitas. Defendi nesta monografia que palavras têm impacto e importam, uma vez que nomear é uma atuação, e não uma mera descrição. Para me fazer claro, vale resgatar a etimologia do termo: do grego antigo, *κρίσις* (*krísis*), a palavra tem origem no verbo *κρίνω* (*krinō*), que

consequência imediata desse oximoro é a vagueza e a banalização do termo. A junção de palavras antagônicas na mesma expressão não é por acaso, ela tem uma carga simbólica substancial: enquanto exceção, a crise pode ser explicada pelos fatores que a provocam, ao passo que, permanente, se torna a própria causa que explica os demais problemas.⁹⁹ E esse discurso caiu como uma luva para a agenda política de reforma neoliberal no Brasil avançar no desmonte de direitos.

Para “contornar” essas crises (quase que permanentes), seus agentes promovem diversas táticas e estratégias para empreender suas ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras, atribuindo-lhes uma fachada de legalidade: propostas de emendas constitucionais, projetos de leis, edição de medidas provisórias e, até mesmo, práticas administrativas que afrontam diretamente o texto constitucional.¹⁰⁰ Essa destruição do caráter democrático do processo constituinte brasileiro, além de se valer do processo legislativo, também pode ser “por dentro”.¹⁰¹ Percebe-se, então, que, por meio de instrumentos e caminhos democráticos, agentes políticos buscam subverter a própria democracia em um verdadeiro *movimento desconstituente*.¹⁰²

2.1. Movimento desconstituente: ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras

Conforme os parâmetros estabelecidos pelo constitucionalismo moderno, a forma e o conteúdo das decisões políticas devem respeitar as escolhas veiculadas no texto constitucional. Afinal, a redação desse projeto que se propõe a recuperar o passado, a possibilitar o presente e a programar o futuro não foi por acaso, mas fruto de uma intensa disputa pelos significados que carrega. Assim, todos os poderes, sejam de entes públicos, sejam de entes privados, estão formal e materialmente vinculados aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais

significa escolher, julgar, *decidir*. Seu conceito, então, envolve a noção de *excepcionalidade* e qualquer pretensão de permanência subverte seu significado. Crises são, por natureza, exceções à regra, à normalidade: ou seja, são situações extraordinárias que se resolvem com tomada de decisões, por vezes urgentes, sendo que essas urgências demandam uma ação do agora. Todavia, isso não quer dizer que a vigência de uma constituição seja afastada em tempos de crise. Pelo contrário, constituições, quando colocadas à prova, oferecem soluções. Tive a oportunidade de defender essa ideia em ORSI ROSSI, *A renúncia de Jânio Quadros e a saída parlamentarista para a posse de Jango*, Op. cit.

⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

¹⁰⁰ PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. *Jornal Grupo Gente Nova*, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-chronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em 25 nov. 2021.

¹⁰¹ PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. *Jornal Grupo Gente Nova*, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em 25 nov. 2021.

¹⁰² PAIXÃO. *30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988*. Op. cit.

estabelecidos, devendo-lhes respeito e assegurar-lhes garantia.¹⁰³ O direito se configurou como um projeto normativo consistente em um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, tanto políticos como econômicos, os quais, ao menos no plano normativo, a ele são subordinados.¹⁰⁴

Como resultado, a constitucionalização atingira seu auge. Parecia que o constitucionalismo alcançara seu estado evolutivo máximo, seu pleno desenvolvimento, que se havia chegado ao “fim da história constitucional”.¹⁰⁵ Apesar disso, embora as constituições modernas tenham atribuído ao povo um papel de maior relevância, uma alteração na constituição formal – ou seja, no documento escrito homônimo – não é necessariamente acompanhada de uma modificação efetiva na constituição material – isto é, nas relações e nas estruturas de reais poder –, e vice-versa.¹⁰⁶

Ainda que constituição e democracia costumem andar de mão dadas, o simples fato de se estabelecer um texto constitucional não é, por si só, suficiente para considerá-lo como democrático.¹⁰⁷ Isso porque a ruptura jurídica que caracteriza um processo constituinte¹⁰⁸ não o converte, necessária e automaticamente, em um processo democratizador. Com efeito, em processos constituintes, coexistem momentos e forças democratizadoras e desdemocratizadoras em constante tensão. Por isso que se fala que processos constituintes podem ser democráticos, como também podem ser autoritários ou elitistas, a depender de qual vencerá a batalha pela nova constituição.¹⁰⁹ Um exemplo ilustrativo desse embate entre democratização e desdemocratização ocorreu durante a Revolução Francesa.

Com forte influência jacobina, a Constituição de 1793 foi uma vitória do poder constituinte popular antiabsolutista. A despeito de sua falta de vigência, seu texto, o mais democrático do período revolucionário, previa o sufrágio universal masculino e reconhecia direitos sociais básicos. Sua lógica era potencializar a participação popular – e não limitá-la.¹¹⁰ A reação a esses avanços foi o Termidor, um golpe de Estado contrarrevolucionário, que encerrou o período conhecido como “Terror”. Visando à proteção da propriedade privada e dos

¹⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014, p. 51-55.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

¹⁰⁵ CABO MARTÍN, Carlos de. Capitalismo, democracia y poder constituyente. In.: DALMAU, Rubén Martínez (Ed.). *Teoría y práctica del poder constituyente*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 13-30.

¹⁰⁶ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op.cit., p. 182.

¹⁰⁷ KALYVAS, Andreas. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v.12, n. 2, 2005, p. 223-244.

¹⁰⁸ É importante frisar aqui que todo processo constituinte também é desconstituinte, uma vez que desconstitui, em maior ou menor grau, o regime anterior, assim como o inverso também é válido: todo processo desconstituinte também é constituinte, na medida em que visa à criação de novos marcos jurídicos. Cf. PISARELLO, 2014.

¹⁰⁹ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 11-12; cf. também a nota de rodapé nº 81.

¹¹⁰ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 36-45.

interesses da aristocracia, o Termidor combateu o espírito democrático da Revolução e reestabeleceu a monarquia e o voto censitário. Esse caráter oligárquico-liberal encontrou expressão na Constituição diretorial de 1795, a qual buscava, ao mesmo tempo, romper com o absolutismo e conter a ameaça democrático-popular.¹¹¹

O inconformismo com os avanços constitucionais democráticos não se restringiu ao início do constitucionalismo. Pelo contrário, essas forças reativas desdemocratizadoras estiveram presentes ao longo de toda a história constitucional: os processos constituintes democratizadores do período entreguerras (1918-1938) sofreram resistências de diversos setores e foram interrompidos pela ascensão do nazismo, do fascismo e de outras manifestações de autoritarismo; os processos constituintes democratizadores do pós-Segunda Guerra Mundial, que estabeleceram os estados de bem-estar social, encontraram como óbice o temor de uma “bolchevização”¹¹² e a polarização da Guerra Fria.¹¹³ Essas ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras se aproveitam de que, nada obstante aos extensos catálogos de direitos fundamentais – direitos políticos, civis, de liberdade e sociais¹¹⁴ – constitucionalizados, a porta da “sala de máquinas” das constituições¹¹⁵ se manteve trancada.

Uma fábrica – e a constitucional não poderia ser diferente – precisa de um maquinário. Ainda que se troque os operadores ou se reforme a fachada do edifício, se as máquinas continuarem as mesmas, não há uma verdadeira e substancial alteração na fábrica. E foi isso que ocorreu com as constituições modernas. Os processos constituintes democratizadores do século XX concentraram-se em garantir direitos que outrora não foram assegurados ao povo, conferindo-lhes grande proteção.¹¹⁶ Todavia, não se atentaram para a estrutura da organização do poder – ou não conseguiram alterá-la. Como resultado, uma estrutura de poder que remonta ao século XIX se manteve, e os avanços constitucionais foram bastante limitados em seu escopo

¹¹¹ PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 83-85.

¹¹² O preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, é bastante ilustrativo desse receio: “Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País”. Como reação a essa “bolchevização” do país, o AI-1 ampliou os poderes do presidente da República para “tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas”. O teor do AI-1, que “Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa”, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em 22 mar. 2022.

¹¹³ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit.

¹¹⁴ FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, Op. cit., p. 54.

¹¹⁵ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010*, Op. cit.

¹¹⁶ A Constituição Federal de 1988, por exemplo, trouxe consigo importantes instrumentos para a tutela dos direitos e garantias fundamentais, como o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII).

e conquistas efetivas.¹¹⁷ A “sala de máquinas” permaneceu a mesma, e esse maquinário, mesmo que enferrujado e antiquado, continuou em pleno vapor.

Daí por que se falar em um “Longo Termidor”.¹¹⁸ “Termidor”, portanto, seria um símbolo da imposição da força oligárquica sobre a popular, representando a prevalência de direitos patrimoniais e de interesses particulares sobre direitos fundamentais e interesses coletivos, o que não teria se limitado ao século XVIII, tendo perdurado ao longo da história, por isso “longo” – não é à toa que há muito se fala em uma desvalorização funcional e em uma perda de sentido das constituições escritas nas democracias constitucionais.¹¹⁹ A expressão atual desse Longo Termidor é a agenda política de reforma neoliberal. Isso porque o neoliberalismo esvazia o conteúdo político da esfera pública e de decisões pautadas em valores coletivos, a fim de que, unilateral e autoritariamente, todas as decisões se submetam aos interesses do mercado e à sua indiferença social.¹²⁰

LUIGI FERRAJOLI destaca que na últimas décadas se produziu uma silenciosa revolução institucional, de modo que “não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política”.¹²¹ Com isso, a vida social e econômica não seria mais regulada pelos governos democraticamente eleitos, que se orientariam por interesses públicos, senão pelas potências do capital financeiro, invisíveis e politicamente irresponsáveis, em vista de interesses privados e especulativos: “de fato, somos governados por sujeitos que não nos representam, enquanto os sujeitos que nos representam se encontram submetidos a eles e imponentes diante deles”.¹²²

É a nova velha política, liberal-oligárquica, que continua a operar naquela “sala de máquinas”, que permaneceu intocada pelos processos constituintes democratizadores, orquestrando suas ofensivas. Seria de todo ingênuo cogitar que não haveria qualquer resistência a esses processos que buscavam destruir o existente¹²³ e alterar o *status quo*. Na verdade:

os projetos constitucionais apenas são pontos de partida para mudanças de época, abertura a novos rumos e novas gramáticas de luta política. **Inauguram, em geral,**

¹¹⁷ GARGARELLA, *Latin American Constitutionalism*, Op. cit.

