

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano V - Número 20
Outubro a Dezembro de 2013

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira - RJ

Claudia Lima Marques - RS

Claudio Araújo Pinho - MG

Ester Kosovski - RJ

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - RJ

José Ribas Vieira - RJ

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - RJ

Vitor Sardas - RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2013.

Ano V – Número 20 Outubro a Dezembro de 2013

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Sumário

4 SILVA, Érica Guerra

A Função Social e a Recuperação Judicial da Empresa

17 MEDEIROS, Benizete Ramos

As Terceirizações no Brasil e o Método Interpretativo de Ronald Dworkin

48 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do

O Conceito de Proposta Vantajosa nas Licitações para Empreendimentos de Infraestrutura

52 SILVA, José Afonso da

Corte Constitucional, Equilíbrio de Poderes e Proteção da Cidadania

Doutrina

A FUNÇÃO SOCIAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EMPRESA

Érica Guerra da Silva¹

Sumário: **Introdução** 1. O Estado Social e o Direito Privado 2. A Função Social da Propriedade e da Empresa 3. Função Social da Empresa e a Recuperação Judicial **Conclusão. Referências Bibliográficas.**

Introdução

O presente trabalho concentra-se na análise da Função Social da Empresa à luz do instituto da Recuperação Judicial, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresa e Falência.

Destacando-se o avanço ocorrido com a Lei 11.101/2005 adaptou a legislação brasileira à visão do direito falimentar contemporânea, que objetiva à preservação da empresa.

O trabalho apresenta-se da seguinte forma: no item 1 estuda-se a evolução do Estado e a irradiação para o direito privado da ideia de

¹ Doutoranda em Direito. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Comitê Brasileiro na Câmara de Comércio Internacional (Comissão de Arbitragem). Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professora Convidada da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Autora de Livros e artigos jurídicos.

sociabilidade. No item 2 examina-se o conceito de propriedade e a evolução da propriedade empresária que passou a ser observada segundo a abordagem social, passando-se a exigir a observância da função social da empresa. No item 3 analisa-se o enfoque da função social da empresa à luz do instituto da recuperação judicial.

As empresas possuem grande capacidade criadora, de geração de recursos, empregos e tributos, num contexto em que o bem-estar comum depende cada vez mais de uma ação cooperativa e integrada de todos os setores da sociedade. Uma vez no exercício de atividade economicamente organizada, a atividade empresarial adquire relevância no ordenamento jurídico brasileiro, eis que o desenvolvimento desta atividade deve obedecer aos ditames da função social da empresa.

1. O Estado Social e o Direito Privado

O direito privado, direito civil e direito empresarial, tem passado por modificações nos seus lineamentos nos últimos séculos. A ideia de um direito individualista vem sendo afastada pela ideia de valorização dos interesses sociais. Esta mudança passou a ocorrer nas primeiras décadas do século passado¹ quando, influenciado pelos movimentos sociais e a industrialização, o Estado teve de intervir na economia iniciando-se o Estado de índole social.

No século XX, identifica-se nas Constituições princípios e normas que

¹ Para o historiador Eric Hobsbawm *in* (FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso**. In Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013, p. 20): “a Primeira Guerra Mundial assinala “o colapso da civilização (ocidental) do século XIX” e marca o fim do liberalismo econômico que caracterizou aquele século. A partir daí, o mundo passa a ser palco de profundas transformações políticas, sociais e econômicas, produzidas, muitas vezes, no ambiente devastador de grandes conflitos bélicos ou de profundas crises econômicas, mascas da História do Século XX. A queda da Bolsa de Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção e expansão.”

estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. O Código Civil de 1916, que esboçava ideias individualistas e patrimonialistas, vê-se enfraquecido pela edição de leis extravagantes que já esquematizavam princípios voltados para justiça social.

A Constituição de 1988 traz em seu texto a ideia do pós-positivismo, em que os princípios têm supremacia, ou seja, são “convertidos em pedestal normativo sobre qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”¹

Com a fragmentação de Direito Privado, a Constituição, que no contexto do Estado Social passara também a disciplinar as relações econômicas e privadas, vai converter-se em centro unificador das relações econômicas e privadas, do ordenamento civil.²

O Código Civil de 2002 atende aos valores e finalidades traçados como orientadores de todo o ordenamento jurídico no texto constitucional, pois abandona a visão individualista e baseia-se em ideias solidárias, porém, tal modificação não foi suficiente para torna-lo novamente o centro unificador das relações privadas.

2. A Função Social da Propriedade e da Empresa

O conceito de propriedade acompanhou as mudanças ideológicas do Estado³, sendo, hoje, a visão de proprietário como ser social que tem o dever

¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo. Malheiros, 1999, p. 237.

² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro, 2004. Lumen Juris, p.97.

³ “A queda da Bolsa De Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção

individual de empregá-la na produção de uma riqueza social, se quiser desfrutar da tutela estatal que protege a posse e o domínio que exerce sobre ela. Deixou-se de lado a visão egocêntrica de propriedade para uma participação direta do proprietário, através do comprometimento consigo próprio e também com o desenvolvimento da sociedade, para que ocorra a satisfação das necessidades materiais de todas as pessoas.

Apesar de 1969 a carta constitucional fazer referência à função social da propriedade coube a Constituição Federal de 1988 assumir uma postura ostensivamente social, no que concerne ao uso da propriedade. A partir de então, inaugura-se uma fase que se relativiza a garantia de que dispõe o proprietário sobre a sua propriedade.

A Carta Constitucional vigente manteve as cláusulas já anteriormente consagradas, tanto no rol dos direitos e garantias individuais, art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXIX, XXV, XXVI, como no título destinado à disciplina da ordem econômica e financeira, art. 170, II e III.¹

e expansão. Ambiente em que a ortodoxia Keynesiana ganha força, une políticos e economistas e passa a exercer grande influência em todo o mundo. Na política, contrapondo-se ao socialismo real e ao fascismo, programas de diversos governos de países desenvolvidos são contagiados pelos ideais da social democracia e do "estado do bem-estar social", o "Welfare-state". Um dos mais notáveis defensores dessa "ideologia" foi o economista suéco Gunnar Myrdal, com o argumento de que o objetivo não era simplesmente reduzir desigualdades e distribuir renda, mas que se tratava de questão fundamental para o desenvolvimento econômico." (FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso.** In Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013, p. 20-38)

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano; XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; XXIX - a lei

A função social da propriedade está inserida na ideia exercício do direito da propriedade, em prol dos interesses de todos e não só para si. Na verdade, a função social da propriedade é uma forma de conjugar fruição individual do bem e o atendimento da sua função social visando que o titular da propriedade não abuse do seu direito.

A função social da propriedade tem previsão legal na Constituição Federal¹, no novo Código Civil² e em leis esparsas.³

Verifica-se que o legislador está atento à unidade que deve existir no Ordenamento Jurídico, que garante a certeza e a segurança no campo jurídico.

assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

¹ Art. 5º - *omissis*. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; Art. 170 - *omissis*. III - função social da propriedade.

² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

³ Lei 6.404/76, Art. 116: *omissis*. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e têm deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Lei 11.101/05 - Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Como ensinava Norberto Bobbio, ao explicar a Teoria do Ordenamento Jurídico:

A certeza e a segurança no campo jurídico reclamam um ordenamento jurídico baseado em três caracteres fundamentais: a unidade (o direito como um sistema unitário de normas); a coerência (negar que nele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si) e a completude (ordenamento jurídico é completo, significa, pois, negar a existência de lacunas na lei).¹

No século XX, a ideia de massificação nas operações econômicas, especificamente, nos contratos através dos contratos de adesão, tornando as relações obrigacionais mais vulneráveis, alterou o objeto da garantia constitucional da propriedade.

Evoluiu-se para conceituar a propriedade em industrial, intelectual e de empresa, em que a propriedade recai sobre bens produtivos, ou seja, nos bens utilizados para o desenvolvimento do objeto social da empresa.

Levando-se em consideração esta concepção de propriedade mais ampla que podemos falar em função social da empresa, que estabelece o poder-dever do proprietário dar uma destinação para a atividade empresarial compatível com o interesse da social.

O interesse social quer significar o empenho da empresa como incentivadora de empregos, da circulação de riquezas e serviços e arrecadadora de tributos, meios pelo os quais dá destinação social dos bens que lhe pertencem.

Ao buscar contribuir para que todos tenham uma vida digna para todos, a empresa apenas coopera com o Estado a quem cabe toda política social. Nesse sentido, Fabio Konder Comparato aduz:

A tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de

¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995. p. 197-210.

servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

Complementa:

(...) a Constituição brasileira é explícita ao ligar ao direito de propriedade um dever fundamental de atendimento às necessidades sociais, tal não significa que, em todas as demais situações de propriedade não se deva atender à função social do instituto. O que ocorre é que esse dever decorre, por assim dizer, da própria natureza do bem, de sua destinação normal. É por essa razão, a meu ver, que a chamada "propriedade de empresa" não comporta deveres de prestação de serviços sociais, incompatíveis com a própria natureza da empresa, em nosso sistema econômico, em sua qualidade de entidade direcionada, primariamente, à produção de lucros. Constitui, aliás, uma aberrante falácia do discurso neoliberal sustentar que o Estado fica dispensado, doravante, de cumprir seus deveres próprios de prestar serviços de natureza social – notadamente educação, saúde, previdência e moradia popular – porque tais serviços podem e devem ser prestados pelas empresas privadas.¹

Os direitos fundamentais devem ser objeto de uma política pública destinada a atender aos objetivos fundamentais declarados na Carta Constitucional de 1988 através de mecanismo que permitam a realização da

¹ www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html.

justiça social.

