

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
GERALDO FURTADO DE ARAÚJO NETO

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA NAS TERCEIRIZAÇÕES À LUZ DA CONVENÇÃO 94
DA OIT**

CAMPO GRANDE

2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MATO GROSSO DO SUL
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
GERALDO FURTADO DE ARAÚJO NETO

**A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA NAS TERCEIRIZAÇÕES À LUZ DA CONVENÇÃO 94
DA OIT**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável.

Orientador (a): Profa. Dra. Luciani Coimbra de Carvalho.

CAMPO GRANDE

2020

Nome: Geraldo Furtado de Araújo Neto

Título: A Responsabilidade da Administração Pública Brasileira nas Terceirizações à Luz da Convenção 94 da OIT.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador (a): Prof. Dr^a. Luciani Coimbra de Carvalho Instituição: UFMS
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Orientador (a): Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci Instituição: PUC/SP
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Orientador (a): Prof. Dr. Joseliza Alessandra Vanzela Turine Instituição: EJUD
Julgamento: _____ Assinatura: _____

CAMPO GRANDE

2020

DEDICATÓRIA

À minha esposa, Andréa, e aos meus filhos, Alice e Davi, razão da minha existência.

Aos meus pais, sem os quais não teria a oportunidade de vida e estudo.

Aos supostamente combalidos Direitos Humanos, os quais são atacados pelos opressores, mas que serão defendidos eternamente por quem neles crê e está aí a razão de sua força.

AGRADECIMENTOS

Difícil pensar em agradecer somente a algumas pessoas diante de um trabalho tão árduo no desenvolvimento deste projeto. Claramente, para isso, o esforço de um só ser humano é insignificante perto das inúmeras contribuições físicas e metafísicas dadas por familiares, amigos e colegas do Mestrado.

Além da dedicatória, obviamente não poderia deixar de agradecer à minha esposa, a qual suportou a dor da minha ausência em casa, sabedora de que a realização do Mestrado era um grande sonho desde o fim da minha graduação. Todo o amor e paciência seus e da Alice foram fundamentais para me dar força para seguir em frente nesta realização.

Agradeço à minha orientadora, Luciani Coimbra de Carvalho, por toda a dedicação no acompanhamento e nas sugestões ao meu trabalho, sendo, a despeito de todos os compromissos que possuí com esta Universidade, sempre atenciosa nas orientações a mim dadas.

Também merecem destaque os meus colegas do Mestrado, em especial, minha colega Daniela Estolano, a quem concedo todas as honras por ter dividido comigo, nesses dois anos, minhas dúvidas e frustrações inevitáveis com o desenvolvimento das atividades de Mestrado; bem como Mariana e Caio, goianos como eu, amigos que espero levar para a vida toda.

Necessário agradecer, outrossim, a todos os servidores desta Universidade que a fazem melhor todos os dias e que foram atenciosos e diligentes quando precisei da ajuda deles.

Por fim, agradeço às pessoas que foram essenciais à minha formação de caráter e intelecto, em especial, a meus pais, a quem agradeço eternamente pelo carinho e dedicação em todos os anos da minha vida; aos amigos mais próximos que me elevaram a uma pessoa melhor; em especial, aos meus amigos do antigo escritório de contabilidade do meu pai, na minha querida Firminópolis-GO, dos quais me lembro do grande companheirismo e da contribuição na minha formação como ser humano na adolescência.

No fim de tudo, meus queridos, como não acredito que o ser humano seja um “átomo” isolado nesse universo, e acredito que tudo contribui para sermos o que somos, posso dizer que **VENCEMOS!**

RESUMO

ARAÚJO NETO, Geraldo Furtado de. **A responsabilidade da Administração Pública Brasileira nas terceirizações à luz da Convenção 94 da OIT**. 2019. – f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, 2019.

Esta dissertação tem como problema analisar a realização do controle de convencionalidade no sistema doméstico brasileiro em relação ao artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93, fazendo um contraponto ao controle de constitucionalidade feito sobre o mesmo artigo pelo STF, que, em análise do ADC 16 e RE 760.931, julgou-o constitucional e afirmou que a Administração Pública somente pode ser condenada, nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas das empresas por ela contratadas, se comprovada sua culpa na fiscalização. O objetivo geral é analisar a responsabilidade objetiva desse ente público nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas das empresas terceirizadas, agora, à luz da Convenção 94 da OIT. Para isso, serão abordados os temas da terceirização, a responsabilidade do tomador de serviços na terceirização, o pluralismo jurídico, o controle de convencionalidade, o princípio *pro persona* e o direito do trabalho como direito humano e fundamental para, ao fim, chegar à conclusão se é possível ou não responsabilizar objetivamente a Administração Pública nos casos de terceirização e inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas. A principal relevância da dissertação é contribuir com a comunidade jurídica sobre o desenvolvimento do direito do trabalho como direito humano, bem como a sedimentação de uma ideia de controle de convencionalidade pelo critério material como medida de efetivação dos direitos humanos. Será usado o método dedutivo/indutivo e a pesquisa será bibliográfica e histórica, porquanto investigar-se-á as origens dos direitos trabalhistas, da terceirização, abordar-se-á a responsabilidade civil, o controle de convencionalidade e a necessidade do princípio *pro persona*, como finalidade desse instituto.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais do Trabalho; Controle de Convencionalidade do Direito Doméstico; Convenção 94 da OIT; Responsabilidade Civil da Administração Pública na Terceirização; Desenvolvimento Sustentável.

ABSTRACT

ARAÚJO NETO, Geraldo Furtado de. **The Responsibility Of Brazilian Public Administration in Outsourcing Through The Convention 94 of ILO.** 2019. – f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, 2019.

This work has as a problem to analyze the application of control of conventionality in domestic system of Brazil of article 71, §1º, Law nº 8.666/93, doing a counterpoint with constitutionality control by STF, who, in analyze of ADC 16 and RE 760.931, judged the same article constitutional and said the Public Administration can be condemned, in case of no payment of labor income by the outsourcing companies, only proved its fault in supervision. The general goal is to analyze the objective responsibility of Public Administration in case of no payment of labor income by the outsourcing companies, through the Convention 94 of ILO. Because of that, it will be approached the outsourcing, the responsibility of contracting company in outsourcing, the legal pluralism, the control of conventionality, the pro persona principle e the labor law as a human right and fundamental right for, in the end, reach the conclusion if is possible or not to charge the Public Administration, in objective way, in case of outsourcing and no payment of labor income by hired companies. The main relevance of this work is contribute with the legal community about the develop of labor Law as a human right and sedimentation of an Idea of control of conventionality as a measure of actualization of human rights. It will be used the deductive/inductive method, through de bibliografic and historic research, because it will be investigated the origins of labor rights, outsourcing, it will approached the civil responsibility, the control of conventionality and the necessity of pro persona principle, as a goal of this institute.

Keywords: Fundamental Labor Law Rights; Control of Conventionality in Domestic Law; Convention 94 of ILO; Public Administration Responsibility in Outsourcing; Sustainable Development.

LISTA DE SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CCB	Código Civil Brasileiro
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TRT-1	Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
TRT-2	Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
TRT-3	Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
TRT-5	Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
TRT-6	Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região
TRT-9	Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
TRT-12	Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região
TRT-14	Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NAS TERCEIRIZAÇÕES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	14
2.1 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA	15
2.2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TRATAMENTO DA MATÉRIA PELO TST	29
2.3 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO SEGUNDO O STF. A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	36
3. O PLURALISMO JURÍDICO, O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PRINCÍPIO <i>PRO PERSONA</i>	43
3.1 SUPERAÇÃO DO ESTADO NACIONAL E PLURALISMO JURÍDICO COMO UM DOS RESULTADOS DA INTEGRAÇÃO ENTRE OS PAÍSES	44
3.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO A SER USADO PELAS AUTORIDADES ESTATAIS	51
3.3 PRINCÍPIO <i>PRO PERSONA</i> COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	59
4. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT	71
4.1 DIREITOS DO TRABALHO COMO DIREITOS HUMANOS	71
4.1.1 A historicidade dos Direitos Humanos Sociais	71
4.1.2 Os direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos fundamentais do trabalho	78
4.2 A CONVENÇÃO 94 DA OIT. TRATADO DE DIREITOS HUMANOS	84
4.3 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO <i>PRO PERSONA</i>	92
5. CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS	107

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, na consecução das suas diversas finalidades, repassa algumas delas para empresas terceirizadas. Essa técnica de transferência de atividades a terceiros, chamada de terceirização, é regulamentada no âmbito público, atualmente, pela Lei nº 8.666/93, a chamada Lei de Licitações.

No entanto, é sabido que muitas empresas contratadas na chamada terceirização não têm capacidade financeira suficiente para remunerar regularmente seus empregados¹, fazendo com que os trabalhadores não tenham outra escolha que não a de ajuizar ação contra os tomadores dos serviços, a fim de receberem seus salários.

Os pedidos em face da tomadora de serviços, em virtude do inadimplemento da empresa prestadora de serviços, são comuns na Justiça do Trabalho e a Administração Pública é, por vezes, chamada em vista da utilização dessa técnica para a realização de suas atividades primárias ou secundárias.

Historicamente, o TST enfrentou a questão da responsabilidade do tomador de serviços sempre condenando-o subsidiariamente (isto é, primeiro se executa o prestador de serviços e, na impossibilidade deste, executa-se o tomador de serviços) e objetivamente. A partir de 1994, editou-se a súmula 331, consolidando seu entendimento sobre a matéria.

Apesar do disposto no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (esclarece o artigo que a Administração Pública não tem responsabilidade pelos débitos trabalhistas, fiscais e comerciais adquiridos pela empresa contratada), o TST condenava subsidiária e objetivamente a Administração Pública, com o fundamento de que, se havia inadimplemento, teria falhado ela na fiscalização do contrato.

Ocorre que, no ano de 2010, o STF decidiu, por meio do julgamento da ADC 16, que a Justiça do Trabalho estava, na verdade, deixando de aplicar o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, e que tal artigo é constitucional. Em vista do efeito vinculante, a Justiça do Trabalho teve de se amoldar ao novo panorama estabelecido pela Suprema Corte e reeditou a súmula 331, estabelecendo, agora, que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente e desde que 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,

¹ Aliás, as empresas terceirizadas estão entre as maiores devedoras na Justiça do Trabalho, conforme notícia o Tribunal Superior do Trabalho, ainda em 2013: http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/empresas-terceirizadas-sao-22-das-100-maiores-devedoras-da-justica-do-trabalho.

e que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Posteriormente, por meio do RE 760.931, julgado em março de 2017, o STF reafirmou sua jurisprudência, porém não tendo decidido se o ônus de comprovar a culpa na fiscalização é do trabalhador ou da Administração Pública.

Em vista desses julgamentos, tem-se como problema se é possível chegar a um resultado diferente daquele extraído pelo STF, agora, por meio do controle de convencionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, com base na Convenção 94 da OIT, tendo em vista o pluralismo jurídico com aplicação do princípio *pro persona*.

O problema é oriundo da preocupação que se vislumbra sobre o inadimplemento desses créditos trabalhistas, uma vez que os salários são fonte de custeio do trabalhador e sua família, conferindo-lhes dignidade.

Logo, pensando-se na aplicação da Convenção 94 da OIT sobre o tema, a qual regulamenta direitos aos trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública, este trabalho tem como objetivo geral analisar a responsabilidade objetiva desse ente público nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas das empresas terceirizadas, à luz da Convenção 94 da OIT.

Para isso, no primeiro capítulo, será abordada “A Responsabilidade do Tomador de Serviços nas Terceirizações e a Administração Pública”, no qual intentar-se-á estabelecer um panorama sobre o instituto da terceirização no país, como houve seu estabelecimento no plano legal e o tratamento da matéria pela jurisprudência, sobretudo, quanto à responsabilidade da empresa tomadora de serviços no caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa prestadora de serviços, seja no âmbito privado, seja no âmbito público. Serão abordados, obviamente, os julgamentos do STF acima mencionados, a ADC 16 e o RE 760.931.

No segundo capítulo, intitulado “O Controle de Convencionalidade e a Proteção Efetiva aos Direitos Humanos”, será trabalhada a superação do conceito tradicional de Estado Nação e sua integração, hodierna, com os demais países do globo, o que acabou gerando uma multiplicidade de normas internacionais. Nesse patamar, surge o pluralismo jurídico, sugerindo-o como modelo de integração das normas no plano interno, em superação aos modelos monista e dualista. Após, far-se-á um breve panorama do controle de convencionalidade no Brasil, instituto que cuida do relacionamento entre normas internacionais e nacionais e como o STF trata isso no âmbito de sua jurisprudência. No final, pretender-se-á propor um modelo de controle de convencionalidade para além do critério

hierárquico e do mero modo de relacionamento das normas que é proposto por parte da doutrina e pela jurisprudência do STF, sugerindo, na ocasião, a utilização do princípio *pro persona* como parâmetro de escolha das normas de aplicação.

No terceiro e último capítulo, será abordada a historicidade dos direitos humanos e como esses inspiram os direitos fundamentais dispostos nas Constituições escritas, inclusive, os direitos sociais. Outrossim, será analisada a Convenção 94 da OIT, quanto a seus incisos, a fim de verificar se são mais benéficos aos trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública do que a legislação ordinária. Ao final, será proposto um controle de convencionalidade ao caso, utilizando-se dos institutos até então estudados, como o direito do trabalho como direito humano e o controle de convencionalidade com critério material (com a utilização do princípio *pro persona*) para chegar-se à conclusão de que se ainda é possível ou não responsabilizar automaticamente a Administração Pública pelos débitos trabalhistas das suas empresas terceirizadas, a despeito da vigência do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e os julgamentos da ADC 16 e RE 760.931 pelo STF.

O método a ser utilizado será o científico, uma vez que nele é possível buscar a verdade das coisas, com possibilidade de verificação dos resultados. Aqui, os passos e sistemas utilizados podem ser identificados e conhecidos, do início ao final da pesquisa (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

Segundo Vergara (1998), quanto aos fins, esta pesquisa pretende ser descritiva, na medida em que, para o alcance de seus objetivos, haverá necessidade da descrição de diversos conceitos, e, também, na proposição do resultado haverá tal descrição; e pretende ser exploratória, enquanto não houver pesquisas similares com relação à abordagem proposta por esta.

O método científico utilizado será o dedutivo, por meio do qual passa-se dos argumentos considerados verdadeiros e inquestionáveis, para chegar a conclusões mais formais e lógicas, de acordo com as premissas estabelecidas (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

Entre os métodos auxiliares, será usado o histórico, no trato da historicidade dos direitos humanos, pois consideram-se esses à luz de sua evolução e comparam-se suas diferentes etapas no processo (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017).

O trabalho terá uma abordagem positivista, tendo como objeto de pesquisa fatos que podem ser rigorosamente observados segundo critérios previamente estabelecidos (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017), uma vez que se averiguará o disposto na Convenção

94 da OIT e demais normas componentes da Constituição da República Federativa do Brasil e legislação ordinária pátria.

Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental. Bibliográfica, pois recorrerá ao uso de textos com contribuições dos autores em estudos analíticos publicados em livros, artigos, teses e dissertações. Documental, porque será feito igualmente uso de textos sem tratamento analítico como legislação, súmulas e acórdãos de Tribunais Superiores.

No que tange aos procedimentos, ao se definir o objeto de pesquisa, ou seja, o fenômeno, o conceito, o sujeito ou o material a ser investigado, dado objeto pode ser abordado, em alguns casos, de forma quantitativa, e, em outros, de forma qualitativa. O objeto de pesquisa deste trabalho será qualitativo, uma vez que serão analisados os estudos de filósofos e juristas para se determinar a historicidade dos direitos humanos, bem como a legislação nacional e internacional e sua aplicação no âmbito interno para a responsabilização da Administração Pública para os débitos trabalhistas das empresas por ela contratadas.

Parte-se da historicidade dos direitos humanos, uma vez que são frutos das reivindicações e se concretizam conforme as demandas de cada época vivida, assim como em Norberto Bobbio, o qual afirmou que, hodiernamente, o “problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (2004, p. 16).

Posteriormente, será adotado o critério material de escolha de normas no controle de convencionalidade, assim como no trabalho de Luiz Guilherme Conci, em que a relação de validade se estabelece a partir de um critério de maior proteção, sendo a declaração de inconveniência possível somente quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos pelo ato interno (2013, p. 10).

Espera-se concluir que a aplicação da Convenção 94 da OIT, por meio do controle de convencionalidade, leva a um resultado de responsabilidade objetiva da Administração Pública nos casos de inadimplemento das empresas por ela terceirizadas, sem ferir a autoridade do STF sobre a questão.