¹¹⁸ PISARELLO, *Un largo Termidor*, Op. cit.

¹¹⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, p. 222-231.

¹²⁰ COSTA, Alexandre Bernardino. O Direito Achado na Rua e o Neoliberalismo de Austeridade. In.: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de [et. al.]. (Org.). *O Direito Achado na Rua - volume 10 - Introdução Crítica ao Direito como Liberdade*. Brasília: OAB Editora; Editora da Universidade de Brasília, 2021, p. 135-148.

¹²¹ FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, Op. cit., p. 137. Trecho original, em espanhol: “*Ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política*”.

¹²² FERRAJOLI, *La democracia a través de los derechos*, Op. cit., p. 150. Trecho original, em espanhol: “*de hecho, estamos gobernados por sujetos que no nos representan, mientras que los sujetos que nos representan se encuentran sometidos a ellos, frente a los que son impotentes*”.

¹²³ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 181.

um processo de transição histórica de longo prazo. O problema destes processos é que as sociedades não podem viver a longo prazo, mas a curto; e a curto prazo é mais provável que **a velha política subsista e inclusive domine**, frequentemente disfarçada de nova política. Ou seja, este tipo de processo de transição paradigmática está sujeito a numerosas **perversões, boicotes, desvios** e seus piores adversários nem sempre são aqueles que se apresentam como tais. Acontece, além do mais, que os que protagonizam a transição em um primeiro momento raras vezes são aqueles que depois a conduzem. E, com isto, o impulso constituinte inicial corre o risco de se render à inércia do poder constituído. Ou seja, **os projetos constitucionais transformadores estão sujeitos, muito mais que qualquer outro, a processos de desconstitucionalização.**¹²⁴

Curiosamente, o caminho que os atores desconstituintes encontraram para atingir seus interesses foi por meio de uma “ruptura democrática”. Para tanto, conduzem ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras, isto é, processos que tendem a uma concentração despótica ou em poucas mãos da política e da economia.¹²⁵ Essas investidas são processos de esvaziamento do conteúdo democrático e garantista das constituições vigentes,¹²⁶ que invertem a “hierarquia democrática dos poderes”.¹²⁷ Como resultado, há uma primazia do mercado sobre a política e da política sobre a sociedade, atribuindo-se valor máximo à governabilidade e ao lucro, em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.¹²⁸

Com efeito, esses ataques *anticonstitucionais* são processos reativos, respostas ofensivas aos processos constituintes democratizadores. Estes, ao contrário, incorporam altos níveis de participação e tendem a uma distribuição mais igualitária do poder político e econômico, configurando-se como um fator de desestabilização do *status quo* e de democratização das relações materiais e fáticas de poder existentes.¹²⁹ São tentativas de se fazer abrir a porta daquela “sala de máquinas” que ficara trancada e fora do alcance das reformas substanciais. Ou seja, os processos constituintes democráticos se propõem a alterar as regras do jogo.

Não é de surpreender, portanto, que haja resistências que busquem frear essas mudanças e desencadear práticas desconstituintes e desdemocratizadoras. Elas sempre estiveram presentes, em maior ou em menor medida, com mais ou menos sucesso em suas investidas. No contexto atual, especificamente, elas merecem maior atenção, uma vez que a tomada de poder por meio de armas e de tanques chega a ser *démodé*. O projeto atual dos autocratas, na verdade, é mais amplo e inteligente: beneficiam-se da aparência democrática e legalista de seus atos, ao

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Construindo as Epistemologias do Sul: Antologia essencial: Para um pensamento alternativo de alternativas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018, p. 245-246 (grifou-se).

¹²⁵ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 11.

¹²⁶ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 16.

¹²⁷ FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Op. cit., p. 18-19; 76.

¹²⁸ FERRAJOLI, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Op. cit., p. 72.

¹²⁹ PISARELLO, *Procesos constituyentes*, Op. cit., p. 11.

se valerem dos próprios meios autorizados pelo ordenamento jurídico para veicularem seus interesses escusos.¹³⁰

Isso não é novidade na história constitucional brasileira, na qual o regime civil-militar buscou, a todo custo, se valer de uma “máscara de legalidade”, na tentativa de conferir-lhe alguma legitimidade. Com efeito, essa instrumentalização da constituição e essa máscara legalista de que os “agentes desconstituintes” fazem uso, levam a duas espécies de “ansiedade existencial”: uma concernente à dúvida a respeito da possibilidade e do futuro do Estado de Direito; e outra referente ao receio de que a resposta a “para que serve a teoria constitucional?” seja “absolutamente nada”.¹³¹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, resultado de um processo constituinte democratizador, sofre resistências e ataques desde sua promulgação. Esse ressentimento, contudo, não se restringiu ao período de sua recém-promulgação, ecoando ainda no presente. Taxada de “ingovernável”¹³² e propondo a “correção de seus excessos”,¹³³ esses ecos ressoam cada vez mais fortes, sobretudo quando se analisa o campo do direito do trabalho.

2.2. Histórico da terceirização no direito do trabalho brasileiro

Até o final da década de 1960 e o início da década de 1970, a legislação e a jurisprudência trabalhistas eram intransigentes com qualquer forma de drible à relação de emprego. O entendimento era de que, em razão da condição de inferioridade econômica e social do trabalhador,¹³⁴ tentativas de se esquivar à configuração dessa relação de trabalho bilateral, subordinada, pessoal, não eventual e assalariada¹³⁵ se enquadravam como fraude à aplicação imperativa das normas trabalhistas.¹³⁶ Ao fim e ao cabo, buscava-se, a todo custo, evitar que se comercializasse a própria mão de obra.

¹³⁰ SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, n. 85, 2, p. 545-583, 2018.

¹³¹ RISTROPH, *Is Law?* Op. cit.

¹³² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Governabilidade e revisão constitucional (Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988). *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 193, p. 1–11, 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45767>.

¹³³ Cf. Proposta de Emenda à Constituição nº 157/2003, em especial o substitutivo apresentado pelo então deputado Michel Temer (PMDB/SP), cujo teor ainda não foi apreciado pelo Plenário da Câmara dos Deputados, embora a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e a Comissão Especial já tenham aprovado sua admissibilidade. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>.

¹³⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019, p. 233.

¹³⁵ DELGADO, M. G.. *Curso de direito do trabalho*, Op. cit., p. 335-354.

¹³⁶ DELGADO, M. G., *Curso de direito do trabalho*, Op. cit., p. 236

No entanto, essa configuração começou a sofrer um abalo com a edição do Decreto-Lei nº 200/1967, cujo artigo 10, § 7º,¹³⁷ autorizou a transferência de atividades administrativas meramente executivas para a iniciativa privada. A adoção dessa medida foi uma tentativa da ditadura militar de modernizar, descentralizar e desburocratizar a Administração Pública, com o que posteriormente seria chamado de *terceirização*.¹³⁸ Esse decreto-lei, todavia, não delimitou quais serviços poderiam ser objeto de contratação indireta, o que coube à Lei nº 5.645/1970, que assim elencou as atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operações de valores, limpeza e outras assemelhadas (art. 3º).¹³⁹ Combinando os comandos desses dois diplomas, chegou-se ao entendimento de que seria possível a terceirização das *atividades-meio*.

Essa flexibilização, contudo, estava restrita à Administração Pública, não se projetando para o segmento privado da economia. Ainda que se entenda que o ordenamento jurídico brasileiro já previsse uma espécie de contratação triangular, como no caso da empreitada (art. 455, CLT),¹⁴⁰ os contornos de uma terceirização no setor privado começaram a tomar forma apenas com a edição da Lei nº 6.019/1974.¹⁴¹ A partir daí, o direito brasileiro passou a admitir, pela primeira vez, uma relação de trabalho triangular, com a possibilidade, ainda que excepcional, de “locação de mão de obra”.

¹³⁷ A redação do art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967 é a seguinte: “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará **desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada** suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”. (grifou-se). Da leitura do dispositivo, percebe-se que as tarefas executivas seriam definidas por exclusão, de modo que todas aquelas que não se referissem a planejamento, coordenação, supervisão ou controle poderiam ser transferidas à iniciativa privada. O inteiro teor do Decreto-Lei nº 200/1967, que “Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

¹³⁸ DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da Terceirização*, São Paulo: LTr, 2015, p. 41.

¹³⁹ O inteiro teor da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que “Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências”, está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15645.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

¹⁴⁰ A redação do art. 455 da CLT é esta: “Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro” e está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Maurício Godinho Delgado (*Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 542) entende que esse artigo é precursor da contratação triangular.

¹⁴¹ O inteiro teor da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que “Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências” pode ser acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em 8 mar. 2022. Destaco que, por ora, desconsidero as alterações promovidas pela Reforma Trabalhista.

A pretexto de “vitalizar a economia” e de “melhorar a renda individual” daqueles que “não pode[ria]m se engajar num trabalho permanente com a disciplina ordinária”,¹⁴² a Lei nº 6.019/1974 inaugurou o regime de trabalho temporário nas empresas urbanas. Compreendido como “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. 2º), por meio de um contrato com duração máxima de três meses (art. 10), seria intermediado por uma “empresa de trabalho temporário”, a qual, ao fornecer a mão de obra, empregaria e remuneraria os trabalhadores (art. 4º).

Do referido diploma legislativo, merecem destaque, ainda, a previsão de equiparação salarial entre os trabalhadores temporários e os empregados da empresa tomadora de serviços (art. 12, I) e a responsabilidade patrimonial solidária pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e pelo pagamento de remunerações e indenizações rescisórias aos trabalhadores temporários, em caso de falência de empresa prestadora de serviços (art. 16). Pode-se entender tais normatizações como uma forma que o legislador encontrou para eliminar lacunas e coibir estratégias empresariais que visassem à adoção do trabalho temporário apenas para reduzir custos trabalhistas, se esquivando da contratação direta e protegida, garantida pela Consolidação das Leis Trabalhistas,¹⁴³ e esvaziando as conquistas sociais e econômicas do trabalhador previstas na própria legislação.