A Constituição ao exigir como finalidade da ordem econômica “assegurar a todos existência digna”, fazendo referência ao princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III, confere unidade não apenas aos direitos fundamentais, mas também à organização econômica que deve ter como foco de suas atitudes o respeito aos padrões universais de direitos humanos, de cidadania e de participação na sociedade.

A empresa deve cooperar para que o Estado cumpra com os seus deveres fundamentais através de medidas internas e externas que garantam a produção de lucros, finalidade precípua da atividade econômica organizada, e o convívio adequado com empregados, os fornecedores, os consumidores, a sociedade e o meio ambiente.

Ademais, a empresa que atende a sua função social, arrecadando corretamente seus tributos, contribui para o financiamento do Estado possa atender aos objetivos da República de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

3. Função Social da Empresa e a Recuperação Judicial

Não há mais espaço para ideia do falimentar que vislumbra na política liquidaria a solução para resolver os problemas econômicos da empresa. É cediço, a importância da atividade empresária para economia de uma sociedade, sua liquidação provoca consequências sérias para o Estado por atingir empregos e a produção de riquezas.

A Lei 11.101/2005, Lei de Recuperação de Empresa e Falência, reconhece a importância da manutenção da empresa para vida social. Ciente que a reorganização econômica da empresa auxilia na observância de sua função social, a lei foge da regra da liquidação e passa a enfatizar o instituto da recuperação.

O art. 47 deste diploma legal assim dispõe sobre a Recuperação Judicial:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.”

Jorge Lobo analisando o referido artigo expõe:

“Recuperação Judicial é um instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia (...).”¹

O procedimento da Recuperação Judicial exige uma ação coletiva entre devedor e as classes de credoras interessadas na manutenção do organismo empresarial, apesar dos seus interesses serem diversos: I) Empregados: fonte da qual extraem o seu salário; II) Provedores do fator capital (Instituições Financeiras): recompensa pelo uso do capital (juros e demais encargos) e III) Fornecedores de tecnologia e matérias-primas: fazem em função dos preços que cobram. Na recuperação judicial demonstra-se que os custos com a conservação da empresa são inferiores a sua liquidação.

Como recuperação judicial entende-se o procedimento em que o devedor (empresário individual ou sociedade empresária), que exerce regularmente suas atividades há mais de dois anos, apresenta ao Poder Judiciário Pedido de Recuperação Judicial, informando a crise econômico-

¹ LOBO, Jorge. *In Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 104-105.

financeira que está passando e que atende aos requisitos exigidos pelo art. 48 da Lei 11.101/2005.

O magistrado deferindo o processamento concederá 60 (sessenta dias) para que o devedor apresente um plano de recuperação. A lei descreve um rol exemplificativo dos meios que o empresário poderá utilizar para recuperar sua atividade. Apresentando o plano, esse deverá ser acompanhado de um resumo para fins de publicação de um edital para ciência dos credores do devedor, que poderão apresentar objeção ao plano.

A assembleia geral de credores só será constituída caso haja objeção ao plano por um credor. Nesse caso, o órgão de deliberação, atendidas as formalidades legais de quóruns de instalação e deliberação, o aprovará ou não. Sendo a deliberação desfavorável ao plano apresentado, o devedor deverá manifestar sua concordância ou não com o decidido pela assembleia. A lei prevê a possibilidade de o juiz deferir a recuperação judicial mesmo não havendo aprovação da assembleia geral de credores, desde que cumpra o disposto no art. 58, § 1º da Lei 11.101/2005.

Deferido o plano de recuperação, o devedor passa para o status “em recuperação” devendo essa informação constar na Junta Comercial. A lei prevê o prazo de dois anos para o encerramento do processo e, nesse período, o descumprimento de qualquer das obrigações acarretará a convolação da recuperação em falência. Sendo as obrigações assumidas por prazo superior a 2 (dois) anos, caso haja o descumprimento, será objeto de execução específica ou requerimento de falência. O devedor poderá no prazo para contestar o requerimento de falência pleitear a recuperação judicial.

O legislador não sujeitou à recuperação judicial os créditos tributários e Previdenciários. Também não se sujeitam à recuperação judicial os créditos decorrentes da Alienação Fiduciária; *Leasing*; Adiantamento Contrato de Câmbio; Contrato de venda com reserva de domínio; promessa de compra e venda irretratável, inclusive incorporações imobiliárias.

Já na recuperação da ME e EPP (Lei Complementar 123/2006), o legislador previu apenas um meio de recuperação, o parcelamento das dívidas do devedor em até 36 (trinta e seis) meses, corrigidas monetariamente e

acrescidas de juros de 12% a.a (doze por cento ao ano). Sendo certo que o pagamento da 1ª (primeira) parcela deverá ser efetuado no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial. Estarão sujeitos a esse plano apenas os credores quirografários e não haverá necessidade de instalar assembleia de credores.

Cumprido dizer que o ME e EPP (Lei Complementar 123/2006) poderão optar em não requerer recuperação judicial segundo as regras dos empresários assim qualificados, valendo-se das regras legais que permitem que outras classes de credores sejam atingidas pela recuperação judicial, não só os credores quirografários, para tanto o deverá afirmar na petição inicial que não adotará o plano especial.

Segundo dados apurados mensalmente¹, o procedimento de recuperação judicial tem se destacado como mecanismo, no meio empresarial, para superação de crise econômico-financeira da atividade empresarial, tendo sido deferidos 1479 (mil quatrocentas e setenta e nove) pedidos de recuperações judiciais, em todo o Brasil, nos primeiros cinco anos de entrada em vigor da Lei 11.101/2005.

No seu parecer o saudoso Senador Ramez Tebet, relator do projeto de lei na Comissão de Assuntos Econômicos, que resultou na Lei 11.101/2005, já manifestava o interesse do legislador de trazer para o ordenamento jurídico brasileiro mais um instituto que permitirá a empresa atender sua função social:

“Em razão da função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País.”²

¹ Dados de pedidos de recuperações judiciais deferidas entre 2005-2008: 2005 (53); 2006 (156); 2007 (195) 2008 (222); 2009 (492) e 2010 (361) in http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm

² GUERRA, Érica e LITERENTO, Maria Cristina Frascari (org.) **Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/02/2005**. Campinas: LZN, 2005, p. 298.

Ao regulamentar a recuperação de empresa, através da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, o legislador consolidou o pensamento da manutenção da empresa como regra devendo o devedor e credores conspirar pela função social da empresa.

Conclusão

O século XX foi marcado por Guerras Mundiais e Crises Macroeconômicas, que corroboraram para evolução do Estado. As Cartas Constitucionais passaram a descrever as regras e princípios voltados para justiça social.

A Constituição Federal de 1988 assumiu uma postura ostensivamente social, no que concerne ao uso da propriedade.

O direito privado, no âmbito do direito civil, abandona as ideias individualistas e patrimonialistas do Código Civil de 1916, para avançar na promulgação do Código Civil de 2002, atendendo aos valores e finalidades baseando-se em ideias solidárias.

Na seara do direito empresarial, especificamente, no direito falimentar, a Lei 11.101/2005 promoveu as mudanças de eliminar as ideias liquidatárias para uma visão de manutenção da atividade empresária. Para tanto, regulamenta as espécies de recuperação de empresas: judicial e extrajudicial.

A recuperação judicial está em consonância com a ideia de sociabilidade, que impõe um comportamento positivo por parte do empresário em crise econômico-financeira de buscar junto aos credores, sob o crivo do Poder Judiciário, a solução de crise e, conseqüentemente, a manutenção da fonte produtora de emprego, responsável pela circulação de riquezas e arrecadadora de tributos.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo. Malheiros, 1999.

FERREIRA, Mauro Santos. **Desenvolver é preciso**. In Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios. Ano XXI. Edição 240. Setembro/Outubro de 2013.

GUERRA, Érica e LITERENTO, Maria Cristina Frascari (org.) **Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/02/2005**. Campinas: LZN, 2005.

LOBO, Jorge. In **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva. 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro, 2004. Lumen Juris.

www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html. Acesso em 20/09/2013.

www.planalto.gov.br. Acesso em 20/09/2013.

www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm . Acesso em 20/09/2013

AS TERCEIRIZAÇÕES NO BRASIL E O MÉTODO INTERPRETATIVO DE RONALD DWORKIN

Benizete Ramos de Medeiros¹

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

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

1- Introdução.

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

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

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

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

A crítica apresentada por Ronaldo Dworkin, tanto na obra *Levando os Direitos a sério*, mas, sobretudo no *Império do Direito*¹, nas quais o jus-filósofo traz uma discussão acerca do que é o direito, os métodos interpretativos para buscar a melhor aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, evitando-se a tomada de decisão judicial fundamentada, primordialmente, na preferência pessoal do julgador, em detrimento da racionalidade que deve pautar a prestação jurisdicional, revela muito oportuna para uma analisar as vertentes que se apresenta sobre o tema terceirizações de mão de obra no Brasil.

Isso porque o autor paradigma² reconhece as inúmeras controvérsias existentes no seio da jurisprudência e da doutrina, destacando que os juízes divergem, quase sempre acerca de qual o sentido das normas jurídicas, além das questões de ordem fáticas, o que é ate razoável se compreenda. E, portanto, em direito grande parte das discussões seria teórica não empírica, embora o empirismo esteja ínsito nos julgados³

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

¹ DWORKIN, Ronald. M, *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes. 1999

² Assim me referirei a Ronald Dworkin

³ DWORKIN, op cit.p. 56.

desenvolvimento com alguns pontos das teorias do jus filósofo Ronald Dworkin.