2. A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NAS TERCEIRIZAÇÕES E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No presente capítulo, serão conceituados os temas da terceirização, inclusive, no âmbito público; a responsabilidade da Administração Pública, segundo jurisprudência do TST; e abordar-se-ão os julgamentos pelo STF, da ADC 16 e do RE 760.931.

Verificar-se-á que a jurisprudência do TST – que, em um primeiro momento, pregava pela responsabilidade subsidiária e objetiva da Administração em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas empresas terceirizadas – foi, em tese, superada pela decisão do STF, o qual deixou claro que a responsabilidade da Administração Pública, nesses casos, é subsidiária e dependente da comprovação da culpa da fiscalização contratual, isto é, subjetiva.

Para Tartuce, a responsabilidade civil contratual se dá nos casos de inadimplemento de obrigação, nos casos dos artigos 389, 390 e 391, do Código Civil Brasileiro (CCB). Enquanto o artigo 389, do CCB, trata do descumprimento da obrigação de dar e fazer, e o artigo 390, da obrigação de não fazer, o artigo 391 é enfático ao consagrar o princípio da responsabilidade patrimonial, prevendo que, pelo inadimplemento de uma obrigação, respondem todos os bens do devedor, salvo casos de impenhorabilidade previstos legalmente (2011, p. 394).

Já a responsabilidade extracontratual está baseada no ato ilícito e no abuso de direito, de modo que, enquanto aquele é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem, este se dá pela ilicitude de suas consequências, ainda que lícito pelo conteúdo, isto é, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato (TARTUCE, 2011, p. 398-399).

Conforme Abdala e Barreto, uma vez que nas relações jurídicas decorrentes da terceirização, em nenhuma delas, há vínculo entre empregados da contratada e Administração Pública, pode-se concluir que qualquer obrigação desta com aqueles é de ordem extracontratual (2014, p. 185). Nesse sentido, é o seguinte precedente:

TERCEIRIZAÇÃO. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBDISIÁRIA. SÚMULA 331 DO TST. A Súmula 331 do TST não viola a Lei de Licitações, pois não pretende responsabilizar ente da Administração Pública pelo mero inadimplemento das empresas contratadas por meio de procedimentos licitatórios. A responsabilidade de que trata a Súmula 331, item IV, do TST é extracontratual e tem como pressuposto a prática de atos de negligência por entes da Administração Pública no seio das contratações de serviços e na execução desses contratos.²

² TRT-3 – Recurso Ordinário: 00103063820175030094 0010306-38.2017.5.03.0094, Relator: Paulo Roberto de Castro, Setima Turma, Publicação em 18 de nov. 2019.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva é o dever de reparar o dano causado por conduta culposa ou dolosa do agente (artigo 927, do CCB), incluindo-se os atos praticados com abuso de direito e em fraude à lei (BELMONTE, 2009, p. 530).

São requisitos, portanto, dessa responsabilidade, a conduta culposa, o dano patrimonial e a relação de causalidade entre conduta e dano (BELMONTE, 2009, p. 531).

Já a responsabilidade objetiva é o dever de reparar o dano cuja verificação não depende da culpabilidade do agente, tendo como requisitos o desenvolvimento habitual de atividade de risco (artigo 927, parágrafo único, do CCB) ou previsão legal desse tipo de responsabilidade, dano patrimonial ou extrapatrimonial e relação de causalidade entre a conduta e o dano (BELMONTE, 2009, p. 532).

Diferencia-se a responsabilidade objetiva da responsabilidade com presunção de culpa, uma vez que esta não diz respeito ao fundamento da responsabilidade, e sim à atribuição de ônus da prova (BELMONTE, 2009, p. 536).

Para Wald, a presunção de culpa pode se dar *iuris tantum*, admitindo prova em contrário pelo eventual causador ou *iuris et de iure*, quando não se permite ao causador a comprovação de sua inexistência (1992, p. 482).

Vale ressaltar, também, para melhor compreensão deste capítulo, que há responsabilidade solidária quando em uma relação jurídica concorrem os mesmos devedores, cada um respondendo pela dívida toda, nos termos do artigo 264, do CCB (BRASIL, 2002).

Já na responsabilidade subsidiária, somente na hipótese de inadimplemento pelo devedor principal, o terceiro é responsabilizado pela satisfação do crédito, cabendo-lhe agir regressivamente contra o devedor (BELMONTE, 2009, p. 271).

2.1 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização resulta de um neologismo da palavra **terceiro**, que tem significado de intermediário. Não se pode falar aqui de terceiro estranho à relação jurídica, como se verá. O neologismo foi construído pela área da Administração de Empresas, fora do Direito, visando a enfatizar a descentralização de atividades da empresa para outros (DELGADO, 2011, p. 426).

Outra expressão usada para terceirização seria **parceria**, uma expressão da linguagem usada na área da administração de empresas. Fala-se em parceiro para designar aquele que vai prestar serviços de modo autônomo ou como pessoa jurídica, para uma empresa, participando do seu processo produtivo (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2019, p. 258).

Também é usada a expressão **subcontratação**, para sublinhar a estrutura jurídica que se forma com uma empresa contratante de serviços que lhe são prestados por outra. Serviços que não são desenvolvidos diretamente pela tomadora, a qual prefere valer-se de outras pessoas para realizá-los (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2019, p. 258).

A técnica teria surgido ao final da Segunda Grande Guerra Mundial, nas indústrias bélicas dos Estados Unidos, quando apenas a produção de armas e munições ficou atribuída a elas. As demais atividades, chamadas atividades-meio, passaram a ser desempenhadas por empresas contratadas (FRANCO FILHO, 2017, p. 170).

Feliciano afirma que a terceirização tem origens no **toyotismo**, antes da revolução telemática, apresentando-se às grandes empresas como alternativa de conformação em uma sociedade que tenta se desprejar dos imperativos do gigantismo, da concentração, da centralização e da massificação (2017, p. 59).

Nesse sentido, Souto Maior:

As fábricas, seguindo o modelo toyotista, se pulverizaram. A produção não mais se faz, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo a terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização, apresenta-se, assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da grande empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas (2004, p. 92).

Já Viana interpreta que a terceirização tem origem desde a Grécia antiga, quando se alugavam escravos para os trabalhos em minas. No Brasil, segundo ele, as primeiras fábricas de cerveja também preferiam alugar escravos, em vez de comprá-los. Em meados do século XX, houve uma segunda onda de terceirização, por meio da indústria de automóveis (2017, p. 15).

Didaticamente, pode-se dizer que o sistema, de modo geral, funciona da seguinte maneira: a empresa fornecedora de mão-de-obra contrata trabalhadores como empregados, os quais ficam aguardando ou executando ordens e auferindo salário de maneira permanente. Porém o trabalho propriamente dito é feito em favor da empresa tomadora de serviços, com determinação da empresa fornecedora (RUSSOMANO, 1991, p. 80).

Delgado afirma que a terceirização é um fenômeno pelo qual se insere o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este o vínculo empregatício, o qual fica a cargo de um ente interveniente nesse processo. A terceirização prova uma relação trilateral entre o obreiro (que presta serviços junto à empresa tomadora), o

tomador de serviços (que recebe a prestação de serviços, mas não assume a posição de empregador) e a empresa terceirizante (que contrata o obreiro) (DELGADO, 2011, p. 426).

Nota-se, assim, que, na terceirização, o empregado de determinada empresa não lhe presta serviços diretamente, mas o faz quanto à pessoa jurídica de direito privado ou público que contratou seu real empregador para fornecimento de mão de obra (MUÇOUÇA, 2017, p. 155).

Na terceirização, a descontinuidade dos contratos de trabalho pode encontrar suporte na ideia da fugacidade da vida. A terceirização, assim, é vista como modelo do trabalhador do futuro. Seria ele a metáfora viva do homem pós-moderno, fazendo com que sua condição seja mais aceita (VIANA, 2017, p. 37).

Viana não vê a terceirização como “algo natural”, e muito menos como sinal do progresso. Para ele, é apenas uma amostra de como o capitalismo se nutre dos sentimentos, ideias e emoções, de acordo com sua conveniência (2017, p. 37).

Interessante é a análise de Chaves Júnior, para quem a terceirização seria um sinal da mudança entre sociedade da disciplina, aqui, citando Foucault, para sociedade do controle.

A sociedade disciplinar é bem captada por Foucault, que a identifica a partir do século XVII, a disciplina dos corpos pelos poderes, por meio da vigilância, que é mais rentável que a punição. A vigilância acaba internalizando a auto-disciplina do cidadão e do trabalhador. A potência da vigilância sempre é mais eficiente, abrangente e econômica do que o ato de punição.

[...]

Na sociedade do controle, as tecnologias disruptivas, que emergem com força no século XXI, potencializam a capacidade relativa de se flexibilizar a acumulação do capital, seja na perspectiva da regulação territorial, seja no plano da produção ou até na esfera do ordenamento jurídico trabalhista.

[...]

A disciplina opera de forma individualizada sobre o trabalhador. O controle preocupa-se mais com aspectos estatísticos, coletivos da subsunção do trabalho alheio. Reforça-se a liberdade individual e limitada do trabalho, com flexibilização da disciplina, mas incrementa-se o controle coletivo e dissolvem-se os laços de solidariedade da categoria (2018, p. 109-112).

Logo, para ele, a sociedade do controle é compatível com vínculos precários, desde que intermitentes. São conexões heterogêneas, sem identidade, similaridade ou homogeneidade (CHAVES JÚNIOR, 2018, p. 112). Isto é, a terceirização pode ser tratada como uma resposta do capitalismo à organização dos trabalhadores.

Para Muçouça, o direito do trabalho fincou suas raízes na dogmática contratual bilateral individualizada sobre os indivíduos, mas a pós-Modernidade trouxe a figura do trabalho flexível, o qual é regulamentado conforme legislação de cada país (2017, p. 155).

A terceirização busca a existência de uma empresa enxuta ou mínima, em que parte das atividades de trabalho das empresas é repassada a terceiros, em relação às figuras do empregado e empregador. Esse contrato é do tipo civil. A empresa, assim, busca focar apenas no núcleo duro de seu objeto, valendo-se da mão de obra do menor número possível de empregados (MUÇOUÇA, 2017, p. 153).

Há quem diga que, na terceirização, há verdadeira intermediação de mão de obra, embora não seja assim definida no seu marco jurisprudencial mais relevante, a súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (MUÇOUÇA, 2017, p. 155).

Russomano, em clássica obra de Direito do Trabalho, falando especificamente sobre o contrato de trabalho temporário (uma das facetas da terceirização), afirma que esse tipo de labor tem sido alvo de sérias e justificadas críticas, porque o trabalho humano readquire o caráter reacionário de simples mercadoria (1991, p. 80).

Nascimento e Nascimento apontam argumentos a favor e contra a terceirização. A favor, estão a modernização da administração empresarial, o aumento da produtividade e a eficiência, além da redução dos custos. Os argumentos em contrário são a afetação do núcleo do contrato individual de trabalho da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e a redução de direitos do empregado quanto a promoções, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos (2019, p. 259).

Até algumas décadas atrás, doutrinadores e tribunais combatiam a mera intermediação de mão de obra, conhecida como **marchandage**. Mas a situação foi mudando com exceções legais, como a Lei nº 6.019/74 (VIANA, 2017, p. 86).

Na verdade, a terceirização é equivocadamente equiparada à mera intermediação de mão de obra (marchandage). Na realidade, a terceirização visa à redução dos custos pela otimização da produção e dos serviços, em virtude da transferência de atividades especializadas do tomador para empresa especializadas, que possuem know-how para a realização desses serviços. A finalidade da terceirização, em tese, não seria a redução de custos com a diminuição de direitos, mas haveria lucro por parte da empresa prestadora pela diminuição dos custos em função do melhor domínio das técnicas de produção (SANTOS, 2012, p. 955).

Já a mera intermediação de mão de obra, também chamada de **marchandage**, terceirização em atividade-fim ou locação de mão de obra caracteriza-se pela contratação de trabalhadores por empresa interposta. Para Schwarz, é discutível a terceirização de atividade-

fim da empresa tomadora, em virtude da caracterização fática da pessoalidade e da subordinação direta na relação entre trabalhador cedido e tomadora (2012, p. 637)³.

Não se trata de discutir se a empresa fornecedora de mão de obra é licitamente constituída e patrimonialmente idônea, uma vez que o núcleo da questão não é a responsabilidade trabalhista, mas o vínculo de emprego (DELGADO, 1997, p. 404).

Por se chocar com a estrutura teórica e normativa do Direito do Trabalho, esse modelo administrativista sofre restrições da doutrina e da jurisprudência, que o consideram uma modalidade excepcional no mundo do Direito (DELGADO, 2011, p. 427).

A CLT, em sua promulgação, em 1943, fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (artigo 455, da CLT), englobando, também, a figura da pequena empreitada (artigo 652, “a”, III, da CLT) (BRASIL, 1943). Somente em fins da década de 1960 e início dos anos 1970, a ordem jurídica instituiu legislação sobre o assunto, embora fosse restrito ao meio público.

É o que se passou com o Decreto-Lei nº 200/67 (artigo 10) e com a Lei nº 5.645/70. Os dois diplomas estimulavam a prática de descentralização administrativa, por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais. De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas (DELGADO, 2011, p. 427-429).

Costa e Gomes dizem que o Decreto-lei nº 200/67 previu a possibilidade de contratações indiretas de trabalhadores pelos entes da Administração Pública direta e indireta. Estimulava-se, assim, a descentralização, porém a lei não identificava a extensão das atividades autorizadas à terceirização. Já a Lei nº 5.645/70, em seu artigo 3º, elencou rol meramente exemplificativo de atividades. Logo, a terceirização poderia ocorrer em outras atividades não enumeradas no artigo. Todavia, dizem as autoras que se pode deduzir da lei que a autorização normativa se limitava a atividades-meio (COSTA; GOMES, 2016, p. 122).

Aliás, vale frisar que, em 1997, foi editado Decreto-lei nº 2.271, o qual, a fim de impedir ilegalidades praticadas na terceirização, previu que somente atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares poderiam ser objeto da prática (COSTA; GOMES, 2016, p. 124).

A partir da década de 1970, houve a instituição da Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74). No trabalho temporário, o terceirizado sempre pôde exercer atividade-meio ou atividade-fim, bem como o comando do trabalho também poderia ser exercido pelo próprio

³³³ Em sentido contrário está Cassar, para quem as expressões **terceirização** e **intermediação de mão de obra** são sinônimas (2016, p. 491).

tomador de serviços, ainda que a empresa prestadora de serviços mantivesse algum poder empregatício residual (VIANA, 2017, p. 87).

No caso da Lei do Trabalho Temporário, a ordem jurídico-trabalhista, inegavelmente, deu legitimidade à contratação de mão de obra por empresa interposta (marchandage), desde que autorizada por lei (DELGADO, 1997, p. 404).

Depois, a Lei nº 7.102/73 autorizava, outrossim, a terceirização permanente do trabalho de vigilância bancária (BRASIL, 1973). Anos mais tarde, a Lei nº 8.863/94 alargou a possibilidade de terceirização permanente não só para bancos, mas para qualquer instituição e estabelecimento público ou privado (BRASIL, 1994).

Entretanto, Delgado faz uma interessante análise. Afirma ele que, durante a evolução legislativa sobre a matéria **terceirização**, como se viu, o segmento privado passou a incorporar práticas de terceirização, independentemente da existência de texto legal autorizativo, como acontecia com o trabalho de conservação e limpeza (2011, p. 428).

Na época, falava-se na aplicação analógica do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70, relacionados à Administração Pública, de modo a autorizar, genericamente, a terceirização de atividades meramente instrumentais da empresa tomadora, ou seja, as chamadas atividades-meio.

Depois, a Lei nº 8.949/94 acrescentou parágrafo único ao artigo 442, da CLT, introduzindo um novo tipo de terceirização, dispondo que “qualquer que seja o ramo de atividades da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela” (BRASIL, 1994).

Delgado afirma que a CRFB/88 traz limites claros ao processo de terceirização laborativa na economia, quer por seus princípios, quer nas regras da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (artigo 1º, III, combinado com artigo 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV) (2011, p. 433).

Para Delgado:

Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo forma novas e incontroláveis de

discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça sociais (2011, p. 434).

Ao lado desses parâmetros constitucionais, há parâmetros jurídicos internacionais, decorrentes de Convenções e Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos que não colaboram com a terceirização. A terceirização descontrolada não se coaduna com esses parâmetros civilizatórios (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 202)

Pode-se citar, por exemplo, a Constituição da OIT (Declaração da Filadélfia), aprovada em 1948, cujo preâmbulo assim enuncia

[...] Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande parte das pessoas, a injustiça, a miséria e as privações, o que gera um descontentamento tal que a paz e a harmonia universais são postas em risco, e considerando que é urgente melhorar essas condições [...].