Alguns anos depois, o processo de terceirização continuou sendo impulsionado, dessa vez com a edição da Lei nº 7.102/1983, que admitiu a terceirização do serviço de vigilância patrimonial e de transporte de valores em instituições bancárias (art. 3º),¹⁴⁴ em caráter permanente e não mais apenas provisório, como disposto na Lei nº 6.019/1974. A previsão da Lei nº 7.012/1983, todavia, era restrita ao segmento bancário e só seria ampliada para outros setores da economia anos depois, com a edição da Lei nº 8.863/1994.¹⁴⁵

¹⁴²Cf. a justificção do Projeto de Lei nº 1.347/1973, de autoria do Deputado João Alves (Arena/BA), transformado na Lei nº 6.019/1974. BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 30 de junho de 1973, p. 3766. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01b1q83dqy5wukmaunfxs2q81f50277148.node0?codteor=801429&filename=Tramitacao-PL+1347/1973. Acesso em 8 mar. 2022.

¹⁴³ DUTRA, Renata Queiroz; MATOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, n. 2, 2019, p. 228.

¹⁴⁴ O inteiro teor da Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que “Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece norma para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências” está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17102.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

¹⁴⁵ O inteiro teor da Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994, que “Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983” está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18863.htm. Acesso em 9 mar. 2022. Como resultado da alteração legislativa, na forma da nova redação do art. 10 da Lei nº 7.102/1983, o ordenamento jurídico brasileiro passou a admitir a terceirização da vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, bem como da segurança de pessoas físicas, além do transporte de valores ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga, conforme a nova redação.

Nada obstante, as demandas do mercado por maior flexibilização não se contentavam apenas com essas alterações legislativas, de modo que seus anseios não encontravam uma resposta que lhes satisfizesse no ordenamento jurídico de então. A prática, a despeito da inexistência permissão legal autorizadora, foi amplamente difundida, sobretudo nos últimos 30 anos do século XX.¹⁴⁶ Com isso, pode-se dizer que “o fato socioeconômico da terceirização precedeu qualquer normatização e acabou chegando às esferas jurisdicionais antes mesmo que medidas legislativas pertinentes fossem editadas”.¹⁴⁷

À época, a Justiça do Trabalho proferiu decisões em diversos sentidos, ora permitindo, ora proibindo a terceirização de outros serviços que não daqueles previstos na legislação. Coube, então, ao Tribunal Superior do Trabalho sanar essa controvérsia. Em sede de incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando da apreciação de um recurso de revista, o TST editou a Súmula nº 256, em 1986, proibindo a terceirização em todas as situações que não envolvessem trabalho temporário ou serviço de vigilância:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.¹⁴⁸

Mantendo uma postura coerente com o arcabouço normativo da época, ainda sob a vigência da Constituição de 1967/1969, o tribunal adotou as seguintes premissas: (i) a ordem econômica e social brasileira tem como fundamento a valorização do trabalho como condição de dignidade humana; e visa ao desenvolvimento nacional, à justiça social e a garantir aos trabalhadores a integração na vida e no desenvolvimento da empresa que se beneficia de seu labor; (ii) o tomador de serviços só pode se valer de contrato de natureza civil, sem assumir os ônus trabalhistas, nos casos excepcionais de serviço transitório e não vinculado à sua atividade normal; (iii) a relação jurídica entre as empresas tomadora e prestadora de serviços possui características de arrendamento, locação ou aluguel de força de trabalho, e a mão de obra humana não pode ser objeto dessas relações, mas apenas as coisas; (iv) o direito do trabalho protege o empregado de sua exploração sem causa; e (v) o lucro das locadoras de mão de obra é resultado da diferença entre o que recebem de empresa tomadora de serviço e o salário que pagam aos seus empregado.¹⁴⁹

¹⁴⁶ DELGADO, M. G., *Curso de direito do trabalho*, Op. cit., p. 543.

¹⁴⁷ DUTRA; MATOS, *A terceirização, o STF e o estado de exceção*, Op. cit., p. 229.

¹⁴⁸ A Súmula nº 256 do Tribunal Superior do Trabalho está disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html. Acesso em 20 mar. 2022. Conforme será exposto adiante, este enunciado se encontra cancelado, substituído pela Súmula nº 331/TST.

¹⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. *Revista de direito do trabalho*, n. 80, p. 3-15, 1992. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/183142>.

A redação conforme aprovada elencava um leque específico de situações em que a terceirização seria permitida, mas deixou de fora aquelas previstas no Decreto-Lei nº 200/1967 e na Lei nº 5.645/1970, o que comprometia sua aplicação plena. Além disso, com a promulgação da nova Constituição em 1988, com a vedação expressa à admissão de trabalhadores por entes estatais sem concurso público (art. 37, II, CF/88), sua eficácia também ficou prejudicada.¹⁵⁰ Foi assim que, em face de reiteradas decisões do próprio TST que não aplicavam integralmente a Súmula nº 256, o tribunal procedeu, em 1993, a uma revisão de seu teor, culminando na edição da Súmula nº 331:

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 este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.¹⁵¹

A nova súmula tratou de elencar as consequências jurídicas da ilicitude da terceirização, com reconhecimento de vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, e a responsabilidade subsidiária da empresa contratante no adimplemento das obrigações trabalhistas.¹⁵² Nesse sentido, a despeito da ampliação das hipóteses em que permitida a terceirização de serviços, o TST não se afastou do vínculo empregatício tal como reconhecido nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, já que, identificadas pessoalidade e

¹⁵⁰ DELGADO, M. G., *Curso de direito do trabalho*, Op. cit., p. 560-561.

¹⁵¹ O teor da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho está disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 29 mar. 2022. Percebe-se que a nova redação incorporou as hipóteses do Decreto-Lei nº 200/1967 e da Lei nº 5.645/1970, bem como a vedação constitucional de contratação de servidores sem concurso público (art. 37, II, CF/88). Destaco que neste trecho deixei de transcrever os incisos V e VI da Súmula, pois não têm pertinência com o que por ora exponho, até porque o que transcrevi foi a redação original, tal como aprovada em 1993.

¹⁵² Anos depois, o TST acrescentaria à Súmula nº 331 os incisos V e VI, que tratam da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços: “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”.

subordinação jurídica direta entre o trabalhador e o tomador de serviços, deve-se declarar a relação de emprego, a fim de se evitar fraudes ao instituto.¹⁵³

Uma consequência prática da Súmula nº 331/TST foi o reconhecimento de quatro modalidades de “terceirização lícita”: (i) as hipóteses de trabalho temporário, conforme já estabelecido na Lei nº 6.019/1974; (ii) os serviços de vigilância, com previsão na Lei nº 7.102/1983, posteriormente ampliados pela Lei nº 8.863/1994; (iii) as atividades de conservação e limpeza, que já foram reconhecidas como tais na Lei nº 5.645/1970; e (iv) os “serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador”.¹⁵⁴

Dessa forma, a licitude da terceirização começou a girar em torno dos conceitos de *atividade-meio* e de *atividade-fim*, não mais apenas para as empresas estatais, mas também para todas as empresas privadas. Ao fim e ao cabo, a Súmula nº 331/TST adquiriu duplo grau de importância: a um, porque, ao estabelecer limites a essa prática, conteve o avanço desenfreado da flexibilização trabalhista; a dois, porque, ao mesmo tempo em que limitaria a terceirização, a legitimaria e a reforçaria.¹⁵⁵

Esse foi o entendimento vigente até a Reforma Trabalhista de 2017. Dentro do contexto de desmontes de direitos que se seguiu, sobretudo a partir de 2016, editou-se as Lei nº 13.429, em 31 de março de 2017, e a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais deram margem a uma interpretação de que seria possível a terceirização da atividade-fim.¹⁵⁶ Essa compreensão foi posteriormente respaldada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF e do Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252/MG, objeto de estudo do próximo tópico.

Com este resgate histórico, portanto, buscou-se demonstrar que há uma disputa regulatória e jurídica em torno da terceirização de serviços, já em curso há várias décadas, reivindicada há muito pelos setores da economia privada, que não se contentavam com as permissões legais até então vigentes. Todavia, seus anseios encontraram maior abertura com as circunstâncias político-econômicas dos últimos anos e conseguiram impulsionar o avanço da pauta de flexibilização de direitos trabalhistas, conduzindo ofensivas desconstituintes e

¹⁵³ DUTRA, MATOS, *A terceirização, o STF e o estado de exceção*, Op. cit., p. 231.

¹⁵⁴ DELGADO, M. G., *Curso de direito do trabalho*, Op. cit., p. 563-564.

¹⁵⁵ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, 2011.p. 60.

¹⁵⁶ A redação atual do art. 4º-A da Lei nº 6.019/1974, incluído pela Lei nº 13.429/2017 e com a redação conferida pela Lei nº 13.467/2017, é a seguinte: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de **quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.” (grifou-se).

desdemocratizadoras, expressas tanto pela via legislativa quanto por meio de atos executivos e da atuação do Poder Judiciário.