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

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

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

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

Relembrando sempre que terceirização provoca uma força trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor e, portanto a

força do trabalho, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

O entendimento ampliado que vem se dando às terceirização, num fundamento de melhor adequação ao capital numa economia globalizada é, considerado, por outro fundamento, violadores e violadores dos direitos trabalhistas, já que para essa interpretação, o ordenamento jurídico pátrio só permite as contratações por empresas interpostas, nas hipóteses de (i) empreitada e sub-empreitada, constante do artigo 455 da CLT, englobando também a figura da pequena empreitada (art.652,"a", III, CLT) , (ii) de trabalho temporário 6.019/74 e (iii) serviços de vigilância 7.102/83.¹

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

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

2.1- O alcance da L. 6.019/74

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

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

Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização

¹ BRASIL. Leis. 6.019/74 e 7.102/83.

conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

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

Por isso que em seu artigo quarto, especifica o que se constitui empresa de trabalho temporário, mas, sobretudo estabelece o caráter temporário da atividade e o fato de que a norma se destina trabalhadores qualificados para a substituição de outros em ramos específicos do processo produtivo e não uma mera e contínua substituição¹.

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

A interpretação literal da legislação e as explicações do MTE, é no sentido de restringir a aplicação da terceirização, inclusive quanto às garantias desses trabalhadores temporários, implementando maior controle e fiscalização das empresas pelos órgãos executivos.²

O mote atual do tema é a interpretação que se dá à expressão atividade fim e atividade meio. Mas, veja-se que, nessa norma, constata-se a possibilidade da inserção de trabalhadores na atividade fim da empresa,

¹ Art. 4º - Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

² Art. 8º - A empresa de trabalho temporário é obrigada a fornecer ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra, quando solicitada, os elementos de informação julgados necessários ao estudo do mercado de trabalho.

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

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

embora contratados por empresa interposta a quem ficam subordinados esses trabalhadores, porém, para isso, em caráter temporário, portanto, com limitação do tempo de trabalho nessas condições. É uma conclusão pela lente literal.

Para Maurício Godinho, o modelo terceirizante da Lei nº 6.019/74 produziu, uma inflexão no sistema trabalhista do país, pois era a contraposição à clássica relação bilateral abordada pela CLT, com uma nova redação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente, observando ainda que faltavam pontos a serem apreciados acerca do trabalho temporário que não autorizava a terceirização permanente, produzindo somente efeitos transitórios no tempo.¹

2.2. O alcance da L. 7.102/83

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

Nesse tipo de intermediação da mão de obra, a força de trabalho é desenvolvida na atividade meio da tomadora dos serviços - segurança e vigilância. No entanto, é na própria lei que se encontrará também o exato limite dessas atividades para sua legitimidade.²

¹ DELGADO. Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo. 10ª Ed. LTr. 2010 . p.434.

² Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de:

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

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

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

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

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

3. Da ampliação do uso das terceirizações pela Corte Suprema trabalhistas. 331

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

No entanto, após o advento da S. 331 do Tribunal Superior do Trabalho que ampliou, as hipóteses de utilização das terceirizações no Brasil, notadamente em razão da vaga expressão de “atividade meio e atividade fim”, levaram os intérpretes a adotarem os métodos diversos de acordo com a formação, tendência - aí um diálogo com Dworkin, que ao apresentar teses sobre o que é o direito, afirma que “Os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade.”¹

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

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços,

¹ DWORKIN, R. O Império do Direito. p. 5-6

salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

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

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

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

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

Afastando-se da análise de que em 2011¹ houve uma alteração na súmula mitigando a responsabilidade subsidiária aos entes da administração pública direta, volta-se o foco para a interpretação dada ao item III, parte final “bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”

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

¹ nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

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

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

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

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

Mas, quanto às leis citadas, também há interpretações e práticas que confrontam com tal princípio, pois a simples ausência de um dos requisitos das Leis 6.019/74 e 7.102/83 acarreta a nulidade da cláusula do contrato de emprego. Nesse sentido, os doutrinadores não divergem, alguns clássicos e, outros mais modernos, como Vólia Bomfim ¹ interpretando que,

... a maioria dos trabalhadores terceirizados ou sub-contratados são verdadeiros empregados das empresas tomadoras, disfarçados por contratos simulados com cooperativas, associações ou empresas

¹ BOMFIM. Volia. Direito do Trabalho, 4ª. ed. edição. RJ. Ed. Impetus. p. 483

oportunistas. Isto explica porque a intermediação de mão de obra fere de morte os princípios: da proteção ao empregado; da norma mais favorável; da condição mais benéfica; do tratamento isonômico entre trabalhadores que prestam serviços a uma mesma empresa; do único enquadramento sindical; do único empregador; do mesmo enquadramento legal, etc.. Isso porque os empregados terceirizados possuem direitos inferiores e diversos dos empregados do tomador de serviços.

A questão da subordinação e pessoalidade, referidos na sumula, que são os requisitos do artigo 3º. da CLT¹, para caracterização do que seja empregado, tem sido objeto de inúmeras fraudes, ante a presença desses requisitos na relação com muitos trabalhadores terceirizados, não se duvida. No entanto, o ponto de diálogo com Dworkin, são as diversas interpretações do que seja "atividade meio", que qualifica uma decisão judicial para ampliação ou mitigação do instituto em comento.

3.2- Interpretação do TST sobre atividade fim e atividade meio

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

O objetivo do capital para adoção dessa prática, é a diminuição nos custos, além da melhora no tocante a qualidade do produto ou dos serviços e, tornar as empresas dinâmicas para concorrer. Podendo também, ocorrer em serviços específicos, pela classificação técnica ou tecnologia específica.²

Mas, não é tão simples assim. Os julgadores e demais intérpretes têm dado variadas e extensas interpretações ao que seja "atividade meio" da

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

² JORGE NETO, Francisco Ferreira e CAVALCANTE, Joubert de Quadros Pessoa. Terceirização na Administração Pública e constitucionalidade do art.71, Lei n. 8.666/93, declarada pelo STF in Revista LTr, vol.75,n.3,p.277

empresa, alargando a aplicabilidade da súmula e, por conseguinte implantando no sistema pátrio uma ampla e quase irrestrita terceirização, a despeito dos limites legislativos tratados acima. Poderia ser na concepção de Dworkin um caso difícil,. Destarte, analisemos três julgados do TST. O primeiro elucida a expressão atividade meio, inadmitindo a amplitude, os dois seguintes, divergem.

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

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

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

Recurso de Revista nº TST-RR-619-79.2011.5.05.0421- Brasília, 28 e agosto de 2013. Ministro relator José Roberto Freire pimenta-

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA. MANUTENÇÃO DE LINHAS E REDES DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. ATIVIDADE FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 25, § 1º, DA LEI Nº 8.987/95 E APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO.

1. Discute-se nestes autos a possibilidade de terceirização da atividade de manutenção de linhas e redes de distribuição de energia elétrica pelas empresas concessionárias de serviço de energia elétrica e a incidência ou não, nestes casos, do item I da Súmula nº 331 do TST. Embora o entendimento consagrado nesta Súmula tenha sido de se admitir a licitude da terceirização de forma bem mais ampla e generalizada que a Súmula nº 256 desta Corte, que antes tratava da matéria, isso não significou considerá-la lícita em todo e qualquer caso. Levando-se em conta a finalidade da terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, consagrou-se, em seu item III, a autorização para a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ou seja, a contrario sensu continuou sendo considerada ilícita, sob pena de formação do vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados com o tomador dos serviços nos termos de seu das atividades-fim das empresas.

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

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

4. Assim, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados de forma a não produzir resultados não razoáveis e incompatíveis com o Direito do Trabalho e mediante a aplicação de outras normas infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico, não estão, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante nº 10, tampouco violando

o artigo 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se estará utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

(...)

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

7. (...).

8. Assim, diante da ilicitude da terceirização das atividades de construção e manutenção de linhas e redes de distribuição de energia elétrica pelas empresas concessionárias de serviço de energia elétrica, nas quais se insere a exercida pelo reclamante, eletricitista, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula nº 331 do TST, com o pagamento de todos os seus consectários legais objeto do pedido inicial. Recurso de revista não conhecido. (grifos inexistentes no original)

TST-RR-124500-63.2004.5.03.0108 8ª Turma DORA MARIA DA COSTA Ministra-Relatora 28 de abril de 2010. RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou

meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior. Precedentes do TST. [...]. Recurso de revista adesivo não conhecido.

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

Há, com o fito de regulamentar e, portanto, criar uma regra no direito positivo, acerca da ampliação das terceirização, há o [Projeto de Lei \(PL\) 4.330/04](#), de autoria do deputado Sandro Mabel do PL/GO, cuja justificativa, centra-se, na visão estritamente do capital, no avanço da economia e modos de produção dos últimos 20 anos, ensejando uma reformulação na organização do trabalho, com a adoção de novas formas de contratação para “atender à nova empresa” e a terceirização permite a concentração no negócio principal e na melhoria da qualidade do produto. Mais, “ao tentar, de maneira míope, proteger os trabalhadores simplesmente ignorando a terceirização, conseguiu apenas deixar mais vulneráveis os brasileiros que trabalham sob essa modalidade de contratação”¹

Não cabe aqui, traçar um debate mais extenso sobre as diversas reações de vários segmentos sociais, mas, também não se pode deixar de trazer importantes referências, pela relevância e atualidade do tema, citando apenas alguns deles, como as Centrais Sindicais (CUT, CGT,), as associações, Nacional de Magistrados Trabalhistas (ANATRA), dos membros da Procuradoria do Trabalho (ANPT) e dos Advogados Trabalhistas (ABRAT), dentre outros, e grupos de estudantes organizados em centros acadêmicos².