Pela Declaração da Filadélfia (“Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho”), o primeiro princípio da OIT é o seguinte: “o trabalho não é uma mercadoria”. Ou seja, para esse princípio da OIT – que tem *status* constitucional ou, pelo menos, supralegal – a mercantilização do trabalho, por meio de práticas concretas ou intermédio de autorização legislativas, é conduta incompatível com tal Declaração (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 203).

Na jurisprudência, antes da edição da súmula 256, do TST (Tribunal Superior do Trabalho), embora não houvesse proibição legal, a mais alta Corte trabalhista não admitia a terceirização. Falava-se que o trabalhador tinha direito à sua inserção no desenvolvimento da empresa (art. 165, V, Constituição de 1967); o lucro das empresas de mão de obra era às custas do trabalhador; a intermediação, geralmente, ultrapassava os limites de noventa dias, logo, haveria a formação da relação de emprego diretamente entre o trabalhador e a empresa tomador (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2005, p. 1357).

De todo modo, o TST, preocupado com a legislação precária sobre o tema, editou súmula, por meio da Resolução nº 4/1986, a qual trazia taxativamente, no âmbito da jurisprudência, os casos permitidos de execução indireta do serviço (ABDALA; BARRETO, 2014, p. 177). Dizia a súmula 256: “Salvo os casos previstos nas Leis 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

Logo, passa-se a ideia de terceirização como exceção, preservando-se a fórmula celetista como regra. Ademais, determina-se a instituição do vínculo empregatício com o tomador de serviços, caso configurada a ilicitude trabalhista (DELGADO, 2011, p. 435).

No entanto, a súmula fixou leque exaustivo de exceção terceirizantes. Conforme apontam Abdala e Barreto, uma ação proposta pelo MPT, nos anos 90, deu ensejo à análise do enunciado 256, do TST. Dessa ação, resultou um Inquérito Civil Público, instaurado em face do Banco do Brasil S.A., para investigação da utilização ilegal de mão de obra. A solicitação de revisão por parte do MPT surgiu em face da dificuldade encontrada pelo Banco em cumprir determinado Termo de Compromisso, cujo objeto era a abertura de concurso público em 240 dias. Contudo, o Banco esclareceu que havia risco de desemprego acarretado pelo cumprimento de tal Termo (2014, p. 177).

Assim, anos depois, em 1994, houve a revisão da súmula, editando-se uma nova, a 331.

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

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

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 personalidade 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.

Tempos depois, no ano 2000, o inciso IV receberia nova redação, para esclarecer que a responsabilidade subsidiária abrangia “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”, conforme Resolução 96, de 11.9.2000, do TST.

Feliciano, ao falar sobre a terceirização, admite que esta é a descentralização das atividades empresariais e admite diversas manifestações concretas, como o fornecimento de bens ou coisas e fornecimento de serviços. Para ele, a súmula 331, do TST, abrangeu apenas o fornecimento de serviços que se imiscuem no processo produtivo da empresa tomadora (2017, p. 58).

Como se viu, a súmula 331, do TST, incorporou as hipóteses de terceirização do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº 5.645/70. No meio dessas modificações, a mais significativa,

com certeza, foi a distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços. Outra marca da súmula foi esclarecer o fundamental contraponto entre terceirização ilícita e lícita.

A atividade-fim pode ser entendida como a atividade principal de uma empresa, as que, geralmente, estão descritas na cláusula objeto de seu contrato social. Já a atividade-meio é aquela não essencial da empresa, secundárias, complementares, que apenas completam as atividades principais, mas sem as quais o fim não será adequadamente alcançado (FRANCO FILHO, 2017, p. 171).

No entanto, não é pacífica na doutrina tal diferenciação, em virtude da dificuldade em precisá-la. Souto Maior afirma que é plenamente inseguro definir o que seja atividade-fim ou atividade-meio. Exemplifica dizendo o caso de serviço de limpeza. Em um hospital, essa atividade seria realmente atividade-meio (2004, p. 92)?

Ademais, o autor critica a edição da súmula e afirma que a terceirização precariza as condições de trabalho e, citando Márcio Túlio Viana, justifica dizendo que as empresas prestadoras de serviço, para serem competitivas – pois não há como automatizar sua produção –, acabam diminuindo o custo da mão de obra, oferecendo-a a um preço mais acessível para ganhar a concorrência de outras empresas prestadoras de serviço (SOUTO MAIOR, 2004, p. 93).

A responsabilidade fixada pelo TST adveio, segundo Delgado, com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (como o artigo 16, da Lei nº 6.019/74⁴ e artigo 2º, da CLT⁵, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual, pessoa e oneroso), seja por analogia com preceitos do Direito Comum (artigos 159 e 160, do Código Civil Brasileiro de 1916⁶), sejam em prevalência na ordem jurídica do valor-trabalho e dos créditos trabalhistas CRFB/88: artigo 1º, III e IV; artigo 3º, I, *in fine*, e III, *ab initio*, e IV, *ab initio*; artigo 4º, inciso II; artigo 6º; artigo 7º, caput, *in fine*; artigo 7º, VI, VII, X; artigo 100,

⁴ Art. 16 - No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.

⁵ 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.

⁶ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1532 e 1.537 a 1.553.

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou não exercício regular de um direito reconhecido;

II – a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

ab initio; artigo 170, inciso III⁷). Isto é, a jurisprudência, segundo o autor, buscou remédios hábeis a conferir eficácia jurídica e social aos direitos laborais oriundos da terceirização (2011, p. 453).

Ademais, a circunstância de uma empresa (que tem o risco do negócio) contratar obra ou serviço de outra e não ser responsabilizada, em qualquer nível, pelos vínculos de emprego da empresa prestadora constitui-se em nítido “abuso de direito” (DELGADO, 1997, p. 422).

Carvalho afirma, por sua vez, que a responsabilidade do tomador de serviço é fundada, *de lege ferenda*, na teoria do risco profissional, sendo ônus pela utilização de mão de obra alheia, utilizando-se da prestação de serviços (2019, p. 196).

Na verdade, o tomador de serviços responderia, na falta de previsão legal, subsidiariamente, pelo inadimplemento das obrigações sociais a cargo da empresa prestadora de serviços. Trata-se de uma responsabilidade indireta, com base na culpa presumida, em

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

virtude da má escolha do fornecedor de mão de obra, e também no risco, já que o evento, inadimplência do prestador de serviços, decorreu do exercício de uma atividade que se reverteu em proveito do tomador (BARROS, 2005, p. 427).

Mais uma vez, Souto Maior é crítico ao tipo de responsabilidade prevista pelo TST. Para ele:

O Enunciado 331 do E. TST, alude a uma responsabilidade subsidiária. O termo, *data venia*, é infeliz.

Quando há pluralidade de devedores e o credor pode exigir de todos a totalidade da dívida, se está diante da hipótese de solidariedade, instituto jurídico que traduz tal situação. Quando a sentença reconhece a responsabilidade do tomador dos serviços, a sua responsabilidade, perante a Justiça do Trabalho, é por toda a dívida declarada e não por parte dela. Há, portanto, uma hipótese de solidariedade, indiscutivelmente, pois o credor (reclamante) pode exigir de ambos (prestador e tomador) a totalidade da dívida.

O que poderia haver, na relação entre tomador e prestador, como ocorre no caso da fiança, seria o exercício daquilo que se denomina, benefício de ordem (art. 1.491, CC/1916 (LGL\1916\1)), pelo qual o fiador tem direito a requerer que primeiro se executem os bens do devedor principal. Mas, o benefício de ordem depende de iniciativa do fiador - parte no processo - e deve ser requerido, nos moldes do art. 1.491 do CC de 1916, conforme lembra Caio Mário da Silva Pereira: 'Demandado, tem o fiador o benefício de ordem, em virtude do qual lhe cabe exigir, até a contestação da lide, que seja primeiramente executado o devedor, e, para que se efetive, deverá ele nomear bens a este pertencentes, sitos no mesmo município, livres e desembargados, suficientes para suportar a solução do débito (CC, art. 1.491)'.
 Mesmo assim, essa hipótese não se configura no caso da terceirização, pois não há previsão legal expressa neste sentido e uma vez declarada a solidariedade o benefício de ordem se exclui, como regra.

[...]

Assim, por imperativo jurídico, a responsabilidade do tomador dos serviços trata-se de uma responsabilidade solidária, sem benefício de ordem. Solidariedade esta que não seria presumida, mas declarada judicialmente, com base no postulado jurídico da culpa *in eligendo*.

Aliás, mesmo o elemento culpa pode ser abandonado, atraindo-se a noção de culpa objetiva decorrente de responsabilidade civil, nos termos do art. 927 do novo CC e seu par. ún., que passaram a considerar o ato que antes é ato meramente culposo (vide o art. 186 do novo Código) como ato ilícito.

E, para aqueles mais renitentes, que se apegam a um formalismo jurídico, extraído do teor do art. 896 do CC/1916 (LGL\1916\1), formalismo este que em concreto não existe, vale lembrar o disposto no art. 455 da CLT (LGL\1943\5), que pode ser aplicado analogicamente ao presente caso (2004, p. 98-99).

Silva afirma que a responsabilidade subsidiária jurisprudencialmente fixada tem um limite horizontal, consubstanciado no fato de que a empresa tomadora dos serviços se limita ao período em que o trabalhador lá prestou serviços, ainda que a empresa prestadora (e real empregadora) tenha mantido contrato com a tomadora em período superior. Isso porque somente se concebe a responsabilidade subsidiária adstrita aos benefícios proporcionados pelo trabalhador em certo posto de serviço (2008, p. 203-204).

Ademais, quanto a um suposto limite vertical, o tomador de serviços responde por quaisquer parcelas inadimplidas durante o período em que gozou de trabalho alheio, independentemente de sua culpa. Isto é, a responsabilização é automática. Segundo Silva:

Ao partir para o regime de terceirização, o tomador deixa de poder cuidar diretamente do departamento pessoal e assume o risco de contratar uma empresa incapaz de arcar com os pagamentos salariais e indenizatórios inerentes ao contrato de trabalho, de cujos préstimos é o destinatário final. Assim se fundamenta, na essência, o conceito de responsabilidade subsidiária vertical ilimitada, neste particular (2008, p. 223).

Para Barros, ainda que ausente a culpa, a posição do tomador de serviços assemelha-se ao fiador ou avalista. Assim, não tendo havido o adimplemento do obrigador principal, incide, automaticamente, a plena responsabilidade do tomador, que figura na relação jurídica para garantir a satisfação do credor (2005, p. 428).

Vale frisar que resta claro que a empresa tomadora, antes de ser responsabilizada, deve ser inserida na relação jurídica processual, visando ao respeito aos princípios do contraditório e do amplo direito de defesa, como pilares do devido processo legal (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2005, p. 387).

Nesse sentido, havendo direcionamento da ação apenas contra a prestadora de serviços, não pode depois o trabalhador pretender o direcionamento da execução para a empresa tomadora, que não participou da relação processual no conhecimento. Todavia, nada impede que, em posse de título executivo, possa o obreiro, em ação autônoma posterior, pedir a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços (BELMONTE, 2009, p. 757).

Em 2017, no contexto e pensamento de reformas ultraliberalizantes, adveio a Lei nº 13.467/2017, a qual mudou e inseriu preceitos na Lei nº 6.019/74, procurando estimular a terceirização no país, valendo ressaltar que a Lei nº 13.429/2017 já havia alterado a Lei dos Trabalhadores Temporários.

Conforme o novo artigo 4º-A, da Lei nº 6.019/74, há terceirização lícita em quaisquer atividades empresariais, inclusive, na sua atividade principal. Por meio da referida lei, conceitua-se a terceirização como o trabalho realizado por um terceiro, mediante a contratação da tomadora dos serviços, para laborar em qualquer atividade da empresa, desde que previamente pactuado, seja nas dependências da empresa ou não (BRASIL, 2017).

Ressalte-se que a alteração legislativa vai ao encontro da tese firmada posteriormente pelo STF, de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre

peças jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante⁸.

Aliás, segundo o julgamento da ADPF 324/DF, em voto do Ministro Luís Roberto Barroso, “a terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade”.⁹

Todavia, a mudança não foi bem recebida pela doutrina, a qual viu que a abrangência do termo **serviços determinados e específicos** é tendenciosa e pode levar à terceirização de toda mão de obra da empresa para um terceiro, sendo que a previsão do §1º, do artigo 4º-A, pode ser mais desastrosa, uma vez que abre a possibilidade da quarteirização (AMORIM; FÉLIX, 2018, p. 39).

Imbuído desse novo espírito, no âmbito público, o Decreto nº 9.507/2018 traz, em seu artigo 2º (BRASIL, 2018), a possibilidade de que o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabeleça quais serviços serão objeto de execução direta e quais serão terceirizados. De todo modo, passou a estabelecer o artigo 3º quais atividades não poderiam ser executadas indiretamente:

Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 958252. Recorrente: Celulose Nipo Brasileira S/A – CENIBRA. Recorrido: Ministério Público do Trabalho. Re. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 30 de agosto de 2018. Diário da Justiça, Brasília-DF, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4952236>. Acesso em: 19 jul. 2019.

⁹ ADPF n. 324. Requerente: Associação Brasileira do Agronegócio. Re. Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 30 de agosto de 2018. Diário de Justiça, Brasília-DF, 04 de outubro de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 08 ago. 2019.

Importante mudança foi trazida, um pouco antes, pela Lei nº 13.429/2017, que introduziu o artigo 5º-A, §5º, na Lei nº 6.019/74, fincando a positivação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, sendo que o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no artigo 31, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (BRASIL, 2017).

Com isso, os Tribunais passaram a fundamentar a responsabilidade subsidiária na legislação, e não mais na interpretação do TST, por meio da súmula 331, conforme se confere, exemplificadamente:

TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O art. 5º-A, § 5º, da Lei 6.019/74, acrescido pela Lei 13.429/17 prevê a responsabilidade subsidiária do tomador em caso de terceirização. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, corroborando o entendimento firmado na Súm. 331, TST.¹⁰

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS. A empresa tomadora dos serviços, ainda que por contratação de natureza civil, responde subsidiariamente pelas obrigações da contratada, nos termos do § 5º-A da Lei n.º 6.019/74, com redação dada pela Lei n.º 13.467/17. Pelo não provimento do recurso, no particular.¹¹

PETROBRAS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.666/93. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO. Ante a existência de disciplina própria da Lei nº 9.478/97 e do Decreto nº 2.745/98, prevendo a incidência das normas de direito privado e do princípio da autonomia da vontade aos contratos da PETROBRAS e suas subsidiárias, vigentes à época do contrato celebrado entre as rés, resta afastada a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/93, bem como o inciso V da Súmula 331, do TST. Sendo assim, sua responsabilidade subsidiária deverá ser analisada à luz do entendimento positivado no art. 4º-A da Lei nº 6.019/74, alterada pela Lei nº 13.429/2017.¹²

Isto é, no atual momento, no país, muito além de se socorrer de princípios civilistas e trabalhistas para a responsabilização do tomador de serviços pelo inadimplemento das verbas trabalhistas pelo prestador de serviços no campo jurisprudencial, houve a positivação da responsabilidade subsidiária, o que evita maiores discussões e subjetivismos por parte dos julgadores, estabelecendo uma garantia cara aos trabalhadores para a solvência de seus créditos.

¹⁰ TRT-3 – Recurso Ordinário: 00107239320185030081 0010723-93.2018.5.03.0081, Relator: Ana Maria Amorim Rebouças, Oitava Turma, Publicação: 24 de jun. 2019.

¹¹ TRT-2 Recurso Ordinário 10001102520195020231 SP, Relator: Patrícia Therezinha de Toledo, 3ª Turma, Publicação 22 de out. 2019.

¹² TRT-1 Recurso Ordinário: 01007187220175010481 RJ, Relator: Gustavo Tadeu Alckmim, Primeira Turma, Data de Publicação: 26 de set. 2019.

2.2 A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TRATAMENTO DA MATÉRIA PELO TST

Ramos aduz que a função administrativa pode ser realizada pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, assim como por terceiros autorizados a atuar em nome do Estado, como se dá com os permissionários e concessionários de serviço público (2001, p. 92)

Diferentemente da terceirização no âmbito privado, onde se busca o lucro, a desverticalização da empresa e a redução de custos, o que enseja uma lógica precarizante do emprego, a terceirização no âmbito público foi concebida para desonerar a Administração Pública de atividades que não são nucleares a ela (CASTRO, 2015, p. 96).