2.3. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324¹⁵⁷

A Súmula nº 331 do TST teve sua constitucionalidade apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF, de relatoria do ministro Roberto Barroso.¹⁵⁸ A requerente impugnou um conjunto de decisões da Justiça do Trabalho que aplicavam o entendimento sumulado para restringir a terceirização da atividade-fim. Em suas razões, alegou que as decisões da Justiça do Trabalho que impediam a terceirização da atividade-fim das empresas não teriam fundamento legal, visto que tal restrição teria sido uma construção jurisprudencial, o que violaria o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF/88). Além disso, sustentou que haveria afronta ao valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CF/88) e ao princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, CF/88), pois a Justiça do Trabalho impediria a livre organização empresarial.¹⁵⁹

Inicialmente, os ministros analisaram cinco preliminares a respeito do conhecimento da ação. Por unanimidade, rejeitaram a alegação de irregularidade na representação processual. Quanto à inépcia da inicial, porque se estaria impugnando uma súmula, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski votaram pelo não conhecimento da ADPF, tanto por não vislumbrarem controvérsia judicial – uma vez que a Súmula nº 331/TST é de 1993 e já passou por alterações diversas, conforme a atualização da legislação e da jurisprudência – quanto por entenderem não ser cabível o ajuizamento de ADPF para desconstituir decisões judiciais transitadas em julgado. A alegação de não cumprimento do requisito da

¹⁵⁷ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF e o Recurso Extraordinário nº 958.252/MG, de relatoria do ministro Luiz Fux, foram julgados em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal. Nada obstante a que as razões de decidir do Tribunal tenham girado em torno do mesmo fundamento e a que se tenha chegado à mesma conclusão em ambos os processos – a inconstitucionalidade de decisões da Justiça do Trabalho que aplicam a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho –, as consequências práticas dos julgamentos não são as mesmas. É que, por se tratarem, respectivamente, de processos de controle concentrado e de controle difuso de constitucionalidade, os efeitos de suas decisões são diferentes: enquanto na ADPF o efeito é *erga omnes* e vinculante, no RE é *inter partes*. Como resultado, é a decisão na ADPF 324 que vincula toda a estrutura do Poder Judiciário, e não a tese fixada no julgamento do RE, de acordo com o art. 927, I, do Código de Processo Civil. É justamente por isso – em razão de ser um precedente obrigatório legalmente vinculante – que escolhi apenas o julgamento da ADPF 324 para estudo nesta monografia.

¹⁵⁸ O acórdão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF está disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=750738975>. Acesso em 1º abr. 2022. As páginas seguintes, ao tratar dos votos de cada ministro, têm como referência esse documento.

¹⁵⁹ Vale destacar que esse julgamento não analisou a constitucionalidade das Lei nº 13.429/2017 nem da Lei nº 13.467/2017, mas as situações anteriores à sua vigência. É que a Justiça do Trabalho entendia que a Súmula nº 331/TST seria aplicada a todo o período anterior à vigência das leis da reforma trabalhista.

subsidiariedade (art. 4º, § 1º, Lei 9.882/1999) foi acolhida apenas pelos ministros Rosa Weber e Ricardo Lewandowski.

Somente a ministra Rosa Weber acolheu a preliminar de perda superveniente do objeto, em razão da promulgação das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, enquanto os ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski propuseram que se sobrestasse o julgamento, para que fosse retomado em conjunto com o das ações diretas de inconstitucionalidade que impugnavam especificamente a Reforma Trabalhista,¹⁶⁰ no que ficaram vencidos. Por fim, no que tange à legitimidade ativa da requerente, os ministros Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia entenderam que não haveria homogeneidade em sua composição, o que não a qualificaria como uma entidade de classe, obstando ao conhecimento da ação. Tendo a maioria dos ministros votado pelo conhecimento da ADPF, procedeu-se ao julgamento do mérito.

O relator da ADPF, ministro Roberto Barroso, foi o primeiro a votar e entendeu que as modificações no direito do trabalho não decorreriam de escolhas ideológicas ou de preferências filosóficas, mas seriam resultado do curso da história. Para ministro, o STF deveria “harmonizar os interesses e as demandas empresariais com os direitos básicos dos trabalhadores”, pois, em sua visão, “se não houver desenvolvimento econômico nem sucesso empresarial das empresas, não haverá emprego, renda e ou qualquer outro direito para os trabalhadores”. A discussão daqueles autos, então, não deveria se imiscuir de “preconceitos ideológicos” nem se apegar a “dogmas antigos”. Barroso defendeu que não haveria falar na diferenciação entre atividade-meio e atividade-fim, mas sim no que seria “bom para a lógica do negócio”.

Para o ministro relator, o problema não estaria na terceirização, enquanto modalidade de organização empresarial, mas na contratação abusiva, que violaria preceitos do direito do trabalho. Em seu voto, destacou que o direito constitucional trabalhista prevê direitos fundamentais mínimos que devem sempre ser observados, mesmo que na forma de contratação terceirizada. Após fazer uma recuperação história da evolução da sociedade humana, falando de Revoluções Cognitiva, Agrícola, Científica, Industrial e Digital, e da importância da alteração do modelo de produção industrial fordista para o toyotista, Barroso defendeu que as restrições à terceirização, tais como feitas por decisões da Justiça do Trabalho que aplicavam a Súmula nº 331/TST, violariam a livre iniciativa, a livre concorrência e a segurança jurídica, além de não

¹⁶⁰ Trata-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.685/DF, 5.686/DF, 5.687/DF, 5.695/DF e 5.735/DF, todas de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Conforme alertado pelos ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski, o julgamento da ADPF 324 anteciparia um posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao mérito das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017. Tanto o é que, sem nenhuma surpresa, essas ADIs foram todas julgadas improcedentes, pelos menos fundamentos adotados no acórdão da ADPF ora sob estudo. Curiosamente, no julgamentos das ações diretas, também ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

terem respaldo legal. Elencando benefícios que a terceirização poderia trazer para a produtividade e para a competitividade empresarial, propôs a fixação da seguinte tese:¹⁶¹

1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993.

O ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário também em julgamento, votou em seguida, acompanhando o ministro Roberto Barroso. Em seu voto, trouxe razões essencialmente pragmáticas e ligadas a teorias da economia e da administração de empresas. Criticou também as pesquisas juntadas aos autos que atestavam como a terceirização precarizaria a relação de emprego, por entender que não seguiriam uma metodologia adequada, não possuindo “qualquer valor científico”, não servindo para fins probatórios, “em especial quando se trata de fundamentar jurisprudência de tamanho relevo para a sociedade”. Valendo-se de argumentos pragmáticos e sem aprofundamentos jurídicos, Fux antecipou seu posicionamento pela constitucionalidade das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 – embora não fossem objeto da ADPF –, e concluiu pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST, por violação aos princípios da livre iniciativa (art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CF/88) e da liberdade contratual (art. 5º, II, CF/88).

Em seguida, foi a vez de o ministro Alexandre de Moraes proferir seu voto. Logo no início, fez questão de destacar que o Tribunal não discutia “a relativização de direitos sociais ou a desvalorização do trabalhador”, mas se a terceirização da atividade-fim seria compatível ou não com a Constituição. Moraes entendeu que não haveria qualquer vedação constitucional, expressa ou tácita, à terceirização, a qual seria uma “legítima opção empresária de modelo organizacional”. Além disso, para o ministro, a dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio estaria ultrapassada e seria errôneo equiparar a terceirização com a intermediação ilícita de mão de obra. Ao final, acompanhando os ministros que o antecederam, também concluiu pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST.

Inaugurando a divergência, o ministro Edson Fachin defendeu que não haveria violação ao princípio da legalidade, porque o entendimento consolidado do TST se firmara à luz da

¹⁶¹ Não custa lembrar que não há previsão legal no sentido da fixação de teses em sede de julgamento de ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Todavia, essa é uma prática habitual do ministro Roberto Barroso, que o faz para facilitar aos juízes e aos tribunais a identificação da *ratio decidendi* desses julgamentos, que vinculam todo o Poder Judiciário (art. 927, I, CPC).

legislação vigente à época, que não possuía qualquer comando legal específico que autorizasse ou regulamentasse a contratação de mão de obra terceirizada – o que passou a existir apenas em 2017, com a Reforma Trabalhista. Destacou, ainda, que a Justiça do Trabalho não vedava a terceirização, no sentido da possibilidade de contratação de prestação de serviços entre duas empresas, mas verificava se relação de trabalho do obreiro com a empresa tomadora de serviços formaria uma relação emprego, à luz dos artigos 2º, 3º e 9º da CLT.

Para Fachin, na verdade, a ordem constitucional imporia à Justiça do Trabalho a verificação da ocorrência de fraudes em contratos trabalhistas e, ao assim fazê-lo, não violaria a livre iniciativa – que não deveria ser interpretada isoladamente como um princípio absoluto –, mas sim tutelaria a estruturação constitucional das relações de emprego, atendendo ao disposto nos artigos 1º, IV, e 170, *caput*, CF/88, razão pela qual votou pela constitucionalidade da Súmula nº 331/TST.

Acompanhando o entendimento divergente, a ministra Rosa Weber fez um apanhado histórico da legislação e da jurisprudência brasileiras, e buscou conceituar o que seria a terceirização, identificando sua origem, evolução, características e propósitos. Weber apontou a fragilidade do vínculo entre o empregado e o tomador de serviços e da união dos terceirizados para eventual movimento reivindicatório. Em sua visão, muitas vezes os empregadores e os tomadores de serviços, a pretexto de otimizar seus ganhos, desconsiderariam os limites impostos pela legislação trabalhista, que visa à garantia dos direitos sociais e do valor constitucional do trabalho.

A ministra defendeu que “a livre iniciativa dev[eria] ser exercida, com criatividade e eficiência, respeitados os limites da legislação estatal heterônoma em matéria de Direito do Trabalho”. Isso porque colocar a liberdade de contratação e a livre iniciativa em patamar superior ao da regulação do contrato de trabalho seria o equivalente a negar o próprio contrato de trabalho e a autonomia do direito do trabalho, que reclama a efetivação dos direitos sociais arrolados no artigo 7º, da Constituição de 1988.

Rosa Weber conclui seu voto no sentido da constitucionalidade da Súmula nº 331/TST, por entender que limitar a terceirização, com efeito, contribuiria para a preservação do contrato de trabalho, não havendo falar em violação à liberdade de contratação, à livre iniciativa ou à legalidade. Pelo contrário, o entendimento consolidado da Justiça do Trabalho estaria em conformidade com o Estado Democrático de Direito, regido pelos valores sociais do trabalho e pela dignidade da pessoa humana.