¹ [Projeto de Lei 4.330/04](#). in site do Senado – WWW. Senado. gov. br, acessado em 21.08.013

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

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

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

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

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

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

² Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania da Universidade de Brasília. Site da Jutra, acessado em 09.09.013 MANIFESTO DE REPÚDIO AO PROJETO DE LEI Nº 4330/2004- “,

Mas, não se pode deixar de citar dos juristas da nova era, um jus filósofo humanista, o juiz do Trabalho Jorge Souto maior,¹ que, como sempre, logo se incomodou e escreveu, um repúdio filosófico sobre o tema e a intenção do projeto, com o título de cujo artigo batizou de L 4.330, “o Shopping Center Fabril” sendo, para não se perder o espírito da idéia, melhor a transcrição de parte do texto.

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

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

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

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

vem, por meio deste, manifestar seu repúdio ao Projeto de Lei nº 4330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel, que se encontra incluído em pauta de votação no Congresso Nacional para o dia 3/9/2013”.

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

¹ No site da JUTRA acessado em 03.09.2013 e recebido pela rede.

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

4- Dialogando com Dworkin – aspectos das teorias interpretativas

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

Da análise de ambas as obras de Dworkin¹ constata-se, que não é o objetivo do autor indicar, previamente, os argumentos de política ou de princípios existentes, nem elencar quais direitos um indivíduo possui abstratamente, para socorrer essa ou aquela aplicação da norma ao caso concreto, tampouco justificar o que ele chamou de “direitos originários” mas, analisar as teorias do direito e as aplicáveis aos casos difíceis, nos quais, mesmo os juízes mais criteriosos podem divergir. Propõe, para isso, uma teoria da interpretação para auxiliar os operadores do Direito a encontrar uma fórmula de dirimir os conflitos duvidosos e, portanto difíceis, ou mesmo tornar compreensível os caminhos utilizados para essas opções.

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

¹ DWORKIN,. *Levando os Direitos á Sério*, op cit

¹ DWORKIN.*O Império do Direito*. Op cit.

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

Especificamente na obra *Levando os Direitos a Sério*¹ Dworkin, sinaliza que quando se cria uma teoria do Direito, ela deve conter uma teoria da legislação e uma teoria da decisão judicial e, para esta, precisa estabelecer padrões que os juízes devem seguir para decidir os casos jurídicos difíceis.

Extremamente oportuno para a discussão do tema em comento, o fato de que a abstração, imprecisão do texto tornará uma norma confusa se “houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria um melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo, e não de outro”²

De qualquer sorte, considera válida as interpretações formuladas, pois são criativas e construtivas na medida em que se preocupam essencialmente com o propósito, comparando, o autor, o direito com a arte, pois, segundo ele, ambos são de cunho essencialmente criativos³.

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

¹ DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a Sério*. *Passim*.

² DWORKIN. *O Império do Direito*. p. 422.

³ *Idem*, p. 63.

Retorna-se, nesse ponto, o diálogo com Dworkin, que sinaliza que a interpretação construtiva impõe um propósito a um objeto ou prática a fim de torná-lo o melhor possível. Mas, não é totalmente livre, pois a história de uma prática, ou a forma de um objeto, traça limites às interpretações disponíveis ¹

E, portanto há pressupostos que devem sinalizar o ato de interpretar uma prática social, quais sejam, a prática não apenas existe, mas tem uma finalidade segundo o valor, interesse, propósito ou princípio que leve em conta; e ainda, as regras da prática social devem ser compreendidas, aplicadas ou modificadas segundo essa finalidade ²

Trazendo o tema e realçando que trata-se de súmula e, se interpretar que as terceirizações da mão de obra, devam ser amplas com objetivo ao que seja ampliadas o entendimento do que é atividade meio e atividade fim, e por isso as leis citadas, estão ultrapassadas, estar-se-á diante de um argumento de cunho econômico – plausível, é inegável. Mas, se a interpretação deva ser restritiva, pois melhor se ajusta aos princípios do Direito do Trabalho – de proteção, e as próprias normas trabalhistas, em especial o art. 2º. e 3º. da CLT³ – parece que é uma interpretação mais construtiva em razão da finalidade da norma trabalhista e os princípios que a geraram.

A interpretação construtiva procura tornar uma prática a melhor possível em face de sua finalidade e portanto, a “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior” ⁴

A interpretação é “como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de

¹ Ibidem. p. 6.

² Ibidem, p. 57-8.

³ - Art. 2º. e 3º. CLT

⁴ DWORKIN. O Império Do Direito. 58.

outra” e não convalidar ou descobrir o que está por traz do objeto do ponto de vista histórico e social¹

Mas, a interpretação da prática obriga o intérprete a aderir à prática que se propõe compreender, de maneira que suas conclusões não serão relatos neutros sobre o pensamento dos membros da comunidade, mas enunciados comprometidos com a visão do intérprete. É justamente esse tipo de interpretação que Dworkin acredita ser característica do Direito pois, para ele, há diferença entre “interpretar os atos e os pensamentos dos participantes um a um” e “interpretar a prática em si mesma”²

Portanto, uma teoria geral do direito é interpretativa e justificadora, e, é parte do próprio direito, como parte geral de qualquer decisão. Assim, “(...) o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia de direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredicto”³

Mas, como nada disso é muito simples, e nem mesmo a interpretação da aplicabilidade das terceirizações, avança, um pouco mais com Dworkin, que afirma que o direito não pode ser descrito, mas apenas interpretado. E, portanto, a preocupação em delinear uma teoria do direito como integridade, levando-o à firme tentativa de adequá-la e justificá-la como a teoria que mostra nossa prática jurídica sob sua melhor luz, e, para isso, oferece as etapas do método interpretativo. Veja-se.

4.1. As etapas propostas

Num primeiro momento, sugere que se deva passar por uma etapa prévia que ele chamou de pré-interpretativa na qual “são identificadas as

¹ idem 71

² ibidem p. 77-8.

³ ibidem, p. 113.

regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática.” Trata-se de definir quais os contornos da prática social a ser interpretado, isto é, as hipóteses ou as convicções sobre aquilo que é válido enquanto parte da prática.¹

Seguindo, o intérprete deve encontrar “uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” Essa justificativa permitirá dizer qual (is) significado(s) é ou são adequado(s) à prática analisada. Nessa fase também é necessário um “acordo” sobre quais significados são adequados, já que o objetivo é interpretar e não inventar algo novo².

E na etapa chamada pós-interpretativa, deverá o intérprete, harmonizar “sua idéia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” Nesse momento, pretende-se apontar, entre os significados considerados adequados à nossa prática, aquele que mostra a prática sob sua melhor luz. E nesse ponto, a justificativa dependerá de convicções mais substantivas que aquelas apresentadas na fase de adequação. Entretanto, “essas convicções não precisam ser tão compartilhadas pela comunidade quanto a noção do intérprete acerca dos limites da pré-interpretação, ou mesmo quanto a suas convicções sobre o devido grau de adequação”.³

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

¹ DWORKIN. O Império Do Direito *ibidem* p. 81.

² *Idem*, p. 81.

³ *Ibidem*.p. 81, 82, 84.

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

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

4.1.a- As três concepções interpretativas do Direito

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

Assim, em resumo, no convencionalismo, o pensador do direito o vê como aquilo que realmente é não como deveria ser. Nesse, a tarefa do juiz, é de um aplicador desse direito já declarado em decisão política anterior, portanto, numa versão próxima do positivismo, que garante a segurança e previsibilidade do direito¹

¹ DOWRKIN, Império do Direito, p. 141.

E, na outra obra trazida a cotejo,¹ “O positivismo jurídico pressupõe que o direito é criado por práticas sociais ou decisões institucionais explícitas; rejeita a idéia mais obscura e romântica de que a legislação pode ser um produto de uma vontade geral ou da vontade de uma pessoa jurídica”

O pragmatismo, “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Assim, contesta o argumento de que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado. Entretanto, por razões de estratégia, para evitar a perda de controle pelo governo e, desta forma, piorar a comunidade como um todo, o pragmatismo jurídico pode optar por disfarçar sua decisão real simulando a aplicação da lei².

Ou, seja, segundo ele, nos casos difíceis o positivismo jurídico leva o julgador a um poder discricionário “na verdade ele legisla novos direitos jurídicos e em seguida os aplica retroativamente aos casos em questão”³. Entende, portanto, ser inadequado e apresenta, uma teoria melhor.

Retornando, a diferença entre o pragmatismo jurídico e o convencionalismo pode ser bem resumida nas próprias palavras de Dworkin⁴:

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

Já na concepção pela integridade, Dworkin identifica, três “virtudes” que devem ser levadas em conta: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. A equidade constituiria “uma questão de encontrar os

¹ DWORKIN, Levando os Direitos a sério. Introdução- p. XII

² DWORKIN, Império do Direito. 185

³ DWORKIN. Levando os Direitos a sério. p .127

⁴ DWORKIN, Império do Direito p. 181

procedimentos (...) que distribuem o poder político da maneira adequada”, isto é, permite que os cidadãos tenham “mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam” . A justiça, por sua vez, preocupa-se com a substância das decisões, sendo, para Dworkin, uma preocupação de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável” ¹

O devido processo legal adjetivo indica o respeito a certos procedimentos pré-definidos para o julgamento de qualquer cidadão, ou seja, “queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação” e portanto, em termos de ideal “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e eqüidade que usa para alguns” ²

Ele compara, nessa teoria, o intérprete ao romancista que deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor, numa continuidade, porém, com liberdade criativa limitada, por não se tratar de um novo começo, já que, integridade é, por definição, uma questão de princípio. Assim, na concepção do direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Não se exige concordância com todos os elementos, mas ao menos em relação aos pontos estruturais.³

Nesse diapasão, os juízes tentam encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação construtiva da estrutura política

¹ idem, p. 200.