Interessante é o comentário de Costa e Gomes que, ao falarem sobre a terceirização na Administração Pública, afirmam

A terceirização é uma ferramenta capaz de gerar diversos benefícios ao Estado, por ser uma estratégia de contratação que potencialmente pode tornar o serviço mais rápido, eficaz e menos oneroso. Porém, essa prática deve ser utilizada de forma lícita, dentro dos limites da razoabilidade, pois, se praticada sem freios e sem observância aos princípios do Direito Constitucional, Administrativo e do Trabalho, pode ser sinônimo de precarização, por desprezar direitos fundamentais do trabalhador e princípios constitucionalmente garantidos, tais como a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (2016, p. 121).

E, ainda, citando Souto Maior, aduzem que é necessário discutir os efeitos da terceirização na Administração Pública, uma vez que a consequência da prática ilícita gera desrespeito aos direitos conquistados pelos trabalhadores, não podendo os serviços prestados à sociedade serem concretizados por meio da diminuição de direitos trabalhistas, excluindo o trabalhador e colocando-o na condição de subcidadania (COSTA; GOMES, 2016, p. 128).

A terceirização na Administração Pública abarca o conceito do âmbito privado, porém, o âmbito público encontra-se subordinado ao disposto no artigo 37, XXI, da CRFB/88, que traz a necessidade de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Estado, como exceções previstas em lei (ABDALA; BARRETO, 2014, p. 173).

Como já foi dito aqui, no âmbito público, a terceirização foi legalizada com o Decreto-Lei n. 200/67 (artigo 10) e Lei 5.645/70, razão pela qual não convém tecer outros detalhes já delineados.

Posteriormente a Lei nº 8.666/93, elencou rol de contratação de serviços, tais como demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação,

manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnicos profissionais, nos moldes do art. 6º, II (BRASIL, 1993). A lei determinou que a contratação desses serviços fosse precedida de licitação ou dispensa, nos termos legais.

Vale ressaltar o Decreto 2.271/97, o qual deixou certa a impossibilidade de terceirização quando a atividade fizer parte do plano de cargo do órgão e indicou as atividades cuja aplicação da execução indireta se dá preferencialmente (ABDALA; BARRETO, 2014, p.174).

Outrossim, cite-se a Lei 12.708/2012, na qual, por meio do artigo 82, §3º, nota-se um reforço legal das atividades cuja execução se dá por meio de contratação de terceiro, devendo estas serem cumulativamente acessórias, instrumentais ou complementares às atribuições legais do órgão ou entidade, na forma prevista em regulamento; não inerentes a categorias funcionais abrangidas pelo quadro de pessoal do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário, ou sejam relativas a cargo ou categoria extintos, total ou parcialmente; e não caracterizem relação direta de emprego (ABDALA; BARRETO, 2014, p.174).

Tem-se, por fim, o disposto no Decreto 9.507/2018, o qual dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Por meio desse decreto, proíbe-se a contratação de empresas terceirizadas na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para os serviços: que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal (BRASIL, 2018).

Portanto, a terceirização se configura na Administração quando há a contratação de obra pública ou para prestação de serviços. Enquanto a definição de obra pública na Lei nº 8.666/93 é taxativa, abrangendo a construção, reforma ou ampliação, a de serviço é exemplificativa, permitindo concluir que toda a atividade contratada que não se inclua no conceito de obra é serviço (DI PIETRO, 2010, p. 328). A forma de licitação pode assumir a feição de empreitada (de obra e de serviço) ou de fornecimento de bens e serviços. Cada vez

que a Administração Pública se recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela poderia executar, ela está terceirizando (DI PIETRO, 2010, p. 344).

Neste tópico, falar-se-á sobre a responsabilidade da Administração Pública perante os débitos trabalhistas das empresas que deixam de adimplir suas obrigações com seus empregados.

Na época da edição da súmula 331 do TST, em 1993, o inciso IV não explicitava a Administração Pública direta ou indireta. Logo, poder-se-ia falar que o ente público pudesse escapar de qualquer responsabilidade pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Como é sabido, ainda que houvesse terceirização ilícita, não haveria falar em vínculo direto com a Administração Pública, em virtude do óbice intransponível do artigo 37, II, §2º, da CRFB (BRASIL, 1988), o qual exige prévio concurso público para admissão como servidor. No mesmo sentido, Jorge Neto e Cavalcante (2005, p. 394).

Segundo Delgado, pretendeu a Constituição, com isso, estabelecer uma garantia em favor da sociedade, em face da forte tradição patrimonialista que sempre permeou o país (2011, p. 443). Frise-se que essa vedação foi incorporada pelo inciso II, da súmula 331.

Ademais, vale registrar que, sob a égide da Constituição de 1967, não havia exigência de concurso público para empregado público, razão pela qual o TST editou a Orientação Jurisprudencial 97 pela Seção de Dissídios Individuais I, *in verbis*:

Vínculo empregatício com a administração pública. Período anterior à CF/1988. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974; e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da CF/1988.

A Emenda Constitucional nº 1/69 apenas exigia o concurso público para a primeira investidura em cargo público, não o fazendo para emprego público, razão pela qual consolidou-se o entendimento de que somente servidores estatutários estariam sujeitos ao cumprimento da exigência do concurso público (SANTOS, 2012, p. 959).

Silva afirma que o princípio da primazia da realidade, pela primeira vez, teria encontrado obstáculo para sua aplicação prática. Durante décadas, tal princípio serviu para contornar os entraves à declaração da relação de emprego proibido, mas, quando o entrave passou a ser de ordem constitucional, o princípio da primazia da realidade não teve acolhida na jurisprudência (2008, p. 182).

De outro giro, havia quem compreendesse, com a Lei de Licitações, que a Administração Pública não poderia ser responsabilizada, automaticamente, em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas pelas empresas terceirizadas, pois havia veto legal expresso nesse diapasão, conforme artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Assim diz o artigo:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§1º A inadimplência do contratado, **com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento**, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis (grifou-se).

Havia quem defendesse que, para que o Judiciário Trabalhista pudesse responsabilizar a Administração Pública pelos encargos trabalhistas não adimplidos pela empresa contratada, deveria, sob pena de negar vigência ao artigo citado, declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal, com fundamento na falta de tratamento isonômico, conforme artigo 5º, caput, da CRFB/88, conferido, no campo de direito obrigacional, em favor dos entes da Administração direta e indireta em detrimento das demais pessoas físicas e jurídicas do setor privado (LEITE, 2001, p. 35).

De fato, esse dispositivo, ao resguardar os interesses da Administração Pública, parece atentar contra a teoria da responsabilidade civil e a própria Constituição. Admitir a isenção do poder público, nesse caso, implica conceder a ele um privilégio injustificável, em detrimento da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho preconizados na Carta Maior (BARROS, 2005, p. 507).

Carvalho, por sua vez, afirma que – em vista da dicção do artigo 173, da CRFB/88, pelo menos no que tange às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica – seria inconstitucional o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 se quisesse expandir essa benesse para esses entes (2019, p. 196).

Quanto às demais hipóteses, Carvalho afirma que poderia a Administração Pública ser responsabilizada nos termos do artigo 37, §6º, da CRFB/88 que dispõe que as pessoas de direito público responderão pelos danos que seus agentes provocarem a terceiros (2019, p. 196).

Nesse sentido, vale destacar o acórdão do TST, que serviu de precedente para a atual redação do inciso V, da súmula 331, o qual vai ao encontro do entendimento de Carvalho:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93. Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa in vigilando, a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente [sic], seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências [sic] do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade [sic] do ato administrativo que pratica. **Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo (grifou-se).**¹³

Todavia, há quem defenda a constitucionalidade do artigo disposto na Lei de Licitações, dizendo, ainda, quanto ao disposto no artigo 37, §6º, da CRFB/88, que este foi dirigido aos casos de danos provocados a terceiros por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado que prestam serviço público, mas se utilizando de seu poder de império. Contratar empresa prestadora de serviço não se caracteriza como serviço público, mas ato de gestão. Seria, assim, constitucional o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 (CASSAR, 2016, p. 512).

Castro, em dissertação sobre o tema, deixa claro que a Administração Pública tem total controle sobre a fiscalização do contrato. Segundo ele:

Não se pode perder de vista que a Administração Pública consegue cobrar seu contratado de maneira mais eficaz que o próprio empregado. O ente público, além de possuir um contrato administrativo por excelência, leonino, consubstanciado na

¹³ TST – Recurso de Revista nº TST-IUJ-RR-297.751/96.2. Relator Ministro Milton de Moura França, DJ 20/10/2000. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20297751-31.1996.5.04.5555&base=acordao&numProcInt=83959&anoProcInt=1996&dataPublicacao=20/10/2000%2000:00:00&query=>. Acesso em: 14 jan. 2020.

supremacia e indisponibilidade do interesse público, possui inclusive a garantia em seu contrato, não obstante, na maioria das vezes não cobrir todo, mas ao menos diminui o prejuízo, caso a Administração Pública deixe de fiscalizar e venha a arcar judicialmente com a responsabilidade pelas verbas trabalhistas (2015, p. 106).

Apesar da redação legal do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, o Tribunal Superior do Trabalho responsabilizava a Administração, com base na súmula 331, inciso IV.

Como dito, em 1994, houve a edição da súmula 331, pelo TST.

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.

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

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.

Tempos depois, no ano 2000, o inciso IV receberia nova redação, para esclarecer que a responsabilidade subsidiária abrangia “órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista”, conforme Resolução 96, de 11.9.2000, do TST.

Nesse sentido, a jurisprudência dos Tribunais Regionais passou a atender o estabelecido pelo TST, exemplificadamente:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A terceirização de serviços implica a responsabilidade subsidiária da tomadora quanto ao adimplemento das obrigações trabalhistas da prestadora junto ao pessoal engajado na prestação, ainda quando se trate de ente da administração pública, conforme a Súmula 331/IV do TST.¹⁴

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE SERVIÇOS. Os princípios constitucionais que regem a atividade da Administração Pública não permitem que se afaste a responsabilidade subsidiária do ente público que contrata a prestação de serviços, ainda que tenham sido observadas todas as etapas do procedimento licitatório. Ao terceirizar serviços, o ente público opta por atribuir a um particular o desempenho de tarefas públicas. Se daí decorre dano, há que se repartir a responsabilidade entre o prestador e o tomador de serviços, ainda que de forma subsidiária, sem que se cogite de preterir o trabalhador, que já despendeu a força de trabalho em benefício do ente público e

¹⁴ TRT-5 – Recurso Ordinário 670004420085050431 BA 0067000-44.2008.5.05.0431, Relator: Ivana Mércia Nilo de Magaldi, 1ª. TURMA, Data de Publicação: 10 de jun. 2009.

deve receber os salários. Recurso a que se nega provimento para manter a condenação do tomador como responsável subsidiário.¹⁵

Na visão de Santos, as entidades da Administração Pública Direta e Indireta respondiam, nos termos da antiga redação da súmula 331, do TST, subsidiariamente pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, seja na hipótese de terceirização lícita ou ilícita, e a responsabilidade dar-se-ia com base nos institutos da culpa *in vigilando* e *in eligendo*, os quais seriam caracterizados pelo simples inadimplemento das obrigações trabalhistas pela empresa trabalhista (2012, p. 959), sendo aferida de modo abstrato, automaticamente do texto legal. O precedente a seguir demonstra que parte da jurisprudência entendia como Santos:

TOMADOR DOS SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA 331, DO C TST. Impõe-se a aplicação da responsabilidade subsidiária, quando a Administração Pública direta ou indireta surge como tomadora de serviços, no caso de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. A extensão da condenação ao ente público se justifica pela existência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.¹⁶

Contudo, na prática, a Corte Trabalhista estava negando o comando do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, sem declarar formalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, fugindo da cláusula de reserva de plenário, disposta no artigo 97, da CRFB/88¹⁷.

Assim, após a edição da Súmula Vinculante nº 10 do STF, sustentou-se que o TST estaria afrontando a cláusula de reserva de plenário, pois as decisões sobre terceirizações de serviços públicos estavam sendo realizadas por órgãos fracionários.

Ainda persistia a dúvida, na doutrina, quanto à responsabilidade pelo pagamento das verbas rescisórias inadimplidas pelo prestador de serviços que fora contratado pela Administração e três teses surgiram.

A primeira dizia que, à medida que a terceirização ilícita não gera vínculo empregatício, não teria ela aptidão para produzir qualquer responsabilidade pelo crédito trabalhista inadimplido (DELGADO, 2011, p. 443).

¹⁵TRT-9 Recurso Ordinário: 5822008662906 PR 582-2008-662-9-0-6, Relator: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, 2A. TURMA, Publicação: 19 de jun. 2009.

¹⁶ TRT-14 – Recurso Ordinário: 49020080911400 RO 00490.2008.091.14.00, Relator: Juíza Arlene Regina do Couto Ramos, Segunda Turma, Publicação: 29 de jun. 2009.

¹⁷ Di Pietro afirma que o conflito entre a súmula e o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 seria aparente, uma vez que a súmula se refere a fornecimento de mão-de-obra (que é ilegal), ao passo que o dispositivo legal não pode abranger esse tipo de contrato. Isto é, não pode a Administração contratar trabalhadores por empresa ilegal, pois isso seria fraude ao concurso público, razão pela qual não haveria óbice de incidir o inciso IV da súmula 331 do TST. Ela lembra que a Lei nº 8.666/93 apenas autoriza a celebração de contratos de empreitada ou para prestação de serviços, não fornecimento de mão-de-obra (2010, p. 347).

Já uma segunda tese afirmava que a prática ilícita não poderia beneficiar aquele que já foi economicamente favorecido. Logo, não fugindo da situação-padrão da nulidade do Direito do Trabalho, convalidam-se os atos praticados, conferindo o vínculo entre Administração e empregado terceirizado (DELGADO, 2011, p. 444). Todavia, essa vertente é flagrantemente inconstitucional.

Por fim, há uma terceira corrente, intermediária. Ela considera que o primeiro passo é seguir a Constituição e dar-lhe eficácia, razão pela qual não é possível reconhecer o vínculo empregatício entre trabalhador terceirizado e Administração. Entretanto, dever-se-ia harmonizar a vedação ao reconhecimento de vínculo de emprego com inúmeros outros princípios trabalhistas, entre os quais o princípio da isonomia (DELGADO, 2011, p. 444-445).

Conforme Delgado,

O afastamento desses efeitos antijurídicos da terceirização ilícita suporia assegurar-se ao trabalhador terceirizado todas as verbas trabalhistas legais e normativas aplicáveis ao empregado estatal direto que cumprisse a mesma função no ente estatal tomador dos serviços (2011, p. 445).

Em vista da aplicação da súmula 331, inciso IV, do TST, à época ao caso, ao que tudo parece, a mais alta Corte Trabalhista agasalhou a última tese doutrinária, qual seja, de que não é possível o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública, mas reconhecendo a responsabilidade da Administração pelo mero inadimplemento da empresa contratada (isso até o julgamento do STF da ADC 16 e a modificação do inciso IV em 31/05/2011).

Em virtude dos embates patrocinados pela Administração Pública no Judiciário acerca de sua responsabilidade pelas verbas oriundas das reclamações das empresas contratadas, o caso foi levado ao STF.

2.3 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO SEGUNDO O STF. A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, a discussão acerca da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas, baseando-se no confronto entre a Lei nº 8.666/93 e o

enunciado da súmula 331 do TST, era tratada pelo STF como matéria de âmbito infraconstitucional¹⁸ (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2005, p. 1361).

Contudo, em 2007, o Governador do Distrito Federal, no âmbito da sua legitimidade, conforme artigo 103, inciso V, da CRFB (BRASIL, 1988), propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade (popularmente chamada de ADC 16), ao passo que tanto a União quanto outros entes federativos ingressaram na ADC como *amicus curiae*. O intuito era o reconhecimento e a declaração da constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Segundo o Governador, o dispositivo da lei estava sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial, do TST (CASTRO, 2015, p. 106).

Em síntese, na ADC 16, sustentou-se que o enunciado 331, do TST, era uma ofensa aos princípios da legalidade, da liberdade, da ampla acessibilidade das licitações públicas e ao princípio da responsabilidade do Estado por meio do risco administrativo (CASTRO, 2015, p. 106).

O julgamento teve início em 2008, e o Ministro-Relator, Cezar Peluso, votou pelo não conhecimento da ação. Todavia, o Ministro Menezes Direito pediu vistas e o Ministro Marco Aurélio votou pelo conhecimento e pelo julgamento do mérito.

O tema foi remetido a Plenário e, na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Relator reiterou seu entendimento pelo arquivamento, sob o fundamento que o TST, ao editar a súmula 331, não havia declarado a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei de Licitações, e que a declaração ou não de constitucionalidade do artigo não seria óbice para continuar a responsabilizar a Administração Pública com base nos princípios trabalhistas.