Em seguida, o ministro Dias Toffoli acompanhou o relator, pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST. Em seu sentir, a realidade atual brasileira seria bastante diferente do que fora durante a década de 1980 e exigiria um alargamento das possibilidades de terceirização. Para tanto, ilustrou seu raciocínio sem fazer qualquer remissão à Constituição ou à legislação, se limitando a relatar um caso concreto no qual uma empresa estrangeira escolheu outro país para instalar uma fábrica, porque a legislação trabalhista brasileira seria “intrincada” e geraria uma “certa incerteza” ao negócio.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski seguiu a divergência e votou pela constitucionalidade da Súmula nº 331/TST. Examinando o conceito, os propósitos, a origem, a evolução legislativa e jurisprudencial da terceirização e traçando comparativo com o direito comparado, Lewandowski entendeu que a Justiça do Trabalho buscou conciliar, de forma proporcional, a liberdade de contratar do empreendedor com a proteção à relação de emprego, sem ferir a força normativa dos princípios constitucionais. O ministro concluiu seu voto defendendo que “tal autonomia [a liberdade de contratar e de terceirizar] não pode[ria] ser considerada absoluta, menos ainda quando em conflito com uma nova ordem constitucional democrática que erige os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como princípios fundantes da República”.

Já o ministro Gilmar Mendes se pronunciou pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST, por entender que as mudanças socioeconômicas dos últimos anos imporiam a revisão de seu teor e que a dicotomia entre atividade-meio e atividade-fim seria “imprestável”, um “não-critério” que geraria insegurança jurídica. Mendes sustenta que o entendimento da Justiça do Trabalho seria incompatível “com a realidade empresarial e econômica moderna” e poderia ser considerado um exemplo de ativismo judicial, pois se recusaria a aplicar a legislação vigente, que refletiria a evolução dos meios de produção. Por fim, o ministro defendeu uma “refundação” do direito e da Justiça do Trabalho, já que a terceirização colocaria em xeque conceitos básicos do próprio direito do trabalho. Para Gilmar Mendes, a decisão da Corte seria pragmática: “aqui não se trata de optarmos entre um modelo de trabalho formal e um modelo de trabalho informal, mas entre um modelo com trabalho e outro sem trabalho. [...] Enfim, somos chamados a decidir entre a utopia e a realidade”.

Quem votou depois foi o ministro Marco Aurélio, que traçou um detalhado histórico da legislação e da jurisprudência referentes à terceirização no Brasil. O ministro entendeu que a Súmula nº 331/TST cristalizou uma longa construção jurídica, legal, jurisprudencial e constitucional de proteção ao trabalhador, não tendo a Justiça do Trabalho se mantido inerte

quanto ao tema. Aliás, o TST substituiu a Súmula nº 256 pela de nº 331, a qual, por sua vez, fora alterada algumas vezes desde sua edição. Marco Aurélio chamou a atenção à formação de um “apartheid sindical”, já que o trabalhador terceirizado integraria a categoria profissional da empresa prestadora de serviços, a qual seria um grupo heterogêneo destituído de poder de reivindicação. Além disso, a ampla terceirização desintegraria a identidade coletiva dos trabalhadores, na medida em que enfraqueceria os laços de pertencimento.

Ainda que tenha defendido que a CLT devesse ser lida em consonância com a realidade vivida, não se podendo ignorar o mundo globalizado, o ministro enfatizou que os direitos constitucionais trabalhistas não poderiam ser sobrepostos. Com base nessas razões, o ministro Marco Aurélio votou pela compatibilidade da Súmula nº 331/TST não só com a Constituição de 1988, que, além de conferir amplo rol de direitos trabalhistas (art. 7º, CF/88), eleva o trabalho à condição de fundamento da República (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, CF/88) e da ordem econômica e social (art. 193, CF/88), mas também com a tradição jurídica brasileira de proteção ao trabalhador.

No voto escrito juntado ao acórdão do julgamento da ADPF, o então decano, ministro Celso de Mello, se limitou apenas a acompanhar as razões expostas pelos ministros Roberto Barroso e Luiz Fux, no sentido da inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST. Todavia, durante a sessão de julgamento,¹⁶² o decano proferiu extenso voto oral, no qual entendeu que caberia à empresa a escolha de seu modelo de gestão, sem qualquer interferência estatal, e que a terceirização traria consigo inúmeros benefícios, os quais seriam úteis em razão do momento de crise econômica e do aumento do desemprego e da informalidade que se vive. Nesse sentido, defendeu que a proibição da terceirização, inclusive da atividade-fim, seria prejudicial tanto às empresas quanto aos trabalhadores, pois não se configuraria como instrumento de precarização do trabalho, mas como ferramenta que visaria a gerar empregos. Destacou, ao final, que as regras trabalhistas seguiriam válidas e que violações a direitos trabalhistas poderiam ocorrer em qualquer situação, não sendo restritas apenas à terceirização.

A última a votar, ministra Cármen Lúcia, que ocupava a Presidência do STF à época do julgamento, logo destacou que o Tribunal buscava saber “qual [seria] a forma mais progressista de se assegurar empregos, os direitos dos empregados, e o desenvolvimento econômico [...] num momento tão grave [...], em que temos, aproximadamente, mais de 13 milhões de desempregados, e quase 40 milhões de trabalhadores na informalidade”. Para a ministra, a terceirização, por si só,

¹⁶² A sessão de julgamento do Supremo Tribunal Federal do dia 30/8/2018, quando o ministro Celso de Mello proferiu seu voto, está disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YsspbT5YsOw>. Acesso em 4 abr. 2022.

não seria a causa da precarização do trabalho nem violaria a dignidade do trabalho humano. Na verdade, em seu sentir, se proibi-la garantisse o pleno emprego, não haveria tantos desempregados e trabalhadores na informalidade. Concluiu votando pela inconstitucionalidade da Súmula nº 331/TST, por entender que tal modelo de gestão empresarial permitiria a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII, CF/88), ressaltando que quaisquer abusos de direito poderiam e deveriam ser apreciados pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88).

Como resultado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF, nos termos do voto do ministro Roberto Barroso, que foi acompanhado pelos ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que votaram pela improcedência do pedido, ficaram vencidos. O acórdão do julgamento ficou assim ementado:

Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade.

1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade.
2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.
3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações.
4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).
5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial.
6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta.
7. Firmo a seguinte tese: “1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993”.

8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado.

Ao fim e ao cabo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incompatibilidade jurídico-constitucional da Súmula nº 331/TST, por entender tanto que não haveria no ordenamento jurídico brasileiro qualquer impedimento à terceirização da atividade-fim, expresso ou tácito, o que violaria os princípios da legalidade e da liberdade de contratação (art. 5º, II, CF/88), quanto porque essa proibição seria uma interferência estatal indevida na organização da atividade econômica empresarial, afrontando a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, CF/88).

Nada obstante ao decido pelo Tribunal, entende-se, na linha dos votos vencidos, que a liberação de uma terceirização irrestrita, a permitir a terceirização da atividade-fim, afronta princípios constitucionais preciosos, como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a qual também deve ser interpretada a partir de uma dimensão social (art. 1º, IV, CF/88), a ordem econômica (art. 170, *caput*, CF/88), a relação de emprego socialmente protegida (art. 7º, I, CF/88) e o direito sindical (art. 8º, CF/88).

Com efeito, essa decisão do STF, sobretudo quando cotejada com a *ratio decidendi* dos votos vencedores, se configura como uma expressão do movimento desconstituente, uma prática desconstituente e desdemocratizadora, que retira a primazia do povo e do trabalhador e a transfere ao mercado, ao lucro.

2.4. A liberação da terceirização da atividade-fim como prática desconstituente

Da leitura do acórdão do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324, verifica-se a formação de duas correntes no âmbito do Supremo Tribunal Federal: uma a favor da terceirização da atividade-fim, e uma contrária a essa flexibilização nos direitos trabalhistas. A partir disso, para entender como o reconhecimento da licitude da terceirização da atividade-fim se configura com uma prática desconstituente e desdemocratizadora, é preciso adentrar nas razões de decidir do caso, contrapondo argumentos apresentados pelos ministros de cada vertente, bem como pontos relevantes de seus votos.

Para os ministros que votaram a favor da terceirização da atividade-fim, o entendimento da Justiça do Trabalho, consubstanciado na Súmula nº 331/TST, seria infundado, porque tanto a proibição da prática quanto a distinção entre atividade-meio e atividade-fim não encontrariam respaldo legal, além de promover uma retração nas atividades econômicas, se configurando

como uma interferência estatal na organização da empresa. Nesse sentido, este trecho do voto do ministro Alexandre de Moraes sumariza tal compreensão: “A Constituição Federal não veda ou restringe expressa ou implicitamente a possibilidade de terceirização [...] Vou, porém, mais além ao afirmar que [...] tampouco impõe qual ou quais as formas de organização empresarial devam ou possam ser adotadas”.

Por outro lado, para a divergência, a restrição à terceirização veiculada no enunciado sumular seria plenamente compatível com a Constituição. Isso porque seria conduzida pela Justiça do Trabalho no cumprimento de seu dever constitucional de tutelar a devida aplicação de princípios e de direitos trabalhistas. Esse foi o argumento do ministro Edson Fachin, que assim aduziu: “a Justiça Especializada, ao identificar a ocorrência de terceirização ilícita ou fraudulenta na intermediação de mão-de-obra, [...] busca a tutela das relações de emprego constitucionalmente adequadas, o que se revela imperativo na Constituição”.

Outro argumento que permite a qualificação dessa decisão como uma ofensiva desconstituente é o referente às consequências das mudanças nos modelos de produção industrial, que modificaram substancialmente o mundo e as relações de trabalho. A corrente pró-terceirização defendeu que essa flexibilização nos direitos trabalhistas já seria adotada por outros países e, a fim de preservar a competitividade empresarial e a atração de investimentos, o Brasil deveria permiti-la. O voto do ministro Dias Toffoli ilustra bem esse raciocínio, ao relatar que uma empresa preferiu instalar uma indústria na Costa Rica, por causa da “intrincada” legislação trabalhista brasileira.

Os votos divergentes, todavia, centraram sua argumentação no sentido de que as exigências da globalização e do mercado não poderiam atropelar direitos historicamente reconhecidos e conquistados, o que se verifica a partir da seguinte passagem do voto do ministro Marco Aurélio: “O Direito não deve fechar os olhos diante da realidade globalizada do mercado de trabalho do início do século XXI, [...] porém, a tradicional restrição jurisprudencial à liberação absoluta da terceirização mostra-se decorrência do próprio princípio da proteção”.