² DWORKIN. O Império dos Direitos idem. 200-1.

³ idem, p. 272.

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

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

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

Mas, realce que Dworkin está mais preocupado com o processo de interpretação que com a solução efetiva, no entanto admite que os valores e gostos diferentes de cada um interfere na percepção dos significados, convalidando-se em argumentos que permitam decidir. Mas, não é o foco das teorias dele, por isso que os intérpretes “acham que as interpretações que adotam são melhores – e não apenas diferentes – daquelas que rejeitam”¹

Mas, também afirma que mesmo quando não há lei para o caso, uma das partes pode, ter o direito de ganhar a causa, vez que os juiz continua, mesmo em tais casos, chamados por ele de “casos difíceis”, de descobrir quais são os direitos das partes e não inventar novos direitos retroativamente. E assegura que, por não ser uma investigação mecânica, “pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos”²–

¹ibidem p. 94.

² DWORKIN. Levando os Direitos a Sério. P.127

E , embora o ideal seria que os juízes não criassem novos direitos – e segundo ele, quando se interpreta, na lacuna da lei, cria-se um novo direito – mas que na prática isso não pode ser concretiza, já que as leis e as regras do direito costumeiro são quase sempre vagas e devem ser interpretadas antes de aplicadas ao novo caso, o que justifica o fato de às vezes os juízes criarem um novo direito, de forma dissimulada ou explícita. Embora os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados¹

O certo é que o autor, produz análise acerca das críticas que são feitas aos julgamentos quando se cria novos direitos, cuja antítese é que os juízes não são membros do poder legislativo que criam leis e, portanto, não respondem perante o eleitorado .E, se um juiz cria uma lei nova e aplica ao caso *sub judice*, a parte perdedora será punida por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.²

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

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

A punição, assim interpretada se assenta na violação ao principio da isonomia garantido constitucionalmente no direito brasileiro³, como também tem o foco maior nos princípios construtores do Direito obreiro, com suporte na própria CLT no art. 8º. ⁴, como fonte supletiva, na ausência da lei. São eles: Principio da proteção, que se subdivide em três outros, quais sejam, (i)

¹ DWORKIN. p.128-129

² Idem p.133

³ CRFB\88. art.5o.

⁴ Dec-Lei. 5452 de 1º.5.1943., art. 8º.

indubio pro misero; (ii) aplicação da norma mais favorável e (iii) condição mais benéfica. Todos os demais princípios, como o da irrenunciabilidade de direitos; continuidade da relação; primazia da realidade e outros, decorrem desse princípio maior – da proteção – que irradia em todo o sistema legislativo trabalhista, e se dá para compensar as desigualdades econômicas e fraquezas dos empregados, e na proteção dos desvios e excessos historicamente ocorridos.

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

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

Fazendo um cotejo entre esses princípios e a terceirização ampla, ante os diversos entendimentos que tem sido atribuído a “atividade meio e atividade fim”, parece que a melhor interpretação dentro dos métodos oferecidos por Dworkin, é aquele que se vincula à validação dos princípios, pois do contrário, está se criando um novo direito, depois dos fatos, em prejuízo do inocente. Assim “mesmo que o dever não lhe tenha sido imposto por uma legislação explícita anterior, não há, exceto por um ponto, mais injustiça em se exigir o cumprimento desse dever do que haveria se esse dever tivesse sido imposto por legislação”. Pois se o dever já tivesse existido por lei o réu teria tomado conhecimento e teria se organizado e precavido, sem a injusta surpresa¹.

É de se concordar com o autor ao concluir essa teoria acima que analisa princípios e democracia, se esquecer que “Por outro lado, se a

¹ DWORKIN. Levando os direitos a sério. P. 134

reivindicação do demandante for duvidosa, o tribunal deverá, até certo ponto, surpreender qualquer uma das partes com sua decisão.”¹

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

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

5- Considerações finais

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

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

Ao analisar as concepções interpretativas do direito, considera “pragmatismo jurídico”, “convencionalismo” e “direito como integridade”, bons

¹ Idem p. 135

e destaca o “direito como integridade” uma plausibilidade interpretativa melhor que as outras duas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Portanto se buscar a interpretação de que as terceirizações da mão de obra, devam ser amplas quanto ao entendimento do que é atividade meio da empresa, e por isso as leis citadas, estão ultrapassadas, estar-se-á diante de um argumento de cunho econômico – plausível, é inegável. Mas, se a

interpretação deva ser restritiva, para melhor se ajustar aos princípios do Direito do Trabalho – de proteção, e as próprias normas trabalhistas, em especial parece que é uma interpretação mais construtiva em razão da finalidade da própria norma .

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

6- Referências bibliográficas

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

BRASIL. Leis 6.019/74 e 7.102/83

BRASIL .[Projeto de Lei 4.330/04](#). in site do Senado – WWW. Senado. gov. br, acessado em 21.08.013

BRASIL CRFB\88.

BRASIL Dec-|Lei. 5452 de 1º.5.1943Art. 8o.

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

_____ Levando os Direitos á Sério. Tradução Nelson Boeira. São Paulo. Ed. Martins Fontes. 2002

DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. 10ª Ed. LTr. 2010.

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

MAIOR. Jorge Luiz Souto, WWW. JUTRA.br, acessado em 03.09.013 e recebido pela rede dos integrantes da JUTRA.

Doutrina

O CONCEITO DE PROPOSTA VANTAJOSA NAS LICITAÇÕES PARA EMPREENDIMENTOS DE INFRAESTRUTURA

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A Lei 8.666/93 dispõe, em seu art. 3º, que um dos objetivos da licitação é "*selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração*". Em que consiste a "*proposta mais vantajosa*"?

Nos contratos de **execução imediata**, como por exemplo compras de "*bens de prateleira*" e de "*bens de linha*" em geral, o preço assume especial relevância. Nos contratos de **execução diferida**, como a aquisição de "*bens sob encomenda*", sobretudo equipamentos a serem fabricados, o preço é um dos fatores, não o único. Pesam bastante a capacidade de produção do fabricante e a qualidade e rendimento dos equipamentos por ele produzidos anteriormente. Nos contratos de **duração**, especialmente os de longa duração como obras de grande vulto, Concessões e PPPs, a **proposta mais vantajosa** deve ser **confiável**.

O resultado econômico obtido nas licitações para celebrar tais contratos é enganoso. O que parece ser vantagem no momento de **licitar** e **contratar**, pode dissipar-se na etapa de **executar**. Ágios ou deságios, obtidos nas licitações, muitas vezes não se sustentam na execução do contrato. São festejados como expressivas vitórias da Administração licitante, mas se revelam de duração efêmera. Isso tem ocorrido em qualquer governo ou esfera de governo, e me dispense de citar exemplos porque quem trabalha nessa área sabe que acontece.

Nos contratos de duração, a vantagem da proposta irá revelar-se no final da execução contratual, quando quem licitou e contratou provavelmente estará afastado da área ou aposentado.¹

A este passo, cabe indagar se essa incerteza pode ser afastada. A resposta honesta é não, não pode. Mas poder-se-á minimizar os riscos. Como?

O processo de contratação começa com o planejamento. Com frequência indesejável, planeja-se às pressas, ou são aproveitados projetos e estudos defasados, ajustados a uma realidade que não mais existe, ou que sofreu transformação. A Administração não obterá proposta vantajosa na etapa de licitação se o planejamento não for bem conduzido, com vagar, competência e seriedade. Porque sem planejamento confiável não haverá proposta confiável. Não se contará com os parâmetros necessários para avaliar a qualificação dos proponentes e as propostas por eles apresentadas.

O planejamento conduz à especificação das exigências relativas à qualificação. Não se obtém propostas vantajosas, isto é, confiáveis, se não forem exigidos os requisitos indispensáveis ao cumprimento das obrigações, tal como dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República. Essa norma constitucional é muitas vezes interpretada de maneira equivocada. Nesse sentido, escrevi há quase vinte anos, em "Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos" (São Paulo: Malheiros Editores, 1995, pp. 78/79):

"A Constituição, em seu art. 37, inc. XXI, dispõe que somente são permitidas as 'exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

"O dispositivo constitucional exige que exista uma relação de adequação entre o requerido pela Administração e o objeto da licitação. Essa relação de adequação traduz-se na noção de indispensabilidade. Assim, a Administração não pode exigir requisitos de qualificação técnica ou

¹ O objetivo da Administração Pública, ao contratar empreendimentos de infraestrutura, não é, ou não deve ser, obter um bom resultado econômico, mas sim aliar-se a um parceiro para melhor atender o interesse público. Vale dizer, para melhor atender o interesse coletivo primário, que na concepção de Renato Alessi não se confunde com o interesse público secundário do aparelho estatal.

econômico-financeira **além** do que seja essencial ao cumprimento das obrigações, frustrando o caráter competitivo da licitação e ferindo, assim, o disposto no art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93. Mas também não pode efetuar exigências **aquém** do que seja essencial ao cumprimento das obrigações, favorecendo, com isso, a participação de interessados sem capacidade, quer técnica quer econômica, para cumprir o objeto de contrato.”

Muito tempo passou, mas continuo a entender assim. Cada vez mais, aliás. O planejamento pode ser adequado, mas a proposta não ser confiável. A responsabilidade disso pode muitas vezes ser atribuída ao proponente. Mas pode resultar, por exemplo, de uma falha da lei, que prevê a esdrúxula apresentação de **lances** após a apresentação de propostas, e do edital que adota esse expediente (sobre isso, ver meu “*Concessões de Serviços Públicos – Novas Tendências*”, São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp. 64/65).