O que me parece que o Tribunal fez e com acerto? Ele reconhece que a mera inadimplência – é isso que o artigo 71, §1º, diz – do contrato, em referência aos encargos trabalhistas etc., não transfere essa responsabilidade à Administração. A mera inadimplência do contratado não a transfere. O que o Tribunal e a Justiça do Trabalho têm reconhecido? [...] mas isto não significa que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria [...] São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais.¹⁹

A Ministra Carmén Lúcia, sucessora do Ministro Menezes Direito, apresentou divergência, votou pelo conhecimento e procedência da ação, uma vez que a lei é taxativa e que o ônus do contratado não se transfere à Administração Pública. Disse que a Justiça do

¹⁸ Cf. STF. Agravo de Instrumento: 409.572-AgR. Relator: Relator Ilmar Galvão. DJ 07/03/2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2048615>. Acesso em: 26 jul. 2019.

¹⁹ Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010, p. 41.

Trabalho afasta a incidência do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 sem declarar sua inconstitucionalidade, o que significa não cumprimento de legislação.

Na sessão, a Ministra Carmén Lúcia assim asseverou, com a preocupação da Administração ter de pagar duas vezes por um serviço:

Porque esse tipo de conduta quebra a estrutura inteira da Administração Pública, que, licita, contrata, a lei diz que não assumirá outras que não as obrigações contratuais e, depois, determinam que ela assuma duas vezes: ela pagou esse contratado que contratou de maneira equivocada e ainda o empregado que o contratado particular não pagou. A licitação então não valeu de nada, e depois, o povo brasileiro ainda paga a segunda vez por esse trabalhador. Quer dizer, alguma coisa está muito errada. E, se está errada nesse nível, acho que há outras conseqüências [sic], inclusive mandar apurar a responsabilidade desse que não fiscalizou, desse que licitou mal.²⁰

O Ministro Marco Aurélio deixou claro seu posicionamento: “Este é o ponto crucial: o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 é categórico no que afasta a responsabilidade do Poder Público quando tomada a mão de obra mediante empresa prestadora de serviço”.²¹

O Ministro Ayres Britto argumentou que, uma vez que a contratação de pessoal pela Administração Pública só pode ser realizada por concurso, nomeação em cargo em comissão e contratação por tempo determinado, a terceirização não teria previsão constitucional e, em caso de inadimplência da empresa contratada, deveria a Administração Pública responder.²²

Ao final, o Plenário do STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, é constitucional, com eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, e que o TST não poderia generalizar todas as situações de responsabilidade do Estado, devendo analisar caso a caso se a inadimplência da contratada decorria de alguma omissão estatal (CASTRO, 2015, p, 109)²³.

Assim, com o julgamento da ADC 16, em sessão de 24.11.2010, pelo STF, o qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, não restou possível, jurisprudencialmente, declarar a responsabilidade automática (objetiva) da Administração Pública em caso de inadimplemento da empresa prestadora de serviços.

²⁰ Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010, p. 44.

²¹ Acórdão da ADC 16/DF, 24/11/2010, p. 38-39.

²² Acórdão da ADC 16/DF. Brasília, 24/11/2010, p. 47-48.

²³ Conforme a ementa: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes a execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de Constitucionalidade julgada, nesse sentido, precedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita do art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (DJ, 03/12/2010)

Para Delgado, passou-se a tornar necessária a comprovação da culpa *in vigilando* da entidade estatal, isto é, sua inadimplência fiscalizatória no que tange ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada (2011, p. 446).

Castro afirma que, depois desse julgamento, não é mais pelo fato de a Administração Pública terceirizar que ela irá responder pelo passivo trabalhista da contratada. Ademais, duas afirmações ainda podem ser feitas:

Pode-se afirmar que a terceirização de serviços foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como atividade lícita a ser exercida pela Administração Pública, uma vez que ao julgar a constitucionalidade do mandamento do §1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, há de se levar em conta que pano de fundo da discussão de mérito da constitucionalidade do artigo de lei colocado em xeque foi a legalidade da terceirização de serviços, mormente pelos serviços de natureza continuada, onde os débitos trabalhistas tem origem. No julgamento da ADC 16, apesar de o Ministro Ayres Britto ter feito ressalva quanto ao entendimento aqui registrado, foi voto vencido

A segunda afirmação é que o tema da responsabilidade trabalhista da Administração Pública não foi e não seria resolvido por completo no julgamento de constitucionalidade do artigo de lei colocado em evidência, muito menos pela diretriz da Súmula nº 331 do TST, tal como se encontra, mesmo com sua modificação pela Res. 174/2011, que a modificou em maio de 2011 (2015, p. 114).

Outrossim, Nogueira vai em semelhante sentido; para ela, a leitura integral da decisão deixa claro que a constitucionalidade do preceito não impede sua interpretação de forma sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais, que exigem a fiscalização da empresa terceirizada (2013, p. 193).

Para a autora, os artigos 58, inciso III, e 67, caput, e seu §1º, da Lei nº 8.666/93, impõem à Administração Pública o poder-dever de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo contratado que foi selecionado na licitação (2013, p. 194).

E continua

No mais, o art. 77 da Lei nº 8.666/93 prevê que a inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento e, em complemento, o art. 78 da mesma lei, prevê como motivo para a rescisão contratual o não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos, assim como o cometimento reiterado de faltas na sua execução e o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução. Não restam dúvidas que, dentre tais inexecuções encontra-se a hipótese de descumprimento da legislação trabalhista (NOGUEIRA, 2013, p. 195).

Após o julgamento da ADC 16, o TST revisitou o tema e decompôs o item IV, da súmula 331, em dois enunciados: o primeiro para cuidar da responsabilidade subsidiária do

tomador de serviços privados, e um novo item para tratar somente da hipótese em que o tomador dos serviços é a administração direta ou indireta. E assim ficou

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.²⁴

Portanto, a responsabilidade da Administração Pública pressuporia a contratação irregular da empresa terceirizada ou negligência na fiscalização do contrato. Fora disso, não seria possível responsabilizar a Administração (CARVALHO, 2019, p. 197).

Entretanto, outro assunto veio à tona após o julgamento. A Justiça do Trabalho costumava atribuir o ônus da prova quanto à fiscalização do contrato à Administração, uma vez que a Lei nº 8.666/93 tem uma série de dispositivos que exigem do ente estatal o controle do cumprimento das obrigações trabalhista e previdenciárias e, também, porque os Juízes do Trabalho observavam ser quase impossível ao trabalhador demonstrar a culpa da Administração (CARVALHO, 2019, p. 197).

Várias Reclamações Constitucionais – remédio que serve para garantir a autoridade de decisões do STF - foram propostas e a maioria afirma que os Juízes e Tribunais Trabalhistas persistiam na transferência automática de responsabilidade da empresa terceirizada para o ente público. Assim, mais uma vez, o STF enfrentou a questão, agora no Recurso Extraordinário 760.931 (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 410).

Cabe registrar que Carvalho é enfático ao criticar qualquer posicionamento que atribua ao trabalhador terceirizado o encargo de provar que a Administração Pública não estaria a exigir das empresas terceirizadas a apresentação periódica de documentos que comprovariam a regularidade trabalhista. Isso, segundo ele, destoaria da regra legal e significaria atribuir prova diabólica ao trabalhador (2019, p. 198).

Na ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário acima mencionado, a Ministra Rosa Weber destacou a técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova, da aptidão da prova e da cooperação, em contraposição ao ônus estático da prova. Logo, segundo

²⁴ Cf. Resolução 174/2011 do TST, Publicado no Diário de Justiça em 31 de jan. 2011.

ela, dever-se-ia observar a capacidade probatória das partes e ter antídoto para a chamada prova diabólica. Assentou, ainda, a possibilidade de reconhecimento da culpa presumida, em face da impossibilidade de a vítima produzir prova acerca da fiscalização (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 410).

Ressalte-se o apontamento feito pelo Ministro Roberto Barroso que asseverou que, conforme jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça), não pode a Administração Pública reter valores quando o serviço foi prestado pela contratada, razão pela qual o ônus da prova é da Administração, uma vez que é ela quem está na posse dos documentos (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 410).

No entanto, foi aberta divergência pelo Ministro Luiz Fux, no sentido de que, conforme já julgado na ADC 16, a Administração Pública está eximida de responsabilidade em caso de terceirização, no que foi acompanhado pelos Ministros Dias Tofolli e Gilmar Mendes.

Os Ministros Carmem Lúcia e Alexandre de Moraes também votaram com a divergência e pela presunção de veracidade dos atos administrativos, de modo que o ônus da prova, em relação à sua desconstituição, caberia ao trabalhador, presumindo a legalidade da fiscalização.

No julgamento, a relatora Rosa Weber fixou que não poderia o ônus probatório da culpa administrativa recair no trabalhador. Seu voto foi seguido pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais, ao final, ficaram vencidos por votos que pareceram não enfrentar o tema concernente ao ônus da prova e se limitaram a anunciar, mais uma vez, que era vedada a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua responsabilidade quando houvesse prova inequívoca da conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos (CARVALHO, 2019, p. 197).

Duarte Neto e Sanches também concluem que a questão do ônus probatório não foi revisitada: “No debate específico, voltou-se novamente à questão do que seria culpa, mas não se revisitou a questão do ônus da prova” (2019, p. 411).

Portanto, para os autores, em caso de a Administração Pública identificar irregularidade e não tomar providências para saná-la poderá ser responsabilizada subsidiariamente, tendo em vista que, como acima visto, o ônus da prova não foi decidido pelo Plenário (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 411), embora alguns ministros tenham se pronunciado lateralmente sobre a questão.

No âmbito do TST, no que tange à decisão do RE 760.931, houve quem entendesse que o STF decidiu a respeito do ônus, como é possível aferir neste julgado:

E o STF, ao julgar com repercussão geral o RE nº 760.931, confirmou a tese já explicitada na anterior ADC nº 16-DF, no sentido de que a responsabilidade da Administração Pública não pode ser automática, cabendo a sua condenação apenas se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos, bem como atribuiu o ônus de provar o descumprimento desse dever legal ao trabalhador.²⁵

Entretanto, vale destacar decisão do TST que, no dia 12.12.2019, por meio da Subseção de Dissídios Individuais 1, no bojo do Recurso de Revista no processo 925-07.2016.5.05.0281, em voto do Ministro Cláudio Brandão, decidiu que o ônus da prova é do ente público, quanto à inspeção do cumprimento do dever de fiscalização nos contratos de prestação de serviços. Entre os fundamentos, estão o princípio da aptidão para a prova, a impossibilidade de prova diabólica no processo e o dever de fiscalização contemplado na Lei nº 8.666/93.

Ao final, foi elaborada a seguinte tese, no STF, no RE 760.931: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei 8.666/1993”.

²⁵ Cf. AIRR - 1001276120165010541, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Publicação: DEJT 07/10/2019.

3. O PLURALISMO JURÍDICO, O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O PRINCÍPIO *PRO PERSONA*

O STF, ao considerar constitucional o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, no âmbito da ADC 16 e do RE 760.931, decidiu que não é possível a responsabilização objetiva da Administração Pública em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas terceirizadas.

O problema do presente trabalho é verificar se é possível, por meio do controle de convencionalidade, chegar a um resultado distinto daquele traçado pelo STF no caso da responsabilidade da Administração Pública.

Neste capítulo, estudar-se-á tema ligado ao objeto desta dissertação, avançando na questão da superação do Estado Nacional e da existência de um pluralismo de normas que, ao contrário do que se prega no monismo e no dualismo, podem cooperar-se entre si, não sendo excludentes umas das outras.

Além disso, será abordado o controle de convencionalidade, tanto no critério hierárquico (como defendido pelo STF) quanto no critério material (defendido neste trabalho), utilizando-se do princípio *pro persona*, isto é, em caso de conflito de normas, será escolhida aquela que melhor protege o direito humano.

Este capítulo se justifica, porquanto, para verificar se a Convenção 94 da OIT deve ser aplicada nos casos de débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço à Administração Pública; deve-se descobrir qual é o tipo de controle de convencionalidade desejado para uma efetivação dos direitos humanos.

Vale registrar que este trabalho não cuidará do Pluralismo Jurídico no âmbito em que Albernaz e Wolkmer chamam de Pluralismo Emancipatório, o qual esse se edifica com base em práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação de necessidades humanas essenciais. Seu intuito é reconhecer que os órgãos do Estado não são os únicos que detém o monopólio do ordenamento jurídico e as normas produzidas por determinados grupos sociais são autônomos, ainda que contraditórios ao Estado (ALBERNAZ; WOLKMER, 2008, p. 68).

Como se verá, prevalecerá no âmbito deste trabalho, principalmente quando se fala do princípio *pro persona*, a defesa de normas que prestigiam a dignidade da pessoa humana, sejam elas estatais (nacionais ou supranacionais) ou consuetudinárias.

Assim, não será abordado o Pluralismo Jurídico na visão emancipatória, em que as normas de um povo ou comunidade devem ser levadas em conta, pois o foco dessa teoria é o

produtor da norma, enquanto neste trabalho prestigiar-se-á a própria norma (seja nacional, internacional ou consuetudinária), mas desde que mais eficaz ao que se entende por Direitos Humanos.

Logo, o que será abordado a seguir será o pluralismo jurídico no sentido de sistemas multiníveis no âmbito nacional e internacional, havendo relação entre os diversos ordenamentos jurídicos, que se complementam e harmonizam reciprocamente para o cumprimento de suas funções constitucionais (QUEIROZ, 2009, p. 133).

3.1 SUPERAÇÃO DO ESTADO NACIONAL E PLURALISMO JURÍDICO COMO UM DOS RESULTADOS DA INTEGRAÇÃO ENTRE OS PAÍSES

Remonta do século XVI a ideia de Estado nacional, baseado no pensamento de Jean Bodin, cujos pilares estariam da ideia de soberania, território e povo.

Em um primeiro momento, para ele, o verdadeiro soberano é o que faz a lei, sem ter de se submeter a elas. Para ele, quem ordena deve ser superior às leis, para que possa aboli-las ou derroga-las, ou, ainda, substituí-las caso uma lei fique obsoleta (BODIN, 1986, p. 209).

É verdade que, posteriormente, revendo sua posição, chegou a ponderar que não haveria razões que impeçam o rei de não respeitar as leis que ele mesmo editou, desde que tenham sido editada e aceitas por todos (BODIN, 1986, p. 210).

No entanto, muito tempo se passou desde a tese de Jean Bodin, e, com o fim das duas guerras mundiais, o fenômeno da globalização, e a circulação cada vez mais intensa de pessoas, bens e serviços, verificou-se que a cooperação entre os Estados é imprescindível, a fim de enfrentar os desafios modernos (CANEPARO, 2016, p. 49).

A antiga noção de povo, baseada no critério de identidade nacional de determinadas pessoas com semelhantes etnia, religião e costumes, vem sendo alargada em virtude da abertura de fronteiras. Atualmente, prefere-se a expressão **cidadão a povo**, tendo em vista que a sociedade do século XXI está organizada em estruturas demasiadamente mais complexas que antigamente (FERNANDES; SILVEIRA, 2016, p. 03).

A soberania, dessa maneira, não pode ser vista como antes, uma vez que deve ser conjugada com valores como solidariedade e cooperação (FERNANDES; SILVEIRA, 2016, p. 03). Não é viável a um Estado, em contexto de sociedade internacional, globalização e avanços tecnológicos (que possibilitam as conexões entre pessoas do mundo inteiro em frações de segundos), a adoção de medidas individualistas, não pensando no coletivo (CANEPARO, 2016, p. 50).

Conforme Tello, é evidente que o Estado-Nação já não é o único ator relevante no espaço público global, pois, com a ajuda de novas tecnologias, os indivíduos e os grupos têm maiores capacidades de interação em diversos processos globais sem que os Estados tenham capacidade de intervenção nesses fluxos internacionais (2016, p. 192).

A crise do Estado de Bem-Estar Social e o processo de globalização têm dado maior autonomia e independência aos indivíduos. Os fluxos globais de capitais, bens, serviços, tecnologia, comunicação e poder são geridos por indivíduos e redes ao redor do mundo de forma rápida e eficiente, sem que os Estados tenham capacidade de controlar esse fluxo. O intento do Estado de reafirmar seu poder no âmbito global mediante a realização de acordos internacionais com outros Estados e Organizações Internacionais corroem ainda mais sua soberania. Assim, atributos clássicos, como autonomia, independência, autoridade, poder de mando e controle sobre o território e sua população são questionados e transformados na era da globalização (TELLO, 2016, p. 191).