Já no que tange à alta rotatividade e à redução salarial, a maioria do Tribunal entendeu que estas não seriam consequências diretas do modelo de terceirização nem necessariamente ruins para o trabalhador. Por exemplo, o ministro Roberto Barroso defendeu que os salários mais baixos seriam uma estratégia empresarial para redução de custos, o que seria importante para sua competitividade e sua sobrevivência no mercado, ao mesmo tempo em que sustentou que a rotatividade, na verdade, seria boa ao próprio empregado, pois impediria que ficasse desempregado por tempo indeterminado. Divergindo, o ministro Ricardo Lewandowski chamou a atenção a que a alta rotatividade, ao contrário, não seria benéfica ao trabalhador, uma

vez que importaria o não recebimento de importantes verbas trabalhistas, o que diminuiria o poder de compra de seu salário e precarizaria substancialmente sua condição social.

A respeito dos prejuízos à representação sindical, o ministro Luiz Fux qualificou a alegação como “demasiadamente frágil” e “imprestável” para sustentar a inconstitucionalidade da terceirização. Para o ministro Roberto Barroso, se a terceirização for salutar para o gerenciamento e para a competitividade da empresa, então o direito do trabalho e o direito sindical precisariam se reinventar para comportar essa descentralização. Por sua vez, o entendimento do ministro Marco Aurélio foi no sentido de que a imposição de limites à terceirização seria necessária, haja vista que o trabalhador terceirizado “não integra[ria] a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, mas sim aquela exercida pela prestadora de serviço, constituindo grupo heterogêneo de representação, destituído [...] de poder de reivindicação”.

A decisão pode ser identificada também como uma prática desconstituente e desdemocratizadora ao se analisar a escolha dos ministros por quais dados e pesquisas empíricas fundamentariam seus votos. Por exemplo, o ministro Luiz Fux faz uma extensa exposição de que dossiês que atestavam a maior rotatividade e os salários mais baixos dos terceirizados seriam “imprestáveis” para fins probatórios, por apresentarem falhas metodológicas. Com essa consideração, Fux optou por basear seu voto em estudos que apresentavam conclusões diametralmente opostas, no sentido da demonstração de vantagens da terceirização às empresas e aos trabalhadores.

Por outro lado, a ministra Rosa Weber fundamentou seu voto com dados e pesquisas que comprovam os prejuízos da terceirização para os trabalhadores, os quais sofreriam com maior rotatividade, salários mais baixos, piores condições de trabalho, maiores riscos de adoecimento profissional e de acidentalidade, aumento da heterogeneidade e fragmentação da classe trabalhadora, dificuldade de sindicalização e fragilidade de organização coletiva, além da baixa exequibilidade das empresas terceirizadas, que teriam frágeis lastros financeiros.

Por fim, é importante se atentar a quais princípios foram tidos como violados por cada corrente: aqueles que votaram a favor da terceirização da atividade-fim entenderam que a limitação a tal modelo de gestão empresarial violaria a liberdade de contratação (art. 5º, II, CF/88), a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, CF/88); ao passo que a divergência defendeu que a permissão da terceirização irrestrita violaria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88), e os princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, CF/88), da continuidade da relação de emprego (art. 7º, I, CF/88), da liberdade de sindicalização (art. 8º, *caput*, CF/88). O que se verifica, então, a partir da análise

dos argumentos trazidos pelos votos vencedores e vencidos é uma diferença na forma de se ler a Constituição de 1988, sobretudo quanto ao papel conferido ao Estado como ente regulador da economia e garantidor de direitos sociais.

Para a corrente majoritária, a empregabilidade – tão necessária aos trabalhadores brasileiros em um momento de crise econômica – decorreria da prosperidade das empresas, que só seria alcançada caso fossem completamente livres para adotarem o modelo de gestão mais conveniente para otimizarem seus lucros e aumentarem sua competitividade, mesmo que dessa transação o empregado saísse com menos direitos. Em contrapartida, para a corrente minoritária, o Estado deveria tutelar os direitos sociais, individuais e coletivos, apesar do anseio do mercado por mais “liberdade” e “autonomia”, uma vez que a proteção do trabalhador seria uma imposição da ordem constitucional democrática inaugurada em 1988.

O que prevaleceu, afinal, foi a visão liberal de Estado mínimo na economia e de que os direitos sociais seriam ônus para o mercado, que não poderia suportá-los. Como resultado, para garantir emprego aos trabalhadores desempregados e na informalidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se deveria esvaziar o campo jurídico protecionista para que o mercado funcionasse livremente, que a economia voltasse a girar e que o Brasil, enfim, saísse dessa *crise*.

No início deste capítulo, mencionou-se a atecnia presente no discurso de uma “crise permanente” de que as forças desconstituintes e desdemocratizadoras se apropriam. Por detrás desse desmonte de direitos está a falácia de que, em razão de uma crise econômica que perdura desde 2015, a adoção de medidas desconstituintes seria a única saída para salvar a economia e manter os empregos: *There Is No Alternative*.¹⁶³ Isso fica evidente ao se analisar as razões de decidir na ADPF 324, sobretudo na seguinte passagem do voto do ministro Roberto Barroso: “Isso não é Direito, isso é Economia e não há como fugir desse modelo”. Curiosamente, apesar de ter beneficiado os setores pró-mercado, retirar direitos sociais não salvou o Brasil dessa crise – a qual, outra vez, teria se agravado ainda mais com a pandemia de COVID-19.

Oscilando entre picos e vales, essa crise econômica seria permanente. E a ideia de uma crise permanente é justamente não ser solucionada. Isso porque recorrer ao seu discurso permite a adoção de medidas que não poderiam ser tomadas em contextos de normalidade. É que, em períodos de certa excepcionalidade, se criam novas interpretações do direito – a pandemia de COVID-19 é um exemplo bastante ilustrativo dessa criatividade. Ocorre que essas inovações

¹⁶³ *There Is No Alternative* (TINA), em português “não há alternativa”, foi um slogan político associado à imagem da ex-Primeira-Ministra do Reino Unido, Margaret Thatcher (1979-1990), e significa que não haveria outra alternativa senão a adoção das leis do mercado, do capitalismo, do neoliberalismo e da globalização, custe o custar para a sociedade e para a democracia.

tendem a ter efeitos estruturais de longo prazo, os quais seriam minimizados, e até mesmo relevados, a fim de se reduzir as consequências da situação excepcional, afinal, a Constituição não seria um “pacto suicida” e poderia ser afastada para se contornar essa crise. Nada obstante, em uma crise permanente, a exceção se torna a regra, e, conseqüentemente, as “alternativas” se esvaem, a ponto de não restar nenhuma; tudo em prol da governabilidade e do máximo lucro.

Ao fim e ao cabo, o projeto do “Longo Termidor” é que o direito sirva essencialmente a garantir duas coisas: (i) a maior liberdade possível ao mercado, por meio de alterações legislativas e constitucionais, expressas ou tácitas, que possibilitem flexibilizações trabalhistas, reduções salariais, imposição de um teto de gastos públicos, pagamento da dívida externa, reforma tributária que desonere o sistema financeiro etc.; e (ii) a implementação completa dessas medidas de austeridade, utilizando-se de qualquer meio necessário a possibilitar tal concreção, seja valendo-se da violência e opressão estatais,¹⁶⁴ seja por meio de uma “superação da normatividade”, por parte do Poder Judiciário.¹⁶⁵

A partir disso, com a política cada vez mais impotente e com a economia cada vez mais imponente, a Constituição, em vez de um “pacto suicida”, se torna um “pacto homicida”, por meio do qual é permitido ao Estado violentar deliberadamente seus cidadãos.¹⁶⁶ É que a violência, para além de ser um elemento cotidiano da governança, autorizado pela própria Constituição, pode se expressar também pela retirada e pela destruição de direitos dos cidadãos, como tem acontecido nos últimos anos de “crise” com o direito do trabalho, que é um dos principais alvos das ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras.

Para se ter noção, a desconstitucionalização do direito do trabalho por parte do Supremo Tribunal Federal não é episódica, limitada à liberação da terceirização da atividade-fim. Com efeito, sua jurisprudência, sobretudo a partir de 2016,¹⁶⁷ na prática, reduz a sociedade ao mercado. O que se verifica por meio de suas decisões é que “as proteções que o ordenamento

¹⁶⁴ COSTA, *O Direito Achado na Rua e o Neoliberalismo de Austeridade*, Op. cit., p. 142.

¹⁶⁵ VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017, E-book (não paginado).

¹⁶⁶ RISTROPH, *Is Law?*, Op. cit.

¹⁶⁷ Pode-se falar em três “ondas de destruição” do direito do trabalho conduzidas pelo Supremo Tribunal Federal: (i) em 2016, com a restrição do direito de greve de servidores públicos (Reclamação nº 24.597 e Recurso Extraordinário nº 693.456); (ii) em 2018, com a liberação da terceirização de toda e qualquer atividade (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324) e com a validação do fim da contribuição sindical obrigatória (ADI 5.794); e (iii) em 2020 e 2021, com as decisões relativas à pandemia de COVID-19. Cf. PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição. *Jota*, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020>. Acesso em 8 abr. 2022.

jurídico destina aos trabalhadores são aplicadas de acordo com seu potencial de ameaça ou não à sociedade e às demandas e necessidade do mercado”.¹⁶⁸

Nesse sentido, o Tribunal entende que o que interessa à sociedade e, paradoxalmente, até mesmo ao próprio trabalhador, são os interesses do mercado, ressignificando e subvertendo o sentido do texto constitucional e de sua topografia. Em face desse contexto de crise econômica – com ares de permanência – indaga-se: por que essa flexibilização, que ocorreu às margens da Constituição, se deu apenas em relação ao direito do trabalho? Indo além: por que, ao invés, não se flexibilizou o direito tributário, por exemplo? Percebe-se que há uma distribuição desigual dos ônus dessa crise, e o sacrificado em prol da sociedade como um todo é o trabalhador empregado, mas jamais o empregador. Institui-se no mundo do trabalho um espaço de não aplicação da Constituição.