Planejamento adequado, licitação bem conduzida, contrato bem elaborado. Basta? Não! Falta gerenciar a etapa de execução.

Nessa etapa, não se trata de **fiscalizar**, mas de **gerenciar**. Planejar a gestão a partir da análise do contrato, controlar o cumprimento das obrigações recíprocas, diligenciar (fazer as coisas acontecerem), informar, coordenar interfaces externas e internas, resolver problemas supervenientes e manter registro circunstanciado das ocorrências verificadas.

A Constituição insere, no “*caput*” do art. 37, o **princípio da eficiência**, a ser observado pela Administração Pública. Pois bem. Para respeitar esse princípio, ela deve atuar eficientemente no planejamento da contratação, na realização da licitação, na elaboração do contrato e na gestão da execução contratual.

Eficiência, sobretudo nas etapas de **planejamento** e **execução**, o que destrói o mito de que o segredo de uma boa contratação está apenas na adequada condução da licitação e em um contrato bem feito.

Mesmo assim, nada garante a **eficácia** da contratação. Mas o agente público que se conduziu com **eficiência** poderá ter a consciência tranquila. Nas

contratações de duração, não se pode dele exigir o cumprimento de **obrigações de resultados** (eficácia), e sim de **obrigações de meios** (eficiência). Pelo menos isso ele deve cumprir.¹

¹ Sobre eficiência e eficácia, obrigações de meios e obrigações de resultados, ver "*O Princípio da Eficiência no Direito Administrativo*", em meu "*Licitação e Contrato Administrativo – Estudos, Pareceres e Comentários*" (3ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, pp. 33 e ss.).

Doutrina

CORTE CONSTITUCIONAL, EQUILÍBRIO DE PODERES E PROTEÇÃO DA CIDADANIA

José Afonso da Silva

Introdução

1.A cidadania tem razões para estar insatisfeita com o funcionamento do Estado em geral. Todos os serviços público: legislativos, executivos-administrativos e jurisdicionais, têm péssimo desempenho. O Congresso Nacional funciona mal; não é capaz sequer de discutir e aprovar o orçamento em tempo hábil, pois todos os anos assistimos a esse espetáculo que é o governo passar praticamente o primeiro semestre sem essa peça fundamental para o bom governo. A Justiça, como função do Estado e como serviço público, nunca funcionou adequadamente; em consequência, o controle da legalidade tem sido sempre deficiente. Pode-se dizer assim que, se é tradicional a previsão constitucional do princípio da legalidade, é igualmente persistente a prática de sua violação. A propósito, poderíamos dizer, como o fez um jurista colombiano a respeito do Judiciário de seu país, que o serviço estatal de Justiça de escassa cobertura geográfica e social, com exclusão da grande massa da população, nem sequer se pode dizer que a minoria que tem acesso à Justiça pode considerar-se uma minoria privilegiada, porque recebe uma Justiça de má qualidade, por sua morosidade, ineficácia e inoperância. O Executivo, por isso mesmo, além de prestar mau serviço, age praticamente sem controle; sem *controle político* porque o Congresso funciona mal; sem *controle de legalidade* porque o desempenho do Judiciário é deficiente. Daí que o presidencialismo se torna cada vez mais imperial e hegemônico.

Foi exatamente nessa questão da organização do Poder que a Constituição de 1988 falhou, deixando intacta a estrutura arcaica de Poder que nos rege desde a implantação da República. A reforma do Judiciário ora em fase final de tramitação não muda nada substancialmente. Aqui, no entanto, devo ater-me

à questão da jurisdição constitucional com especial atenção à instituição de uma Corte Constitucional.

1. Sistema de jurisdição constitucional

Sabe-se que há dois sistemas originários de jurisdição constitucional: o *americano*, nascido nos EUA com a famosa sentença de Marshal em 1803, de controle de constitucionalidade pelo método difuso e incidental, segundo o qual qualquer juiz pode conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade argüida em defesa ou exceção, num processo concreto de parte; e o *européu*, de jurisdição concentrada numa Corte especial, surgida com a criação do Tribunal Constitucional da Áustria em 1920 por influência de Kelsen, de tal sorte que nenhum outro juiz pode decidir sobre inconstitucionalidade de ato do poder público. O sistema americano, difuso, é mais técnico-jurídico, porque se preocupado essencialmente com a solução do caso e não tanto com a defesa da Constituição. O sistema europeu, mediante Cortes Constitucionais (cerca de 40 hoje, incluindo 6 da América Latina), ao contrário, tem especialmente em vista a defesa dos valores políticos da Constituição. Deles dois derivaram outros sistemas, especialmente na América Latina.

Em novembro de 1977, realizou-se o II Colóquio Ibero-Americano de Direito Constitucional, em Solchagota, na Colômbia (de que participei, inclusive da elaboração das conclusões finais), sobre a jurisdição constitucional, do qual se extraíram as seguintes conclusões:

- “1. Que a justiça constitucional configura um dos pressupostos fundamentais do Estado moderno, destinado a obter um contrapeso efetivo entre um poder executivo cada vez mais hegemônico e um poder legislativo que se torna cada dia mais ambíguo em sua estrutura e funcionamento;
- “2. Que a jurisdição constitucional constitui um pressuposto fundamental para a preservação dos direitos humanos;

“3. Que o exposto acima não pressupõe a conversão da justiça constitucional num poder superior aos outros poderes do Estado, que menoscabe o princípio da divisão dos poderes. Ao contrário, pela natureza específica de sua função e pelos mecanismos de atuação de que dispõe, a justiça constitucional é o instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e será também o melhor instrumento de controle e de tutela para o funcionamento democrático do resto dos poderes do Estado;

“4. Que para que a justiça constitucional possa cumprir com seus objetivos, faz-se absolutamente necessária a existência prévia de condições políticas que assegurem sua independência. Esta independência é pressuposto essencial para que a justiça constitucional seja instrumento capaz de garantir os princípios fundamentais que inspiram os ordenamentos constitucionais democráticos;

“5. Que com algumas exceções, na América Latina predomina, por razões históricas, o sistema de desaplicação da lei inconstitucional nos casos concretos, não obstante existir uma orientação recente, com tendência a generalizar-se, para a implantação da declaração geral de inconstitucionalidade. Neste sentido, razões de coerência jurídica, de funcionalidade técnica, e de respeito ao princípio de igualdade perante a lei, essencial na democracia constitucional, aconselham acelerar esta tendência para a declaração geral de inconstitucionalidade;

“6. Que, como culminação desta evolução progressiva resulta conveniente a criação de Cortes ou Tribunais Constitucionais específicos, cuja competência – em razão da complexidade da vida política no Estado moderno – deverá ampliar-se a todos aqueles aspectos que possam determinar ataques ou violações à ordem constitucional;

“7. Que a ampliação de competências da jurisdição constitucional não tem por que implicar a politização da justiça, havendo-se em conta que o caráter político de um ato não exclui o conhecimento jurídico do mesmo, de igual modo que o resultado político de dito conhecimento não tem por que despojar-lhe de seu caráter jurídico;

“8. Que para evitar implicações políticas no funcionamento da justiça constitucional se requer que as resoluções dos tribunais que a exercem não invistam simplesmente caráter consultivo suscetível de revisão pelos órgãos políticos;

“9. Que a especificidade e complexidade de interpretação das normas constitucionais requerem um órgão composto por juristas tecnicamente capacitados e com especial disposição moral, intelectual e científica para compreender e dar conteúdo ao sistema de valores e princípios que inspiram os sistemas constitucionais democráticos. Neste sentido, o caso de Colômbia – onde se celebrou o Colóquio – oferece a possibilidade mais imediata para a criação na América Latina de uma jurisdição constitucional especializada e efetiva, quer dizer, com uma Corte ou Tribunal diferenciado da Corte de Cassação e do Conselho de Estado, dadas as circunstâncias positivas que tem configurado sua já larga evolução constitucional;

“10. Que para consolidar a tendência para um maior aperfeiçoamento da jurisdição constitucional especializada é mister preparar o maior número possível de juristas versados no conhecimento profundo do direito constitucional interno e comparado, aspiração esta que precisamente inspira o trabalho científico que vem realizando o Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional;

“11. Que dado o novíssimo e iminente processo de internacionalização das relações e das instituições políticas e jurídicas, do qual não escapa o mundo Ibero-Americano, onde precisamente a tutela das liberdades tem que ser mais vigorosa que em regiões de maior desenvolvimento institucional, registra-se a necessidade de impulsionar a criação de um direito comunitário que tenha seus próprios órgãos de jurisdição constitucional supranacional. A existência desta justiça supranacional seria, ao mesmo tempo, um poderoso instrumento de unificação dos ordenamentos jurídicos e de garantia de liberdade e progresso dos indivíduos e dos povos. O exemplo europeu de progressiva criação de uma justiça supranacional para garantir a supremacia do direito comunitário e da Convenção europeia dos direitos do homem, é demonstração da possibilidade real destes desenvolvimento na América

Latina. O ingresso de Portugal no Conselho da Europa em 1977 e o provável ingresso em data próxima da Espanha, assim como a possibilidade de que ambos países cheguem a ser membros das Comunidades europeias mostra também a iminência da existência de formas de justiça supranacional aplicáveis a esses países”.