Antigamente, a cooperação dos Estados se dava a fim de evitar conflitos; depois, em um segundo momento, passou-se a buscar a paz e sua manutenção definitiva; hoje, mais do que isso, visa-se ao desenvolvimento, tanto no campo dos povos quanto do Estado (CANEPARO, 2016, p. 50).

Na Europa, o processo de integração refletiu uma dupla transformação, isto é, intensificou a integração e impactou a constituição nacional. Além disso, a União Europeia vem experimentando um processo de constitucionalização dos Direitos Humanos (PÉREZ, 2011, p. 10).

A Europa ocidental e seus países necessitam de limites importantes para conter o exercício do poder e têm construído, com criatividade e paciência, seu direito comunitário e suas respectivas instituições de apoio e controle (FIGUEIREDO, 2013, p. 147).

No Continente Americano, não é diferente. O processo de humanização experimentado pelo Direito Internacional e as recentes transformações constitucionais nos países da região deram azo à integração no campo dos Direitos Humanos (ALVARADO, 2015, p. 255).

Primeiramente, os países criam, por meio de suas próprias Constituições, seus direitos básicos; depois, reconhecem o papel dos juízes na proteção desses direitos; por fim, ressaltam a interação dos sistemas para aperfeiçoar a tutela dos Direitos Humanos. (ALVARADO, 2015, p. 256).

No âmbito dos direitos sociais, foco deste trabalho, vale ressaltar que, tendo ciência da melhoria das condições de vida dos trabalhadores, após a Revolução Industrial, os

empregadores relutavam em fazer concessões, com medo da concorrência externa. Não demorou muito para os trabalhadores verificarem a necessidade da união a despeito das fronteiras. Essa circunstância, somada ao interesse dos empregadores em evitar conturbações sociais capazes de interferir na produção, fez do foro internacional o palco adequado para estudo e debate das situações dos trabalhadores e suas reivindicações (CASELLA, 1995, p. 376).

Antes desses acontecimentos, os Estados foram abandonando a postura liberal da época e se curvando a pensadores, de diversas áreas do conhecimento e ideologias, passando a intervir nas relações de trabalho internamente (CASELLA, 1995, p. 377).

A postura intervencionista dos Estados fez com que ficassem com medo de criar maiores encargos para o empresariado, opondo-lhes dificuldade na concorrência internacional, com reflexos negativos para a economia nacional. Essa preocupação levou-os a buscar compromissos recíprocos com outros países, por meio de tratados internacionais e a instituição de organismos internacionais, entre eles, a constituição da OIT (Organização Internacional do Trabalho) (CASELLA, 1995, p. 377).

Os fundamentos da internacionalização do Direito do Trabalho confundem-se com os próprios fundamentos desse ramo no âmbito interno, valendo destacar a resolução de questões como concorrência internacional, paz universal e justiça social (CASELLA, 1995, p. 378).

Vale registrar que não se fala no fim do Estado Nacional. Este, como unidade territorial, continua existindo e impõe seu ordenamento jurídico aos cidadãos que lá residem. Por outro lado, existe uma pré-disposição do Estado, que agrega e coopera com outros em busca de soluções globais, não existindo mais a visão do Estado Nacional centrado na soberania nacional (MALISKA, 2007, p. 7020). Ou, ainda, pugna-se por uma atualização desse modelo estatal, disposto a melhor atender as reivindicações da realidade que se validam nos anseios sociais (CANEPARO, 2015, p. 55). A soberania, agora, é compartilhada.

A Constituição Republicana de 1988 deixou clara a posição do legislador constituinte. O artigo 4^o²⁶ afirma a intenção de colocar o país em novo patamar no cenário internacional,

²⁶ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

em consonância com a globalização e com a necessidade de solucionar os problemas que afetam a todos no mundo.

Portanto, uma leitura conjugada do artigo 4º com o artigo 1º, inciso I²⁷, vai apontar um novo tipo de soberania, tendo o legislador optado pela ideia de Estado Aberto ou soberania permeável, nos dizeres de Häberle (MALISKA, 2006, p. 111).

Isto é, quando a Carta Magna diz que nas suas “relações internacionais a República Federativa do Brasil rege-se pelos seguintes princípios”, ela quer dizer que o Brasil submete sua soberania à prevalência dos direitos humanos, à solução pacífica dos conflitos, à cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, e autoriza a integração supranacional com os países latino-americanos (MALISKA, 2006, p. 111).

Marcos Maliska adverte:

A mudança que a Constituição pretendeu dar ao país na sua relação com os processos de cooperação regional e global impõe ao constitucionalista seja renovada a interpretação que, se dá a essa parte da Constituição. Uma leitura adequada de todo o texto constitucional, e, nesse ponto, é necessário criticar a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dá ao parágrafo segundo do art. 5º da Constituição, depende muito de uma hermenêutica constitucional atualizada, que dê um novo sentido aos princípios fundamentais (2006, p. 110).

Feita a integração, evidencia-se a existência de múltiplos ordenamentos jurídicos, de âmbito internacional e nacional, que regem determinada matéria.

As duas teorias tradicionais que explicam(vam) o processo de integração das normas internacionais e nacionais eram a monista e a dualista. Serão explicados brevemente os conceitos, pois, ainda que não sejam o foco deste trabalho, são necessários para se verificar a necessidade de sua superação.

Para o monismo, há um sistema normativo único, com tantos subsistemas quanto os Estados existentes na comunidade internacional (QUEIROZ, 2009, p. 120). Em caso de conflitos de normas, haveria uma primazia de determinada ordem sobre a outra, o que poderia variar de cada corrente: internacionalista, que deixa certa a prevalência do direito internacional; e nacionalista, a qual se inclina à prevalência do Direito Interno (PEREIRA, 1993, p. 82-84).

Já o dualismo se caracteriza pelo reconhecimento de sistemas normativos plúrimos, mas que não se conectam entre si. Para a incorporação de normas de um sistema para o outro,

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

²⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

haveria a necessidade de regulamentação, reafirmando a independência do ente estatal, pois a integração não é automática (QUEIROZ, 2009, p. 120).

O dualismo prega a existência de dois sistemas mutuamente excludentes, sendo que os compromissos assumidos por um Estado não geram efeitos automáticos na ordem jurídica interna, devendo haver, para essa assimilação, uma recepção explícita do legislador, caso em que não haveria de se falar em conflito entre a norma interna e a internacional, mas sim em conflito entre duas disposições nacionais (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 05).

Todavia, o monismo perdeu sua utilidade. As palavras de Bogdandy (2012, p. 23), de que essa teoria é uma “noção moribunda” e que “deveria descansar em paz”, são duras. Os argumentos dessa teoria são herméticos e suas teses centrais pouco desenvolvidas, com pontos de vistas opostos ilógicos. Seus argumentos não se vinculam ao debate contemporâneo (BOGDANDY, 2012, p. 23).

Por outro lado, o dualismo também não é suficiente para responder a essas questões globais, tendo em vista que dependeria da boa vontade estatal para a incorporação de normas mais efetivas.

A ideia de pluralismo não implica uma estrita separação entre regimes jurídicos, mas promove a ideia de que existe uma interação entre os distintos ordenamentos jurídicos. Assim, nenhuma Constituição é um universo em si: é mais um elemento do pluralismo normativo (BOGDANDY, 2012, p. 26).

Gomes e Zanchi, citando Augusto Cançado Trindade, entendem que a observância dos direitos humanos deve ser vislumbrada não mediante as teorias monista e dualista, mas por intermédio dos mecanismos de implementação dos direitos humanos, por parte dos Estados, e por meio dos tratados devidamente ratificados por eles (2018, p. 211).

Assim, esses sistemas devem ser substituídos pelo pluralismo jurídico, o sistema capaz de explicar, no âmbito jurídico, o vínculo entre as Constituições Nacionais e os fenômenos internacionais. Em vez de uma pirâmide, pensa-se em um “acoplamento” de normas (BOGDANDY, 2012, p. 23), fugindo-se do pensamento cartesiano.

Registre-se que, hodiernamente, não se pode ver o Direito Internacional como estanque, desvinculado do Direito Constitucional de cada Estado. O que se vê, na verdade, é uma imbricação de ambos, na busca da consecução de objetivos afins, havendo uma constitucionalização do Direito Internacional e uma internacionalização dos direitos fundamentais (PÉREZ, 2011, p. 01).

No final do século XX e início do século XXI, o fenômeno do pluralismo jurídico ganha importância, em virtude do fortalecimento do Direito Internacional como meio de regência das condutas humanas (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 10).

Herdegen observou isso, ao dizer que os princípios internacionais influenciam a ordem constitucional interna dos países e que a Lei Constitucional se apresenta como sujeito ativo que se abre ao exterior e se acopla com os princípios de Direito Internacional. O autor também observa um esforço dos Tribunais dos Estados em interpretar a legislação de acordo com as Cortes Internacionais (HERDEGEN, 2010, p. 74).

Ante as transformações da realidade global, cada vez mais interligada, vê-se um cenário em que o exercício do poder público se desloca para além do Estado. A distinção entre o que é nacional e internacional é cada vez mais difícil e cinzenta (PÉREZ, 2011, p. 01).

Nesse diapasão está Herdegen, para quem, ainda que a Constituição de cada país seja uma identidade estatal, deve haver uma busca pelo equilíbrio entre a autonomia do Estado e a abertura à normatividade internacional, a fim de garantir um futuro à própria sociedade e à Constituição, pois esta prevê um rol de promessas feitas, as quais serão viáveis somente com a integração das normas, máxime aquelas relacionadas aos direitos humanos (2010, p. 81).

Assim, apela-se para um modelo de diversos sistemas normativos e para uma teoria institucional que separa o direito do Estado, superando o conceito clássico de soberania (QUEIROZ, 2009, p. 136).

O modelo pluralista aqui defendido se caracteriza pela ausência da fonte última do Direito, em uma visão kelseniana. Logo, as normas não precisam tirar validade de uma superior.

Pérez cita algumas objeções ao pluralismo jurídico, no que tange à coerência, à segurança jurídica e ao princípio democrático. Afirma que, para a teoria de raiz kelseniana, há coerência entre as normas porque estas tomam como fundamento uma norma última, que é a Constituição. No modelo pluralista, isso não existe. Por isso, o risco de um caos normativo. Em segundo lugar, de acordo com o princípio democrático, a legitimidade do direito é retirada do consentimento da vontade popular (PÉREZ, 2011, p. 13-14).

Entretanto, a autora diz que, no mundo moderno, quando os problemas deixaram de ser locais, os Estados já não podem mais regular essas situações de forma isolada. Por isso, necessitam recorrer à colaboração de outros Estados e, dessa forma, proliferam as esferas de decisão além-Estado, como acontece com os tratados internacionais (PÉREZ, 2011, p. 13). Algumas normas internas, simplesmente, reproduzem as decisões tomadas

internacionalmente, motivo pelo qual poder-se-ia pensar em tentar reconstruir uma ordem hierárquica a partir de um nível última supranacional (PÉREZ, 2011, p. 16).

Pérez sugere a criação de uma estrutura institucional supranacional, em uma perspectiva do equilíbrio de poderes, permitindo estabelecer a participação de instituições diversas na representação de interesses diversos. Ademais, pode promover mecanismos de transparência e controle, tanto nacional como supranacionalmente, bem como prever casos de participação popular (PÉREZ, 2011, p. 19).

Queiroz defende que o sistema jurídico internacional e o sistema jurídico interno não constituem unidades separadas, mas integradas. O processo de globalização do direito criou, assim, por cima da rede tradicional dos Estados, um sistema político integrado a vários níveis, que obedece a uma regulamentação jurídica própria. Logo, a existência de múltiplos níveis, que reclamam simultânea e reciprocamente um idêntico grau de validade, não se apresenta como fenômeno transitório (2009, p. 133).

Também não é o caso de atribuir ao órgão supranacional a prevalência na produção de normas. Isso porque os Estados Nacionais ainda não estão preparados para ceder sua soberania e tal fato poderia gerar instabilidade e tensão (PEREZ, 2011, p. 16). Por isso, seria o compartilhamento da legislação o melhor modo de superar as dificuldades em comum dos Estados, especialmente, em temas que precisam de maior esforço, como os direitos humanos.

Para Bogdandy, sempre deve existir a possibilidade, ao menos das democracias liberais, de limitar dentro do ordenamento interno o efeito de uma norma ou de um ato derivado do direito internacional que colida de forma grave com princípios constitucionais. Isso está em consonância com a evolução do direito internacional e com a legitimidade de determinados atos jurídicos internacionais, como ocorre no caso das listas de presumíveis terroristas elaborados pelo Conselho de Segurança da ONU (Organização das Nações Unidas) (2012, p. 40).

Assim, não há de se falar em desaparecimento ou substituição da vontade dos Estados. Pelo contrário, serão os próprios Estados que dirigirão o processo desse novo paradigma, por meio de seu Poder Executivo.

Verifica-se, portanto, que há muito tempo o Estado Nacional deixou de ser o local privilegiado de solução dos problemas constitucionais, sendo apenas mais um local. A integração mundial, por meio da globalização, levou ao que Neves chama de “desterritorialização” dos problemas jurídico-constitucionais, emancipando-se do Estado (2014, p. 226)

Ademais, o modelo pluralista, além de oferecer uma explicação mais adequada da realidade, também contribui para a legitimidade das decisões tomadas em âmbito supranacional, na perspectiva de um equilíbrio institucional (*check and balances*) (PEREZ, 2011, p. 25). Para Pérez, a maior virtude do pluralismo é justamente esse equilíbrio, porquanto diversos Estados participam da criação legislativa e se limitam mutuamente, não havendo autoridade última (2011, p. 18).

Nesse sentido, ainda, Carvalho e Calixto:

O pluralismo jurídico, dessa forma, oferece um melhor marco conceitual para a análise dos problemas e para a formulação de propostas, diferente da reclamação da autoridade última do Estado ou da sua reconstrução a nível supranacional. Referido conceito prescreve a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos (2017, p. 14).

Logo, baseado nesse diálogo entre fontes (nacionais e internacionais), o pluralismo jurídico vem a ser a melhor opção para a reafirmação dos direitos humanos, ora possibilitando a aproximação de ordens jurídicas diversas, para além do sistema de hierarquias, ora com a criação de pontes de transição, por meio do diálogo e conciliação das fontes.

3.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO A SER USADO PELAS AUTORIDADES ESTATAIS

Em um primeiro momento, pode-se dizer que o controle de convencionalidade é um conjunto de instrumentos que visa a compatibilizar leis internas de um país com normas de tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no território daquele (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 90).

Mazzuoli, por sua vez, diz que o controle de convencionalidade “tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas, com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional” (2018, p. 48).

Como afirmam Chaves e Sousa, a expressão **Controle de Convencionalidade** foi utilizada, pela primeira vez, no Conselho Constitucional Francês (na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, que tratava da análise de constitucionalidade de uma lei que versava sobre a interrupção voluntária da gestação, tendo em vista a possibilidade de violação do “direito à vida” assegurado no artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem). O artigo 55, da Constituição francesa afirma que os tratados e os acordos ratificados têm, a partir de suas

publicações, hierarquia superior às leis ordinárias, restando ao Conselho francês, assim, dois tipos de controle de compatibilidade: a adequação da lei com a Constituição e a adequação da lei com os tratados e os acordos internacionais, que têm hierarquia superior (2018, p. 90). É um modelo parecido com o adotado pela Suprema Corte Brasileira.

O controle de convencionalidade surgiu no âmbito da Corte Interamericana de Direitos em 1994, por meio de opiniões consultivas, merecendo destaque a Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994. Nesse caso, a Corte concluiu que a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos constitui uma violação de direitos e liberdades, gerando a responsabilidade do Estado. Porém, foi nas decisões contenciosas que se fortaleceu o controle de convencionalidade, como na demanda “La Última Tentación de Cristo”, na qual a Corte entendeu que a Constituição do Chile contrariava a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ao prever a censura televisiva (TEIXEIRA; PEREIRA; BIEGER, 2018, p.184).

Até 2006, havia o entendimento, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, de que o controle de convencionalidade era realizado ao reputar inválidas as normas contra a Convenção Americana de Direitos Humanos. Naquele ano, a jurisprudência da Corte inicia a construção da formação do controle de convencionalidade externo, passando a demandar dos juízes nacionais que deixem de aplicar as normas locais em desacordo com o Pacto de San José da Costa Rica e sua própria jurisprudência (TEIXEIRA; PEREIRA; BIEGER, 2018, p. 183).

Antes, as soluções propostas pela jurisprudência apenas delimitavam categorias de reconhecimento das normas internacionais e de sua convivência no foro nacional. Não havia uma preocupação com o efetivo relacionamento entre essas categorias, nem criação de ferramentas de interação simultâneas capazes de viabilizar soluções para casos concretos (CORDEIRO, 2018, p. 385).