A par de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal também é um “agente da desconstitucionalização”, na medida em que conduz um ativismo judicial da destruição, que visa a eliminar qualquer óbice aos interesses do mercado.¹⁶⁹ Essa atuação contraditória do STF retoma aquela acepção de ansiedade existencial segundo a qual a teoria constitucional serviria para absolutamente nada.¹⁷⁰ Afinal, se nem a Corte que deveria interpretar e aplicar fielmente o texto constitucional o faz, quem o fará? Nada obstante, para que a resposta ao propósito da teoria constitucional seja diferente (e até mais esperançosa), deve-se ter em mente que o direito constitucional não pode ser reduzido ao mero controle do Estado e da maioria, nem mesmo limitar a constituição a simples folhas de papel, àquele documento escrito homônimo.

¹⁶⁸ PAIXÃO, Cristiano; DULTRA, Eneida Vinhares Bello; LOGUERCIO, José Eymard. Os mundos do trabalho no Brasil: desconstrução e resistência. In.: SOUZA JÚNIOR [et. al.] (Org). *O Direito Achado na Rua*, Op. cit., p. 664.

¹⁶⁹ PAIXÃO, Cristiano; DULTRA, Eneida Vinhares Bello; LOGUERCIO, José Eymard. Os mundos do trabalho no Brasil: desconstrução e resistência. In.: SOUZA JÚNIOR [et. al.] (Org). *O Direito Achado na Rua*, Op. cit., p. 664.

¹⁷⁰ RISTROPH, *Is Law?*, Op. cit.

CONCLUSÃO

“[P]ela primeira vez na história nos falta a imaginação de futuro. [...] Não temos referência histórica para a situação em que nos encontramos hoje. O tempo presente é o nosso grande desafio projetivo”.

HELOISA M. STARLING¹⁷¹

Ao longo desta monografia, propôs-se a recuperação do contexto histórico da disputa em torno do surgimento da Constituição de 1988, tanto de sua reivindicação quanto de sua elaboração, a fim de entendê-lo como um processo constituinte democratizador. Após uma transição “lenta, gradual e segura”, que aos poucos saiu do controle dos militares, as sociedades civil e política se reorganizaram e começaram a retomar as rédeas da condução do país. Apesar de insistentes e criativas resistências a uma ruptura jurídica com o regime autoritário-ditatorial, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 foi palco de uma movimentação democrática e de uma participação popular sem precedentes, o que lhe conferiu titularidade do poder constituinte originário e legitimidade para inaugurar a nova ordem constitucional democrática.

O resultado dessa tecelagem, conduzida “de baixo para cima”, foi um texto mais analítico, programático, social e progressista. Suas disposições, com amplo rol de direitos fundamentais e sociais, preveem altos níveis de participação popular e uma distribuição inovadora dos poderes político e econômico. A topografia desse texto representa uma mudança da perspectiva *ex parte principii* para *ex parte popoli*. Com efeito, a Constituição de 1988 foi bem mais popular e democrática do que desejavam o regime civil-militar e as elites dirigiram o processo de transição, e, por isso, passaram a resistir à sua plena e devida aplicação.

Por meio de instrumentos e caminhos aparentemente democráticos, esses setores ressentidos conduzem seu projeto liberal-oligárquico de esvaziamento de direitos e de supressão do caráter popular da Constituição de 1988: legislação, emendas constitucionais, medidas provisórias, decretos executivos e até mesmo decisões judiciais são vias usurpadas para a implementação de seus interesses privados e especulativos, a fim de impor uma supremacia do mercado e de suas leis, subvertendo todo o ideal constitucional democrático.

¹⁷¹ STARLING, Heloisa M. Não dá mais para Diadorim? O Brasil como distopia. In.: DUARTE, Luisa; GORGULHO, Victor (Orgs.). *No tremor do mundo: ensaios e entrevistas à luz da pandemia*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020, p. 58-60.

Um alvo frequente dessas ofensivas desconstituintes e desdemocratizadoras é o direito do trabalho, que há muito tem sido objeto de tentativas de flexibilização por parte dos setores privados da economia. Um exemplo ilustrativo desse desmonte é o caso da terceirização: inicialmente proibida pelo direito e pelos tribunais brasileiros, aos poucos essa triangulação na relação de trabalho foi apropriada pelos empresários e admitida pelo ordenamento jurídico. A Súmula nº 256/TST, que vedava integralmente a terceirização, a não ser àquelas situações previstas em lei, foi revisada, cancelada e substituída pela de nº 331/TST, que passou a admitir a terceirização da atividade-meio, mas ainda proibindo a da atividade-fim.

Todavia, com a edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, que passaram a permitir expressamente a terceirização da atividade-fim da empresa, o entendimento sumulado da Justiça do Trabalho teve seus dias contados. O quadro de precarização do trabalho se agravou ainda mais com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 pelo Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, entendeu pela incompatibilidade jurídico-constitucional da Súmula nº 331/TST e pela licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim.

A fundamentação dos votos vencedores adotou argumentos essencialmente pragmáticos e pró-mercado. Para a maioria dos ministros do Tribunal, a proibição da terceirização da atividade-fim violaria a liberdade de contratação (art. 5º, II, CF/88), a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, CF/88), e não afrontaria a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) nem o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88). Na compreensão do STF, em razão do contexto de crise econômica que se viveria, se deveria dar primazia aos interesses do mercado, uma vez que a empregabilidade seria resultado da prosperidade das empresas, que deveriam ser livres para escolher o modelo de gestão mais conveniente para a otimização de seus lucros e para o aumento de sua competitividade.

Com efeito, a liberação da terceirização da atividade-fim é um exemplo de ataque à Constituição de 1988, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal atuou como um verdadeiro agente desconstituinte. Essas medidas inconstitucionais e, por que não, *anticonstitucionais* avançam cada vez mais no desmonte do direito do trabalho. As práticas desconstituintes em curso no Brasil já há alguns anos, somadas, configuram uma verdadeira atitude desconstituinte, que não apenas subverte o sentido garantista do marco constitucional mais avançado da história brasileira, mas também dá margem à gestação de um novo tipo de constitucionalismo elitista liberal-oligárquico, que precisa ser combatido.

Nesse sentido, importa lembrar que uma constituição é um projeto, por meio do qual se busca resgatar o passado, possibilitar o presente e programar o futuro. Há uma dimensão

prospectiva em uma constituição, que abre uma perspectiva para o futuro, ainda que utópica. A questão é que essa utopia precisa de uma concreção para que esse projeto não seja subtraído tanto da geração atual quanto das gerações futuras: *deve* haver um futuro.¹⁷² Não é à toa que a Constituição de 1988 é “um projeto que transcende o momento de sua promulgação [...] e que se desdobra além do marco inaugural, no sentido de uma abertura à reconstrução democrática”¹⁷³ e à possibilidade permanente de luta por direitos.¹⁷⁴

O movimento desconstituente busca capturar esse projeto de futuro, bloqueá-lo e reescrevê-lo conforme seus próprios interesses, por isso precisa ser identificado e combatido. Para seus agentes, uma constituição não deveria constituir uma comunidade de princípios democráticos, mas deveria ser uma carta enxuta e simpática a interesses mercadológicos, que garantisse apenas a governabilidade, deixando a democracia, a cidadania e os direitos fundamentais em segundo plano. Nada obstante, uma constituição que se limite a dispor sobre procedimentos e regras de organização, sem previsões de direitos fundamentais, não tem possibilidade de legitimação.¹⁷⁵

O “quando” e o “por que” foi que “cegámos” talvez não importem mais tanto. O que importa agora é que se olhe, se veja e se repare, com SARAMAGO. Mas, indo além de SARAMAGO, é preciso que também se *dispute* os significados que o texto constitucional carregará. O futuro é um presente em disputa. Essa cegueira precisa ser superada. Para tanto, é urgente a recuperação da ruptura constituinte, que está na base de um constitucionalismo democrático: deve-se resgatar a origem da legitimidade da Constituição de 1988, um processo constituinte democratizador, cuja ideia é permanente e ultrapassa em muito seu texto. São nos momentos de crise que uma Constituição deve ser mais protegida e salvaguardada, sem deixá-la ser reescrita conforme os interesses de maiorias ocasionais.

¹⁷² PAIXÃO, *Covid-19 e o oportunismo desconstituente*, Op. cit.

¹⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, PATRUS, *Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964*, Op. cit., p. 186.

¹⁷⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In.: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*: Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

¹⁷⁵ CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, 2001, p. 169-189. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1194>.

Referências

Referências bibliográficas

AARÃO REIS, Daniel. Ditadura e sociedade: as reconstruções da memória. In.: AARÃO REIS, Daniel; RIDENTI, Marcelo; SÁ MOTTA, Rodrigo P. (Org.). *O golpe e a ditadura militar: 40 anos depois, 1964-2004*. Bauru: Edusc, 2004.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. A terceirização e a jurisprudência. *Revista de direito do trabalho*, n. 80, p. 3-15, 1992. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/183142>.

BORGES, Jorge Luis. *Ficções*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BOSI, Alfredo. O tempo e os tempos. In.: NOVAES, Adauto (Org.). *Tempo e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 19-33.

CABO MARTÍN, Carlos de. Capitalismo, democracia y poder constituyente. In.: DALMAU, Rubén Martínez (Ed.). *Teoría y práctica del poder constituyente*. Valência: Tirant lo Blanch, 2014, p. 13-30.

CARVALHO NETTO, Menelick de. As lições da revisão. *Constituição & Democracia*, n. 1, p. 6-7, fev. 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/996>.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PATRUS, Rafael Dilly. Constituição e poder constituinte no Brasil pós-1964: o processo de constitucionalização brasileiro entre “transição e ruptura”. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 45, p. 171-191, 2016.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, v. 3, p. 200-229, 2010.

CERQUEIRA NETO, José Nunes de. *O Supremo contra a Constituição*. 2020. 130 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38862>.

COSTA, Alexandre Bernardino. O Direito Achado na Rua e o Neoliberalismo de Austeridade. In.: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de [et. al.]. (Org.). *O Direito Achado na Rua - volume 10 - Introdução Crítica ao Direito como Liberdade*. Brasília: OAB Editora; Editora da Universidade de Brasília, 2021, p. 135-148.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 39, p. 169-189, 2001. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1194>.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da Terceirização*, São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2019.