2. Evolução

Os participantes desse Colóquio éramos todos opositores aos regimes autoritários de nossos países. E todos estávamos imbuídos da idéia de que uma Corte ou Tribunal Constitucional seria um passo significativo para a construção e sustentação da democracia que se queria reconquistar em nossos países. Por isso, todos ficamos comprometidos com a idéia da criação de uma Corte Constitucional nos respectivos países. Com isso, houve inequívoca evolução nos sistemas de jurisdição constitucional da América Latina com a criação de Cortes Constitucionais em alguns deles, especialmente em decorrência da reconstitucionalização. Com essa evolução vigoram hoje, na América Latina, quatro sistemas de jurisdição constitucional, a saber:

I – *Sistema exclusivamente difuso*, que só perdura na Argentina; assim, hoje, no mundo só Argentina e Estados Unidos adotam o sistema difuso exclusivo de jurisdição constitucional;

II – *Sistema exclusivamente concentrado*, ora numa *Corte Suprema de Justiça*, como é o caso de Honduras, Panamá, ora em uma *sala da Corte Suprema* como é o caso Costa

Rica e Paraguai, ora numa *Corte Constitucional* como é o caso do Chile (com peculiaridades, porque também o Supremo Tribunal pode conhecer da questão constitucional);

III – *Sistema misto*, no qual se mesclam o sistema difuso e o concentrado na mesma estrutura de poder judiciário; em alguns a concentração se faz na *Corte Suprema de Justiça*, como o Brasil, El Salvador, México e Venezuela, outros numa *Corte Constitucional* como Bolívia, Colômbia e Guatemala;

IV – *Sistema dual ou paralelo*, assim considerado quando, num mesmo país, em um mesmo ordenamento jurídico, coexistam o modelo americano e o modelo europeu, mas sem se mesclarem, nem se deformarem, nem se desnaturalizarem (Belaunde); quer dizer, a Corte Constitucional, nesse sistema, não tem contato com o modelo difuso existente, porque não é órgão de recurso e de revisão dos julgamentos proferidos no controle de constitucionalidade concreto, incidental e na via de exceção. Esse é o sistema que vigora no Peru e no Equador. O sistema proposto pela Ordem dos Advogados em 1999 se aproxima bastante do paralelo. Só não o é porque incluiu a Corte Constitucional no contexto do Poder Judiciário. Como direi mais adiante, uma autêntica Corte Constitucional deve ser um órgão estatal não vinculada a nenhum dos outros poderes.

Observe-se que há Tribunais (ou Cortes) Constitucionais na *Colômbia, Guatemala, Equador, Bolívia, Chile e Peru*. As quatro primeiras dentro do Poder Judiciário, as duas últimas, fora do Poder Judiciário. O Tribunal Constitucional da Bolívia, criado pela reforma constitucional de 1994, demorou a ser instalado, mas já está funcionando bem, ao que se informa. Também o Tribunal Constitucional do Equador carece de uma lei orgânica para sua completa implantação, e tem uma limitação grave: não conhece de violação dos direitos humanos. O Tribunal Constitucional do Chile tem especialmente competência de controle preventivo das leis, e compartilha com a Corte Suprema de Justiça o controle concentrado das leis; carece de competência no âmbito da solução de conflitos de jurisdição ou de atribuições entre os diversos órgãos ou autoridades estatais. O Tribunal Constitucional do Peru tem competência muito limitada: controle abstrato das leis e solução de conflitos de competência. Funcionam bem as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Guatemala. Quero referir-me especialmente a esta última (que se chama *Corte de Constitucionalidad*), criada pela Constituição de 1985, que teve papel importante na defesa da democracia na Guatemala contra um golpe de Estado em 1993. Compõe ela de cinco magistrados nomeados respectivamente pelo Plenário da Corte de Justiça, pelo Pleno do Congresso da República, pelo Presidente da República em Conselho de Ministros, pelo Conselho Superior da

Universidade Nacional e pela Assembléia do Colégio de Advogados. Tem ampla competência, inclusive para, ex-officio, atuar, opinar, sentenciar ou conhecer dos assuntos de sua competência estabelecida na Constituição. O seu ex-Presidente Prof. Jorge Mario Garcia Laguardia, constitucionalista, que sempre combateu as ditaduras de seu país, narra o episódio mencionado supra, em síntese, embora longa:

No dia 25 de maio de 1993, pela manhã, o então Presidente da Guatemala, Jorge Antonio Serrano Elias, anunciou por uma cadeia de rádio e televisão sua decisão que tornava sem efeito diversos artigos da Constituição, dissolvia o Congresso da República, a Corte Suprema de Justiça e a própria Corte de Constitucionalidade. Essa decisão foi expedida por um decreto governamental com a denominação de Normas Temporárias de Governo (quer dizer, um verdadeiro Ato Institucional). Era um típico golpe de Estado efetuado pelo próprio Presidente. A Corte se reuniu, nessa mesma manhã, e à tarde, no exercício das faculdades que a Constituição lhe outorga e em especial daquela de *atuar* e *conhecer* em assuntos de sua competência, proferiu uma sentença em que se declarou que aquele decreto presidencial e atos dele derivados transgrediam disposições expressas da Constituição e representavam o rompimento da ordem constitucional. E, como consequência, declarou que todos aqueles atos padeciam de nulidade *ipso iure* e, portanto, deviam considerar-se sem efeito, e assim declarou inconstitucional o decreto de Normas Temporárias de Governo, que deveria deixar de surtir efeito, ordenando a imediata publicação da sentença no *Diário Oficial*. No entanto, como era de esperar, a sentença não foi publicada nem acatada. Vários dias de incerteza. A Corte, contudo, entendeu que suas resoluções deveriam ser acatadas, de acordo com a lei que indica que suas decisões vinculam o Poder Público e tem eficácia diante de todos. O art. 203 da Constituição estabelece que todos os outros organismos do Estado devem prestar o devido auxílio aos tribunais de justiça para o cumprimento de suas decisões. E com essa base, no dia 31 de maio, a Corte ditou um auto de execução da sentença mediante o qual se requereu ao Ministro de Gobernación e ao Ministro da Defesa Nacional, para que prestassem o auxílio necessário, para que a sentença se publicasse no Diário Oficial e que se cumprisse pelo órgão Executivo. No clímax do

conflito, no dia seguinte, o Exército, por meio da cadeia de rádio e televisão, convidou, para uma reunião no Palácio, a Corte, que se reunia clandestinamente porque a Polícia havia ocupado sua sede. Nessa reunião se notificou o Ministro da Defesa o conteúdo do auto de execução da sentença, e informou que o Exército havia decidido acatar a decisão da Corte e que o Presidente da República havia decidido abandonar o cargo, antes que restabelecer a ordem constitucional. Assim, a sentença da Corte foi executada, restabeleceu-se a ordem constitucional, reinstalaram-se a Corte Suprema de Justiça e o Congresso. Mas a crise político-institucional continuou, porque o Vice-Presidente deu marcha a ré em sua decisão de renunciar e pretendeu que o Congresso legalizasse a situação em seu favor. A Corte, por seu lado, expediu novo auto em 4 de junho, em continuação à execução da sentença inicial, entendendo que o Vice-Presidente, por ter participado do golpe, se encontrava inabilitado para o exercício da Presidência, nos termos do art. 186 da Constituição, e, assim, entendeu que diante da acefalia da Presidência cabia ao Congresso da República designar os substitutos para completar o período presidencial e fixou o prazo ao Congresso para formalizar o ato, o que ele cumpriu (cf. Jorge Mario Garcia Laguardia, que era o Presidente da Corte então, “Justicia constitucional y defensa da democracia. El golpe de Estado em Guatemala em 1993”, em *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 2 jan.jun/2000, pp. 18-20)

De minha parte, sempre que tive oportunidade, defendi a idéia. Todos discursos ou palestras que fiz relativamente à convocação da Constituinte, propus a criação de uma Corte ou Tribunal Constitucional no Brasil. Na minuta de uma Constituição que submeti à Comissão de Estudos Constitucionais, chamada Afonso Arinos, apresentei um Subtítulo sobre a defesa da Constituição com dois capítulos: um sobre a jurisdição constitucional, com a institucionalização de um Tribunal de Garantias Constitucional, hoje, prefiro simplesmente Tribunal Constitucional.

Minha proposta, então, situava a Corte Constitucional num modelo misto, uma vez que admitia recursos de inconstitucionalidade de decisões de outros

tribunais. Não me pareceu, então, conveniente instituir um sistema concentrado exclusivo, talvez não muito adequado num país de grandes extensões como o nosso. Não que ache que esse procedimento retarde sempre o desfecho final das demandas. Talvez até a apresse naqueles casos em que reconhecida e declarada a inconstitucionalidade do fundamento da demanda, esta termine pela própria decisão da prejudicial de inconstitucionalidade. Mas talvez a atrase no caso contrário.

O Tribunal de Garantias Constitucionais da minha proposta se comporia de quinze membros: cinco membros eleitos pelo Poder Legislativo, dois pelo Supremo Tribunal Federal e três por Tribunais Superiores e cinco pelo Conselho de Ministros, com mandato de doze anos, renováveis por terços de quatro em quatro anos e não imediatamente reconduzíveis.

3. Corte constitucional no processo constituinte

Várias propostas de criação de um Tribunal ou Corte Constitucional foram apresentadas perante a Comissão de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições da Assembléia Constituinte. Nenhuma delas foi acolhida pelo Relator Bernardo Cabral, que não demonstrou em nenhum momento sensibilidade para o tema. Manteve-se sempre o velho esquema de organização do Poder Judiciário que se incorporou na Constituição.