Foi assim que aconteceu na jurisprudência brasileira, sobretudo, no Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do recurso extraordinário RE 466.343-SP, pelo qual fixou-se a tese da suprallegalidade.

A questão envolvida consistia na verificação da legalidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que enquanto o artigo 5º, inciso LXII, da CRFB/88²⁸, possibilita a prisão civil no caso de depositário infiel, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em

²⁸ Artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

seu artigo 7º, item 7²⁹, apenas admite a prisão civil em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

A referida norma internacional enquadrava-se na ótica do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, pois assegurava um conjunto de direitos humanos além do previsto internamente. No entanto, a Convenção Americana não foi aprovada nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, isto é, como se Emenda Constitucional fosse.

Logo, uma vez que a jurisprudência do STF (Supremo Tribunal Federal) não havia reconhecido anteriormente posição diferenciada dos tratados de direitos humanos, pois equiparava-os às leis ordinárias, o Tribunal não dispunha de elementos para dar concretude às normas mais protetivas (CORDEIRO, 2018, p. 380).

Maués lembra que, antes de 1988, o STF já havia firmado o entendimento, no julgamento do RE nº 80.004 (julgamento em 01.06.1977), de que os tratados internacionais se incorporam ao Direito Interno no nível das leis, podendo ser revogados por lei posterior ou deixar de ser aplicados em caso de lei específica (2013, p. 217).

Entretanto, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a qual acrescentou três importantes disposições sobre direitos humanos, quais sejam, tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional se passassem pelo rito de aprovação dessa última; adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional; e a criação do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal nos casos de grave violação de direitos humanos –, vislumbrou-se uma valorização constitucional do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que poderia levar o STF a reavaliar sua jurisprudência (MAUÉS, 2013, p. 217).

A questão é polêmica na doutrina e na jurisprudência. Em parte, entende-se que a Constituição brasileira abrigou, com base no artigo 5º, §2º, da CRFB/88, o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, de modo a admitir que tais direitos podem estar não só dentro como fora da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 648).

Além disso, o Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos. Assim, pode ser sustentado que os direitos humanos previstos em Tratados internacionais aos quais o Brasil adere são materialmente fundamentais, por determinação expressa da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 658).

Cunha Júnior é mais incisivo quando afirma que os direitos fundamentais podem ostentar sentido formal e material, merecendo, ambos, idêntico tratamento jurídico-

²⁹ Artigo 7º, item 7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

constitucional. Outrossim, ainda que essa fonte seja extinta, por meio de denúncia, por exemplo, os direitos continuarão a existir constitucionalmente, porquanto absorvidos pela Carta Magna (2018, p. 660).

No entanto, predomina, no Brasil, o entendimento de que os direitos fundamentais se encontram reconhecidos nas Constituições formais. Assim, não haveria de se falar em direitos fundamentais em sentido material (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 649).

Por outro lado, Cunha Júnior diz que o sentido material dá ênfase ao conteúdo dos direitos. Logo, se o conteúdo do direito é indispensável para a constituição e a manutenção das estruturas do Estado e sociedade, ele é fundamental, independentemente de ser constitucionalizado (2018, p. 650).

Isso, Cunha Júnior define como não tipicidade dos direitos fundamentais. Logo, para ele, a Constituição admite não só os direitos formal e materialmente fundamentais (que são os direitos previstos no catálogo), mas também existem os direitos fundamentais meramente formais (como é o caso do artigo 7º, inciso XXIX, da CRFB/88), bem como os direitos tão-só materialmente fundamentais, os quais são situados fora do catálogo da Constituição, mas baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, o que estaria salvaguardado pelo §2º, do artigo 5º, da CRFB/88 (2018, p. 652).

Isso mostra que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, meramente exemplificativa [...]. Relembramos que, em tema de direitos fundamentais, consoante a concepção tradicional historicamente ligada ao jusnaturalismo, esses direitos são apenas reconhecidos pela ordem jurídica, pois já existentes (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 654).

Piovesan, em sentido mais contido que Cunha Júnior, diz que os tratados de direitos humanos, via de regra, detêm natureza materialmente constitucional, caso contrário, ficaria sem sentido o disposto no artigo 5º, §2º, da CRFB/88 (2010, p. 54).

Para ela, os direitos fundamentais, portanto, seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (como os direitos do artigo 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; c) o dos direitos implícitos (subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados) (PIOVESAN, 2010, p. 58).

Assim, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime dos demais expressamente previstos na CF (PIOVESAN, 2010, p. 58).

Todavia, não foi esse o rumo tomado pelo STF no importante julgamento do RE 466.343-SP. No julgamento, foram fixadas três premissas norteadoras do relacionamento entre as ordens jurídicas interna e externa: a) os tratados internacionais, cujo objeto não seja direitos humanos, têm posição infraconstitucional; b) os tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, ostentam caráter supralegal; c) os tratados internacionais integram o ordenamento jurídico constitucional apenas se passarem pelo crivo do artigo 5º, §3º, da CRFB/88 (CORDEIRO, 2018, p. 380).

O grande mérito dessas premissas foi o reconhecimento no plano jurisprudencial da tese da supralegalidade (no caso, a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos que não reconhecia a possibilidade da prisão do depositário infiel foi tida como supralegal, com efeito paralisante sobre as normas do Código Civil que dispunham sobre tal prisão)³⁰.

Todos os Ministros, independentemente da posição hierárquica que defendiam, foram uníssomos em sustentar que, diante do disposto no parágrafo 3º, artigo 5º, da CRFB/88, uma coisa era certa: deveria o STF reconhecer uma posição privilegiada às normas internacionais de direitos humanos (MAUÉS, 2013, p. 218).

Ainda que o julgamento do aludido recurso extraordinário esteja apegado aos critérios hierárquicos de relacionamento entre as normas, é inegável que houve avanços. O STF desconsiderou a ressalva feita no texto constitucional e declarou que a exceção estabelecida no artigo 5º, inciso LXVII, não seria norma materialmente constitucional, devendo sucumbir diante do conteúdo do artigo 7º, item 7, da Convenção referida (CORDEIRO, 2018, p. 382).

Maués relativizou a diferença entre a tese adotada pela doutrina em sua maioria (a da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos) e aquela sustentada pela maioria do STF (o caráter supralegal desses tratados). Conforme ele:

Apesar dessa diferença, um exame mais cuidadoso dos fundamentos da decisão do STF demonstra que existe muita proximidade entre as duas teses. Ao decidir os casos que envolviam a prisão do depositário infiel, o STF não apenas interpretou a legislação infraconstitucional de maneira a compatibilizá-la com a CADH, mas interpretou a própria Constituição com base nesse tratado. Em decorrência da adoção da tese da supralegalidade, a disposição constitucional que prevê a prisão do depositário infiel teve sua força normativa esvaziada: uma vez que essa figura está sujeita à regulamentação legal para ter plena eficácia, o que o STF fez, ao proibir que o legislador ordinário decida sobre a matéria, foi impedir que a norma constitucional seja aplicada, salvo a hipótese, quase cerebrina, de que fosse

³⁰ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam desse instituto, hoje constantes na legislação civil e processual civil (2013, p. 219).

Chaves e Sousa, ao falarem da Constituição francesa, que adota metodologia semelhante, assim afirmam:

Optando-se pela primeira situação (normas internacionais com status de lei ordinária) tem-se a possibilidade de aplicação dos critérios objetivos de resolução de antinomias. Entretanto, tal circunstância é sem dúvida um retrocesso ao direito internacional dos direitos humanos, tendo em vista a fragilidade que as normas internacionais têm diante do parlamento nacional que, mediante uma lei posterior, poderia utilizar-se do critério cronológico para retirar-lhe validade. A segunda situação (normas internacionais com status de supralegalidade) é a mais recorrente nas disposições das atuais constituições ao redor do mundo. Percebe-se que a Constituição francesa optou por essa qualificação, o que significa um importante avanço, pois neutraliza a possibilidade de se subtrair a validade de uma norma internacional por meio dos critérios cronológico ou de especialidade. A outorga, às normas internacionais, de status hierárquico superior foi o primeiro passo para a criação de um novo controle normativo diferenciado do controle de constitucionalidade. Por fim, a terceira situação (normas internacionais com status constitucional) é um fenômeno recente, que ganha fortes adeptos incluindo o Brasil. [...]. Sabe-se, previamente, que as normas internacionais dotadas de status constitucional não estão submetidas aos critérios resolutivos de antinomias, mas a um controle normativo em nível constitucional (2018, p. 92-93).

Ao final, duas teses se formaram na Suprema Corte. A primeira, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, concedendo aos tratados e às convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil tenha aderido, status supralegal, mas admitindo a hipótese de nível constitucional quando ratificadas pelo Congresso nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, da CRFB/88³¹. Com ele, votaram os ministros Menezes Direito, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Carmén Lúcia, sendo a tese vencedora. Por fim, defendendo o status constitucional desses tratados, ficaram vencidos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

Para Maués, três razões foram substanciais para o reconhecimento, por ora, da supralegalidade das normas de tratados de direitos humanos, com não equivalência das normas constitucionais.

³¹ Vale, inclusive, citar relevante trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes: “Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*. No atual contexto da globalização, o professor Mosche Hirsch, empregando a célebre Teoria dos Jogos (*Game Theory*) e o modelo de Decisão Racional (*Rational Choice*), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações, (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento por cada Estado dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (*rebounded externalities*) aumentam o impacto do desrespeito aos tratados e privilegiam o devido cumprimento de suas disposições (HIRCH, Moshe. “*Compliance with International Norms*” in *The Impact os International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 184-188).

- a) a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, consubstanciada na possibilidade de controle de constitucionalidade inclusive dos diplomas internacionais;
- b) o risco de uma ampliação inadequada da expressão 'direitos humanos', que permitiria uma produção normativa alheia ao controle de sua compatibilidade com a ordem constitucional interna;
- c) o entendimento que a inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º implicou reconhecer que os tratados ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45 não podem ser comparados às normas constitucionais (2013, p. 218-219).

No caso da interpretação do STF, portanto, a compatibilização entre o Direito Interno e o direito internacional do controle de convencionalidade brasileiro ocorre de modo vertical sobre as leis. A atividade legislativa depende da concordância com a Constituição e os Tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, de modo que a incompatibilidade com um deles gerará a invalidade da norma, ainda que permaneça vigente no ordenamento jurídico (GOMES; ZANCHI, 2018, p. 214).

Ainda, para os defensores dessa corrente de pensamento, haveria possibilidade de controle de convencionalidade difuso, em relação aos tratados não aprovados como se emenda constitucional fossem (artigo 5º, §3º, da CF), de modo incidental pelos juízes e tribunais e, no caso do STF, por meio do recurso extraordinário (GOMES; ZANCHI, 2018, p. 215).

Além do mais, seria possível o controle de convencionalidade concentrado em relação às normas de tratados de direitos humanos aprovados nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88, a ser realizado pelo STF, o que seria feito por meio do empréstimo de uma ação de controle de constitucionalidade (GOMES; ZANCHI, 2018, p. 217).

Mazzuoli também trabalha com esse aspecto, dizendo que, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito, também é possível fazer o controle difuso de convencionalidade, na medida em que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, independentemente de condição ulterior. Mas também há a possibilidade de controle de convencionalidade concentrado, na hipótese de tratados de direitos humanos (e ele frisa que somente esses) aprovados nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88 (2018, p. 49).

A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão 'guarda da Constituição', utilizada pelo artigo 102, inc. I, alínea a, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando este mesmo direito previsto em tratados de direitos humanos constitucionalizado pelo rito do artigo 5º, §3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle de concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn), para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratados constitucionalizado (MAZZUOLI, 2018, p. 56).

Logo, pode-se dizer que o controle de convencionalidade deve ser realizado pelas Cortes transnacionais, pelos juízes e tribunais nacionais, sendo que não é possível à jurisdição nacional abster-se de exercer esse controle, uma vez que ele tem respaldo na própria Constituição. Assim, se o Poder Judiciário se omite a realizar o devido controle de convencionalidade, está também se abstendo de exercer a jurisdição constitucional (CHAVES; SOUSA, 2016, p. 97).

Piovesan entende que os tratados internacionais, de modo geral, têm caráter infraconstitucional. Isso se depreende do disposto no artigo 102, inciso III, alínea “b”, da CRFB/88, que confere ao STF a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, “as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal” (2010, p. 60).

Frise-se que, em razão desse dispositivo, a jurisprudência pátria entendeu, por anos, que os tratados internacionais têm o status legal das demais leis ordinárias, o que foi mudado por meio do julgamento paradigmático acima destacado.

No entanto, Piovesan sustenta que, embora infraconstitucionais, os tratados têm caráter supralegal. Essa tese se coadunaria com os princípios da boa-fé (o *pacta sunt servanda*) e com reflexo no artigo 27, da Convenção de Viena³², por meio do qual não cabe ao Estado invocar disposições de seu Direito Interno como justificativa para não cumprimento de um tratado (2010, p. 60).

De outro lado, em se tratando de tratados de direitos humanos, estes possuem status constitucional, como assevera

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhes natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo artigo 5º, §2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns (PIOVESAN, 2010, p. 64-65).

Logo, o §3º, do artigo 5º, da CRFB/88 veio somente para reconhecer a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos com os tratados tradicionais. Aprovados por três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional, os tratados

³² Artigo 27 da Convenção de Viena, aprovado por meio do Decreto 7.030/2009: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”.

comerciais não passariam a ter *status* formal de norma constitucional (PIOVESAN, 2010, p. 78).

Para Piovesan, com o advento do §3º, do artigo 5º, da CRFB/88, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos, quais sejam, os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais, desde que os últimos tenham sido aprovados como se emenda constitucional fossem. Assim, enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados, pois farão parte de cláusula pétrea. (2010, p. 79).

Tanto é assim que, para uma corrente, o controle de convencionalidade seria desnecessário, porquanto estar-se-ia falando de verdadeiro controle de constitucionalidade, tendo em vista que as normas internacionais de direitos humanos teriam status (material ou formal) constitucional. No entanto, é importante a sistematização do tema (controle de convencionalidade), sendo preferível a expressão **controle de constitucionalidade** somente quando se tratar de norma constitucional propriamente dita, isto é, texto constitucional propriamente dito (LEAL; ALVES, 2017, p. 113).

Não obstante, a decisão do STF, ainda que tenha como pano de fundo a proteção de direitos humanos, ao conferir caráter supralegal à Convenção Americana de Direitos Humanos, é uma faca de dois gumes. Como bem lembra Maués, há a hipótese, segundo ele, “quase cerebrina”, de que fosse aprovado por emenda constitucional o conteúdo das normas que tratam o instituto da prisão civil do depositário infiel (2013, p. 219). Nesse caso, prevaleceria a norma constitucional em detrimento de norma de tratado mais benéfico aos direitos humanos?

3.3 PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Em um ambiente plural, onde há vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, que podem reger uma matéria, deverá haver um controle por parte do julgador sobre qual norma prevalecer. Isso é o que se chama de **controle de convencionalidade**.

Há mecanismo judiciais aptos a tornar mais homogênea e organizada a aplicação das normas jurídicas, a partir da Constituição, de modo a afetar a validade e a eficácia dessas normas. O paradigma desse controle se consubstancia na lógica da hierarquia, a partir de um sistema ordenado desde a Constituição. O descompasso com essa relação de supra e infra ordenação pode levar à inconstitucionalidade da norma (CONCI, 2013, p. 08).

Tanto a jurisdição constitucional quanto a convencional têm por função analisar a validade de atos com relação a outros.

No entanto, para o tipo de controle de convencionalidade que será desenvolvido neste trabalho, a relação de validade se estabelece a partir de um critério material, de maior proteção, sendo a declaração de inconvenção possível somente quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos pelo ato interno. Outra diferença diz respeito ao fluxo normativo, que no controle de convencionalidade se dá a partir do direito internacional (CONCI, 2013, p. 10).

Logo, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais (ainda que esteja tudo de acordo com a Constituição) torna inválidas as normas jurídicas internas (MAZZUOLI, 2018, p. 26).

Assim, a mera compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais validade no plano interno. Para Mazzuoli, é necessária a compatibilidade com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e até os tratados comuns) ratificados pelo governo. Se estiver em desacordo com os tratados de direitos humanos a norma pode até ser considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um exame de convencionalidade (2018, p. 26).

Nesse sentido, Conci, Gerber e Pereira definem o controle de convencionalidade como o instrumento complementar e auxiliar do controle de constitucionalidade, consistindo na compatibilização vertical das normas domésticas infraconstitucionais com os tratados de direitos humanos ratificados e vigentes no país (2018, p. 111).