DUTRA, Renata Queiroz; MATOS, Bianca Silva. A terceirização, o STF e o estado de exceção. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 4, n. 2, p. 225-249, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A reconstrução da democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Governabilidade e revisão constitucional (Ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira especialmente em vista da Constituição de 1988). *Revista de Direito Administrativo*, v. 193, p. 1-11, 1993. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45767>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Nova York: Oxford University, 2013.

GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

KALYVAS, Andreas. Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power. *Constellations*, v.12, n. 2, p. 223-244, 2005.

KINZO, Maria D'Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. *São Paulo em Perspectiva*, v. 15, n. 4, p. 3-12, 2001.

KINZO, Maria D'Alva G. O quadro partidário e a Constituinte. In.: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *De Geisel a Collor: o balanço da transição*. São Paulo: Sumaré, 1990, p. 105-134.

KUCINSKI, Bernardo. *O fim da ditadura militar*. São Paulo: Contexto, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

MICHILES, Carlos. *Cidadão constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

ORSI ROSSI, Lucas. A renúncia de Jânio Quadros como crise constitucional e a saída parlamentarista para a posse de Jango. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 17, p. 318-348, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/29920>.

PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: crise e futuro da Constituição de 1988. *Jota*, 3 mai. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/30-anos-criese-e-futuro-da-constituicao-de-1988-03052018>. Acesso em 19 nov. 2021.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo de Andrade. A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, ano 1, n. 1, jan./dez., 2008.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-458, 2014.

PAIXÃO, Cristiano. Captura da constituição e manobras desconstituintes: crônica do Brasil contemporâneo. *Jornal Grupo Gente Nova*, 6 nov. 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/captura-da-constituicao-e-manobras-desconstituintes-cronica-do-brasil-contemporaneo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em 25 nov. 2021.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In.: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 121-132.

PAIXÃO, Cristiano; BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Crise Política e Sistemas de Governo: origens da “Solução Parlamentarista” para a Crise Político-Constitucional de 1961. *Universitas JUS*, v. 24, n. 3, p. 47-61, 2013.

PAIXÃO, Cristiano. Destruindo “por dentro”: práticas desconstituintes do nosso tempo. *Jornal Grupo Gente Nova*, 13 jul. 2020. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/artigos/destruindo-por-dentro-praticas-desconstituintes-do-nosso-tempo-por-cristiano-paixao/>. Acesso em 25 nov. 2021.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria*. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades, v. 13, n. 26, p. 146-169, 2011.

PAIXÃO, Cristiano. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 1, n. 1, p. 219-232, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/78728>.

PAIXÃO, Cristiano; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; CARVALHO NETTO, Menelick de. Levando as palavras a sério: um golpe é um golpe. *Jota*, 2 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/levando-as-palavras-a-serio-um-golpe-e-um-golpe-02102018>. Acesso em 12 fev. 2022.

PAIXÃO, Cristiano; CARVALHO, Cláudia Paiva. Mudança constitucional, luta política e o caminho para a democracia: Uma análise do “emendão” de 1982. *História do Direito: revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 2, n. 3, p. 300-319, 2022. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/83527>.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição. *Jota*, 29 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020>. Acesso em 8 abr. 2022.

PAIXÃO, Cristiano; DULTRA, Eneida Vinhares Bello; LOGUERCIO, José Eymard. Os mundos do trabalho no Brasil: desconstrução e resistência. In.: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de [et. al.]. (Org.). O Direito Achado na Rua - volume 10 - Introdução Crítica ao Direito como Liberdade. Brasília: OAB Editora; Editora da Universidade de Brasília, 2021, p. 655-669.

PESSOA, Fernando. *Poemas completos de Alberto Caeiro*. Organização de Carlos Felipe Moisés. São Paulo: Ática, 2013.

PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes: Caminos para la ruptura democrática*. Madrid: Trotta, 2014.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

RISTROPH, Alice G. Is Law? Constitutional crisis and existential anxiety. *Constitutional Commentary*. v. 25, p. 431-459, 2009.

SAJÓ, András; UITZ, Renáta. *The Constitution of Freedom: An introduction to legal constitutionalism*. Nova York: Oxford University, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Construindo as Epistemologias do Sul: Antologia essencial: Para um pensamento alternativo de alternativas*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018.

SARAMAGO, José. *Ensaio sobre a Cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review*, n. 85, 2, p. 545-583, 2018.

SCHÜTZ, Ricardo E. “Etimologia”. *English Made in Brazil*, 20 fev. 2018. Disponível em: <https://www.sk.com.br/sk-hist.html>. Acesso em 18 abr. 2022.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1988.

STARLING, Heloisa M. Não dá mais para Diadorim? O Brasil como distopia. In.: DUARTE, Luisa; GORGULHO, Victor (Orgs.). *No tremor do mundo: ensaios e entrevistas à luz da pandemia*. Rio de Janeiro: Cobogó, 2020, p. 50-62.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Carta aos brasileiros*. 8 ago. 1977. Disponível em: https://direito.usp.br/pca/arquivos/5f223ea6ae26_cronica-das-arcadas.pdf. Acesso em 17 mar 2022.

VALIM, Rafael. *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*. São Paulo: Contracorrente, 2017, E-book.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – Aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 1, p. 54-84, 2011.

VONNEGUT, Kurt. *Matadouro-Cinco: ou a cruzada das crianças, uma dança compulsória com a morte*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

Legislação, decisões judiciais, Diários do Congresso Nacional e discursos oficiais

BRASIL. Ato Complementar nº 102, de 1º de abril de 1977. Fica decretado o recesso do Congresso Nacional, nos termos do art. 2º e seus parágrafos do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/acp/acp-102-77.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm. Acesso em 22 mar. 2022.

BRASIL. Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discursão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-04-66.htm. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 29 de agosto de 1974. Discurso feito aos dirigentes da ARENA, no Palácio da Alvorada. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/01.pdf/view>. Acesso em 17 fev. 2022.

BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. Saudação ao povo brasileiro, pela televisão, em 30 de dezembro de 1974. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1974/25.pdf/view>. Acesso em 17 fev. 2022.

BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 31 de março de 1977. Improviso na Vila Militar, no Rio de Janeiro, por ocasião do almoço comemorativo do 13º aniversário da

revolução. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1977/14.pdf/view>. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Biblioteca da Presidência da República. 1º de abril de 1977. Discurso através de cadeia de rádio e televisão, anunciando o recesso do Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/presidencia/ex-presidentes/ernesto-geisel/discursos/1977/15.pdf/view>. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Decreto Imperial de 3 de junho de 1822. Manda convocar uma Assembléa Geral Constituinte e Legislativa composta de Deputados das Províncias do Brazil, os quaes serão eleitos pelas Instrucções que forem expedidas. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 78-B, de 21 de dezembro de 1889. Designa o dia 15 de setembro de 1890 para a eleição geral da Assembléa Constituinte e convoca a sua reunião para dois meses depois, na capital da República Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0078-B.htm. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto nº 23.102, de 19 de agosto de 1933. Convoca a Assembléa Nacional Constituinte. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23102-19-agosto-1933-507279-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 30 de junho de 1973, p. 3766. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01b1q83dqy5wukmaunfxs2q81f50277148.node0?codteor=801429&filename=Tramitacao-PL+1347/1973. Acesso em 8 mar. 2022.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados. 27 de setembro de 1977, p. 8601-8605. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/pesquisa_diario_basica.asp. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Diário do Congresso Nacional. 19 de outubro de 1985, p. 1971. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/15464?sequencia=3>. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL, Diário do Congresso Nacional. 25 de março de 1988, p. 926-933. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAR1988.pdf>. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. Discurso de instalação da Assembleia Nacional Constituinte, proferido pelo ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, no dia 1º de fevereiro de 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224180>. Acesso em 17 mar. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977. Altera artigos da Constituição Federal, incluindo-se em seu Título V os artigos 208, 209 e 210. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc08-77.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%208%2C%20DE,artigos%20208%2C%20209%20e%20210. Acesso em 22 fev. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc08-77.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%208%2C%20DE,artigos%20208%2C%20209%20e%20210. Acesso em 22 fev. 2022.

BRASIL. Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945. Dispõe sobre os poderes constituintes do Parlamento que será eleito a 2 de dezembro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT013.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013%20DE%2012,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 17 mar. 2022

BRASIL. Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15645.htm. Acesso em 24 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.339, de 1º de julho de 1976. Dá nova redação ao artigo 250 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, alterado pelo artigo 50, da Lei número 4.961, de 4 de maio de 1966, e ao artigo 118 da Lei nº 5.682, de 21 de julho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16339.htm. Acesso em 18 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece norma para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17102.htm. Acesso em 8 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18863.htm. Acesso em 9 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em 28 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em 28 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgada em 29 abr. 2010, DJe de 6 ago. 2010. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=153&classe=ADPF>. Acesso em 18 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324/DF. Relator ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgada em 30 ago. 2018, DJe de 6 set, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=750738975>. Acesso em 1º abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado de Súmula nº 256. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html. Acesso em 20 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado de Súmula nº 331. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 29 mar. 2022.

Reportagens

FOLHA DE S. PAULO. Arinos defende a Constituinte mas sem radicalismos. 25 nov. 1981, p. 5. Disponível na plataforma acervoFolha: <https://acervo.folha.com.br/index.do>. Acesso em 17 mar. 2022.

FOLHA DE S. PAULO. Constituinte, só se for legítima' exige Mário Covas. 25 dez. 1979, p. 4. Disponível na plataforma acervoFolha: <https://acervo.folha.com.br/index.do>. Acesso em 17 mar. 2022.

JORNAL DO BRASIL. Freire aceita convocação já. 3 jul. 1980, p. 2. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/109360>. Acesso em 17 mar. 2022.

SENADO NOTÍCIAS. Especial: Senado 74 – A eleição que abalou a ditadura. 14 nov. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/14/especial-senado-74-2013-a-eleicao-que-abalou-a-ditadura>. Acesso em 18 abr. 2022.