No Primeiro Turno de discussão e votação do Projeto de Constituição, chamado Projeto "A", a requerimento dos constituintes Nelton Friedrich, Jorge Hage e Anna Maria Rattes, foi posta em votação a proposta de Emenda substitutiva de autoria do constituinte Uldurico Pinto, criando o Tribunal Constitucional, com dezesseis Ministros nomeados pelo Presidente da República, sendo dois designados pelo Senado Federal, dois pela Câmara dos Deputados, quatro pelo Conselho Nacional da Magistratura, dois pela Ordem dos Advogados do Brasil, dois pelo Ministério Público da União e quadro de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo, com mandato para oito anos, não ultrapassada a idade-limite de setenta anos, vedada a recondução. A proposta foi defendida em Plenário pelo constituinte Nelton Friedrich,

contestado pelo constituinte Nélson Carneiro com o argumento de que não é da tradição brasileira a constituição de corte constitucional e de que o Supremo Tribunal Federal poderia exercer as atribuições sem necessidade de criação de uma instituição custosa; depois defendeu a corte o constituinte José Paulo Bisol, contestado pelo constituinte Nélson Jobim com o argumento de que as Cortes Constitucionais não existiam na Europa até 1920, que o sistema de controle de constitucionalidade nasceu nos Estados Unidos pela Corte Suprema; disse que a Corte Constitucional foi criada pela Constituição austríaca vinculada ao “Poder Legislativo, porque o Poder Judiciário europeu não podia examinar a constitucionalidade das leis” e acabou dizendo que já se tinha aprovado um dispositivo que outorgava ao Supremo Tribunal Federal o controle concentrado da Constitucionalidade em tese, e acrescentou que tinham conseguido algo absolutamente inédito: a tradição europeia se juntou à tradição americana e que tínhamos aqui – e é o único país do Mundo – enfatizou, o controle da constitucionalidade pelo Juiz de Direito, no caso concreto, e, em tese, pelo Supremo Tribunal Federal. Depois falou o Relator Bernardo Cabral opinando pela rejeição da proposta que, de fato, foi rejeitada por 263 votos contra 130 e 2 abstenções. Perdeu-se uma grande oportunidade.

4. Proposta

Minha visão hoje é diferente da que eu tinha na época da Comissão Afonso Arinos. Acho que dificilmente se pode criar um sistema de jurisdição constitucional, que seja compatível com as condições do País, fundada apenas no modelo concentrado. As grandes distâncias do País e as deficiências dos sistema de comunicação dificultaria muito o funcionamento de um tal modelo. Inclino-me hoje para o sistema dual ou paralelo. Acho que uma Corte Constitucional, para bem cumprir sua missão, não pode contaminar-se com o método difuso de declaração de controle de constitucionalidade. O método difuso não é propício a uma defesa dos valores da Constituição, preso que é à decisão de um caso concreto, já que a solução deste é que constitui a principal razão da atuação da jurisdição. Daí porque o método difuso é muito mais

adequado à atuação da jurisdição ordinária. O que dá essência a um Tribunal Constitucional é sua exclusiva competência para o controle abstrato de normas jurídica, sua posição de órgão de Estado, situado fora do aparato judiciário, ocupando um lugar a parte na organização dos poderes, não sendo, pois, parte de nenhum dos três poderes clássicos do Estado, mas há de ser tratado em igualdade de condições e respeito a estes três poderes. Pois, como lembra Louis Favoreu:

“O Tribunal Constitucional faz respeitar as normas constitucionais pelos três poderes – executivo, legislativo e judiciário – não somente com respeito a indivíduos mas também a cada um deles. A separação de poderes adquire todo o seu relevo e seu significado quando existe um Tribunal Constitucional que se encarrega de que cada um deles observe os limites de suas competências...” Depois observa que os Tribunais Constitucional têm uma função que vai muito além daquelas das jurisdições, pois exercem uma função de intérprete supremo da Constituição, assim como lhes cabe dar as orientações que se derivam dela e irrigam o conjunto do sistema jurídico”.

Para ter a natureza pura de uma Corte Constitucional, além do já dito, um Tribunal não pode ser composto por magistrados-funcionários. Por isso, o magistrado que for nomeado para a Corte Constitucional perde tal condição. Deve ser composto por juizes nomeados diretamente para integrá-lo por autoridades políticas e em consideração à sua sensibilidade política, para um mandato longo, que tem variado de seis a doze anos, não revogável e não renovável. Dentro dessa perspectiva é que apresento uma sugestão de anteprojeto de criação de um Tribunal Constitucional para o Brasil, em seguida.

“EMENDA CONSTITUCIONAL Nº , DE DE DE
Institui a Corte Constitucional.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. Acrescente-se o seguinte Título V à Constituição renumerando-se os subseqüentes e os respectivos artigos:

“TÍTULO V”

DA CORTE CONSTITUCIONAL

Art. 136. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros, com mandato de oito anos, vedada a recondução, escolhidos dentre brasileiros natos com mais de quarenta e menos de sessenta e dois anos de idade, de notável saber jurídico, especializados em direito público, e reputação ilibada, sendo:

I – um quinto dentre professores de direito constitucional ou teoria geral do Estado, eleitos pelo Congresso Nacional, pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

II – um quinto eleitos pelo Supremo Tribunal Federal dentre seus membros e membros do Superior Tribunal de Justiça;

III – um quinto indicado pelo Presidente da República dentre professores de direito constitucional, direito administrativo e direito econômico;

IV – um quinto dentre Advogados, eleitos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

V – um quinto dentre membros do Ministério Público Federal, eleitos pelo órgão de representação da classe.

§ 1º. Findo o mandato, os Ministros da Corte Constitucional perceberão proventos correspondentes ao cargo, vedadas a prática da advocacia e a ocupação de cargo, função ou emprego públicos, exceto o magistério jurídico superior ou cargo eletivo, exigindo-se, para este último, o interregno mínimo de quatro anos, contado desde a data da extinção do mandato até a da eleição a que concorrer.

§ 2º. Os Ministros da Corte Constitucional não perderão o mandato senão por condenação por crime comum ou de responsabilidade.

§ 3º. O Presidente da Corte Constitucional será eleito por seus pares.

Art. 137. A Corte Constitucional exercerá a jurisdição constitucional em todo o território nacional, como guarda e intérprete supremo da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar com exclusividade:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

b) a inconstitucionalidade por omissão;

c) os conflitos de jurisdição ou de atribuição com fundamento em normas constitucionais a Presidência da República, as Casas do Congresso Nacional, a própria Corte e os Tribunais Superiores;

d) os mandados de segurança e o *habeas-data* contra atos que tenham vinculação direta com sua jurisdição;

e) os *habeas-corpus*, quando o coator ou paciente estiver diretamente sujeito à jurisdição da própria Corte;

f) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Congresso Nacional, de qualquer de suas Casas ou das respectivas Mesas, do Supremo Tribunal Federal ou do Presidente da República;

g) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

h) atuação e conhecimento, de ofício, ou por ação de qualquer pessoa do povo, de assuntos de sua competência constitucional;

i) o pedido de medida cautelar em ações de sua competência;

j) seus próprios membros nos crimes comuns;

II - decidir definitivamente, em caráter preventivo, quando solicitada, sobre a constitucionalidade de:

a) projeto de lei, antes de sua sanção;

b) resolução ou decreto legislativo, antes de sua promulgação;

c) decreto executivo, antes de sua publicação;

d) tratados ou convenções internacionais, antes de sua ratificação.

III - apreciar, em grau de recurso constitucional, as decisões do Supremo Tribunal Federal quando derem à Constituição interpretação divergente da sua.

§ 1º. São partes legítimas para propor a ação de inconstitucionalidade por ação ou omissão:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa e da Câmara do Distrito Federal;

V - o Governador do Estado e do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 2º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações diretas de inconstitucionalidade.

§ 3º. A apreciação preventiva da constitucionalidade, referida no inciso II deste artigo, depende de:

I – pedido escrito do Presidente do Senado Federal, quando se tratar de projeto de lei, de resolução ou de decreto legislativo em trâmite na Casa, ou de tratado ou convenção submetido a referendo do Congresso Nacional;

II – pedido escrito do Presidente da Câmara dos Deputados, quando se tratar de projeto de lei, de resolução ou de decreto legislativo em trâmite na Casa.

III – pedido escrito do Presidente da República, quando se tratar de lei em fase de sanção ou de decreto do Executivo.

138. A decretação de inconstitucionalidade depende do voto da maioria absoluta dos membros da Corte.

§ 1º. As sentenças da Corte Constitucional são irrecorríveis, adquirem a qualidade de coisa julgada imediatamente após sua prolação proclamada pelo Presidente da Corte e serão publicadas no máximo em dez dias dessa proclamação.

§ 2º. Perde automaticamente eficácia a lei ou ato do poder público declarado inconstitucional por sentença da Corte Constitucional feita coisa julgada.

§ 3º. A sentença da Corte Constitucional que reconhecer a inconstitucionalidade por omissão regulará a matéria em forma normativa, para valer como lei, a partir de cento e vinte dias a contar de sua publicação, se, nesse prazo, o Poder Legislativo não produzir a lei necessária à plena aplicação da norma descumprida, ou, em se tratando de omissão de órgãos do Poder Executivo, determinará o suprimento da omissão no prazo de trinta dias sob pena de crime de responsabilidade do dirigente.

Art. 2º. Dê-se a seguinte redação ao art. 102 da Constituição Federal, revogados seus parágrafos:

“Art. 102. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I – processar e julgar originariamente:

a) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

b) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

c) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, ressalvada a competência da Corte Constitucional;

d) litígios entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou Territórios;

e) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

f) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à sua jurisdição, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;

g) revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

h) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

i) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

l) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

m) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

II – julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Art. 3º. Fica revogado art. 103 da Constituição Federal.

Art. 4º. Esta Emenda Constitucional entrará em vigor na data de sua publicação”.