O que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma de controle. Se a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade, visto que se parte do critério hierárquico (como defendido pelo STF), baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação do ordenamento jurídico nacional (CONCI, 2013, p. 17).

Para a declaração de inconvenção, não importa o respeito ao procedimento do artigo 5º, §3º, da CF. Isso porque a condição para a sua ocorrência é a existência de um fluxo normativo entre normas internas e internacionais, ou seja, é mediante a ratificação do tratado internacional que se dá início ao processo de relacionamento entre o Direito Interno e o Direito Internacional.

A questão da hierarquia é desimportante para o controle de convencionalidade, pois decorrente de uma análise estrutural do ordenamento jurídico interno. Verificada a contrariedade entre o tratado e os atos internos, deve-se passar para o segundo passo, qual seja, a análise da inconvenção, que diz respeito a saber quais dos instrumentos normativos, internos ou internacionais, são mais protetivos aos direitos humanos envolvidos. Assim, os critérios que se impõem como estruturantes do controle de convencionalidade não são de ordem formal. São, sim, de ordem material, de conteúdo (CONCI, 2013, p. 17), com base no princípio *pro persona*.

Conci, Gerber e Pereira ainda exprimem a sua preocupação com o debate acalorado quanto ao emprego do princípio *pro persona*, uma vez que, supostamente, descaracteriza o sistema hierárquico. Poderia ser argumentado que a aplicação desse princípio violaria a hierarquia das normas, retirando a supremacia do texto constitucional e agredindo a disposição do ordenamento jurídico, pois haveria prevalência de uma norma supralegal (nos termos do entendimento do STF). No entanto, para Conci, Gerber e Pereira, esse princípio faz questionar sobre até que ponto deve a norma constitucional prevalecer em detrimento de uma melhor proteção que possa ser dada a determinado direito humano. O que teria mais valor: o respeito ao direito por si só ou uma melhor proteção à dignidade da pessoa humana? (2018, p. 111).

Se a garantia dos direitos humanos é uma das missões do Estado de Direito, deduz-se que, em caso de conflito, deve prevalecer a norma que melhor protege o direito humano.

Isso se depreende do disposto nos artigos 4º, inciso II e 5º, § 2º, da CRFB/88³³; 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁴; 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁵ e 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁶.

³³ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]

II - prevalência dos direitos humanos;”

“Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁴ “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”

³⁵ “Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

Henderson informa outras normas de Direito Internacional que possibilitam a aplicação do princípio. É o caso do artigo 31, da Convenção de Viena, segundo o qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme o objetivo e finalidade da norma. Segundo o professor, os Tratados sobre Direitos Humanos têm como objetivo e fim conferir direitos aos indivíduos frente ao Estado e não regular as relações entre os Estados, como acontece nos “direitos das gentes” (2004, p. 88), motivo pelo qual é imperativa a aplicação do princípio *pro homine* em casos envolvendo Direitos Humanos.

O autor ainda cita, como fonte de onde se extrai o princípio, o artigo 23, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o artigo 41, da Convenção Sobre os Direitos das Crianças, e o artigo 1.2, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (HENDERSON, 2004, p. 90).

O princípio foi conceituado, pela primeira vez, pelo Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (URQUIAGA, 2013, p. 17), Juiz Rodolfo E. Piza, para quem

[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción³⁷⁻³⁸

Nesse contexto, a correta forma de interpretação das normas é aplicar o princípio *pro persona* ou *pro homine*, pelo qual, em um determinado caso concreto, o intérprete deve escolher a norma, independentemente de sua hierarquia ou fonte de produção, que contenha

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30. Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.”

³⁶ “1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

³⁷ Opinião Consultiva oc-7/86, de 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, p. 36 apud URQUIAGA, Ximena Medellín. *Principio pro persona*. Reforma DH: Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. México: Nações Unidas. 1ª Edição, 2013, p. 17.

³⁸ Tradução livre: Um critério fundamental que impõe a natureza dos direitos humanos, o qual obriga a interpretar extensivamente as normas que os consagram ou ampliam e restritivamente os que os limitam ou restringem. Desta foram, o princípio *pro persona* conduz à conclusão de que a exigibilidade imediata e incondicional é a regra e seu condicionamento a exceção.

proteções maiores ou mais favoráveis ao indivíduo ou vítima em relação a seus direitos (HENDERSON, 2004, p. 93). Nesse sentido, Henderson:

De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación *pro homine*, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos³⁹ (2004, p. 91).

De modo similar ao que acontece com outras searas do Direito (como no caso do Direito do Trabalho, com o princípio *pro operario*), exsurge como máxima nos casos de conflitos entre direitos humanos a regra da norma mais favorável à efetiva proteção de um direito humano (HENDERSON, 2004, p. 93).

Assim, a tradicional hierarquia das normas cede espaço a uma estrutura mais flexível, onde a rigidez e formalismo do Direito perdem importância em relação à norma mais protetiva.

Esse princípio impõe recorrer a interpretações que privilegiam o ser humano, de modo que, além de prevalecer as normas que ampliam direitos, em detrimento daquelas que restringem, as regras específicas mais protetivas devem se sobrepor às regras genéricas (PINTO, 1997, p. 164). Seria possível a aplicação, ainda, de normas de uma comunidade ou povo, desde que fossem mais benéficas ao ser humano, quando comparadas às normas estatais (PINTO, 1997, p. 165).

Esta é a opinião de Gomes e Zanchi:

No caso de conflito entre as normas constitucionais e as normas dos tratados de direitos humanos, com hierarquia constitucional, aplica-se o princípio *pro homine* ou a norma mais favorável à proteção do ser humano, um princípio que é um critério hermenêutico internacional de solução de antinomias. O princípio *pro homine* se manifesta constitucionalmente pela interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, I, da CF, que fundamenta toda a ordem constitucional, e pela interpretação do princípio da prevalência dos direitos humanos expresso no artigo 4º, II, da CF (2018, p. 218).

³⁹ Tradução livre: Da leitura dos instrumentos internacionais resta evidente que o objetivo primordial é reconhecer direitos ao ser humano, motivo pelo qual a interpretação deve fazer-se a favor do indivíduo, ou em outras palavras, deve fazer-se aquela que melhor protege o indivíduo ou a vítima de uma violação de direitos humanos. Este princípio de interpretação *pro homine* deve ser inspirador do direito internacional dos direitos humanos e representar uma fundamental e indispensável regra de hermenéutica no momento da aplicação dos tratados internacionais dos direitos humanos nos tribunais internos

Nessa linha, afirmam que o controle de convencionalidade demonstra ser um meio de proteção dos direitos humanos, porque incide sobre as disposições de Direito Interno contrárias àqueles, permitindo uma proteção no âmbito em que os direitos são mais vulneráveis.

Parece ser esse, também, o entendimento de Nascimento:

As convenções internacionais revogam as leis internas com as quais se atritem?
Scelle sustenta que uma convenção ratificada derroga todas as leis contrárias e inclusive a Constituição de um país, posição considerada extremada por Bayon Chacón e Pérez Botija. A Corte de Cassação da França, em aresto de 28 de março de 1962, proclama a primazia da convenção sobre a lei interna francesa, mesmo posterior. Pensamos que o princípio da hierarquia é o da predominância da norma mais favorável. Assim, uma convenção internacional favorável ao trabalhador preferirá à lei interna. Se, no entanto, as disposições desta forem mais benéficas, a convenção não prevalecerá [...] (2005, p. 101).

Em tema de controle de convencionalidade, o princípio *pro persona* impõe-se, pois se vive um momento em que se reforça o argumento da necessidade de entender de forma aprofundada, caso a caso, qual a norma mais protetiva ao indivíduo, se a nacional ou a internacional, devendo prevalecer aquela que for mais expansiva, independentemente do *status* hierárquico interno que adquirem tratados internacionais de direitos humanos (CONCI, 2014, p. 09).

Segundo Conci:

O inter-relacionamento entre normas nacionais e interamericanas se dá mediante uma análise prevalentemente substancial, é dizer, a norma de direitos humanos mais favorável (mais protética ou menos restritiva) ao indivíduo deve prevalecer, de modo que se dê primazia à dignidade da pessoa humana (2014, p.06).

O princípio *pro persona* exige que se interpretem os direitos humanos de modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se tratar de eventuais restrições a direitos (CONCI, 2014, p. 09).

Como consequência dessa escolha, deverá o julgador (Juiz ou qualquer outra autoridade estatal, como se defende neste trabalho), declarar inconveniente a norma que, além de ser contrária ao Direito Internacional, garantir menos proteção à vítima (CONCI, 2014, p. 04).

De outro lado, caso o direito interno seja mais protetivo ou menos restritivos de direitos, não existe a possibilidade de declarar-se a inconveniente, mas sim de

interpretação conforme com o Tratado de Direito Humano (CONCI; GERBER e PEREIRA, 2018, p. 110).

Ainda que a aplicação no direito brasileiro não seja robusta, há manifestações que iluminam um futuro mais promissor ao princípio e dá esperanças para uma efetivação dos direitos humanos. A tese foi aceita em voto do Ministro Celso de Mello (HC 87.585-8/TO), no qual reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada.

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais⁴⁰

Para Mazzuoli, nota-se, pelo voto do Ministro, que ele aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional *pro persona*. Arremata o autor, dizendo que é alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do diálogo das fontes e do princípio *pro persona* (2018, p. 52).

Portanto, é salutar que o Brasil avance na proteção dos Direitos Humanos, como acontece com o México. Esse país apresenta um dos melhores cenários em matéria de desenvolvimento do controle de convencionalidade, ao passo que sua Constituição garante os tratados de direitos humanos com *status* constitucional e, em caso de conflito de normas, (constitucional e convencional) deve ser aplicado o princípio *pro persona* (MOREIRA, 2018, p. 604).

Assim, para o princípio *pro persona*, inserido no contexto do pluralismo jurídico, resta ao intérprete escolher a norma e interpretá-la da maneira que melhor satisfaça um Direito Humano, não importando sua hierarquia ou fonte de produção, tendo em vista a primazia do ser humano no contexto internacional.

Ademais, com base no artigo 27, da Convenção de Viena, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 7.030/2009, uma parte signatária não pode invocar as disposições de seu Direito Interno com a finalidade de justificar o inadimplemento de um tratado internacional (CONCI; GERBER e PEREIRA, 2018, p. 112).

⁴⁰ V. STF, HC 87.585-8, do Tocantins, Voto-Vista do Min. Celso de Mello, de 12.03.08, p. 19.

O controle de convencionalidade é a expressão da recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional. Esse controle se constitui como garantia do Estado de Direito. Para Ramirez, a doutrina do controle de convencionalidade, bem instrumentada, pode servir como ferramenta para assegurar a ordem jurídica internacional dos direitos humanos (2011, p. 127).

Vale frisar que o controle interno de convencionalidade se dá quando autoridades domésticas fazem esse cotejo entre as normas internas e os tratados internacionais sobre direitos humanos. Desse controle, podem surgir consequências, como a declaração de invalidade da norma ou a sua convalidação. Assim, o processo de confrontação entre as normas internacionais e nacionais pode ser realizada tanto por autoridades judiciais quanto por outras autoridades administrativas (RAMIREZ, 2011, p. 127).

Nesse viés, para Conci, não somente juízes, mas todas as autoridades públicas devem realizar o controle de convencionalidade, como agentes públicos, legisladores, o Presidente da República, entre outros (CONCI, 2014, p. 07).

Gomes e Zanchi também salientam que não só o Poder Judiciário, mas também os Poderes Legislativo e Executivo devem realizar o controle de maneira preventiva (2018, p. 223).

Chaves e Sousa questionam se o Poder Jurisdicional tem prevalência na defesa das normas internacionais de direitos humanos. Contudo, ao responderem, entendem que o primeiro passo para responder a essa questão está em destacar que se trata de “prevalência” ou “protagonismo”, e não de “exclusividade”. Para os autores, o Direito Internacional prega, nessas questões, uma ação conjunta entre Poderes e instituições na proteção dos direitos humanos, não sendo legítima falar em ações isoladas do Poder Judiciário (2018, p. 94).

Esses autores, ainda, refutam o posicionamento de que haveria controle de convencionalidade por parte do Executivo, na negociação e na ratificação dos diplomas internacionais, e do Legislativo, nos casos em que participa do processo de aprovação.

Todavia, não prospera tal posicionamento no sentido de que seja uma modalidade de ‘controle’, visto que são atribuições originárias do governo e do parlamento, respectivamente, negociar com instâncias internacionais e zelar pela coerência de produção normativa interna. Logo, não há que se falar em ‘controle’, mas sim em exercício das competências originárias (2018, p. 94).

Maués deixa claro que, no âmbito do processo legislativo, exige-se que seja feita a análise da compatibilidade dos projetos de lei com os tratados de direitos humanos e, no

âmbito do Poder Executivo, é necessário que se anulem atos administrativos com infração aos tratados (2013, p. 229).

Há quem entenda, inclusive, que é um dever do advogado a arguição de inconveniência de determinada norma, em nome de princípio imperativo à sua conduta, qual seja, “empenhar-se na defesa das causas confiadas ao seu patrocínio, dando ao constituinte o amparo do Direito e proporcionando-lhe a realização prática de seus legítimos interesses”, conforme dizem Leal e Alves (2017, p. 115).

Registre-se o entendimento de Queiroz, para quem, diferentemente do que apontaram as demais referências expostas, a incompatibilidade de uma norma nacional com uma internacional, por ser esta mais protetiva, não geraria invalidade. Para a autora, em caso de conflito entre uma norma internacional e o Direito Interno, impõe-se o direito supranacional, mas, para todo o resto, o direito de nível mais baixo é conservado, não perdendo a sua validade (2009, p. 133).

Ressalte-se que o controle de convencionalidade é mais que exercício potestativo. Não é questão de poder, mas de dever. Logo, as autoridades domésticas devem fazer o controle de ofício, especialmente, quanto ao Judiciário, diante do princípio *jura novit curia* (RAMIREZ, 2011, p. 139-140). No mesmo sentido, Conci (2014, p. 07).

Salazar também avalia positivamente a possibilidade de controle de convencionalidade por todos os agentes públicos, ao dizer que:

la llamada doctrina del ‘control de convencionalidad’ que se puede conceptualizar como aquella obligación que tiene toda autoridad estatal, en el marco de sus funciones, de evaluar la conformidad de la normativa nacional, que aplican en los casos concretos, con los estándares establecidos en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, contrastar la conformidad del derecho interno con el derecho regional de los derechos humanos (2016, p. 71).⁴¹

O Direito Internacional dos Direitos Humanos deve ser conhecido dos juízes nacionais e de todas as autoridades responsáveis por garantirem os direitos humanos. Isso não significa que o julgador doméstico deva aplicar diretamente essas expressões do direito internacional, mas essas lhe servem para estabelecer o alcance da proteção e fixar o marco do controle de convencionalidade (RAMIREZ, 2011, p. 134).

⁴¹ Tradução livre: A chamada doutrina do controle de convencionalidade, o qual se pode conceituar como aquela obrigação que tem toda autoridade estatal, no exercício de suas funções, de avaliar a conformidade da normativa nacional, que se aplica aos casos concretos, com os padrões estabelecidos na CADH e na jurisprudência da Corte IDH. Isto é, contrastar a conformidade do direito interno com o direito regional dos direitos humanos.

Além das convenções e dos tratados, são fontes as declarações, os estatutos e os regulamentos, as opiniões consultivas, as sentenças, outras resoluções jurisdicionais, as recomendações, os informes, os princípios, as relatorias, as conclusões de encontros internacionais, sucessivamente (RAMIREZ, 2011, p. 134).

Contudo, o âmbito internacional, como o interamericano, tem natureza coadjuvante ou complementar dos ordenamentos nacionais. Assim, espera-se, primeiramente, que o Estado resolva internamente uma questão envolvendo direitos humanos. Segundo o ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sérgio García Ramírez, a grande batalha dos direitos humanos se ganha no âmbito interno, por isso que é coadjuvante ou complementar a aplicação da lei internacional (BAZAN, 2015, p. 35-36).

Nesse sentido, Mazzuoli:

O controle de convencionalidade interno é o primário, e o controle de convencionalidade internacional o secundário. Assim entende a jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) e sobre esse ponto não há qualquer divergência. Os juízes e tribunais internos devem controlar em primeiro plano a convencionalidade das leis, restando o controle de convencionalidade pelos tribunais internacionais como tema subsidiário (2018, p. 49).

Quanto ao momento em que pode ser exercido, o controle pode ser feito a partir da ratificação pelo Congresso, não havendo necessidade do depósito e da promulgação de decreto presidencial. Para Conci, é ilógico que, internacionalmente, o Estado já esteja sendo obrigado, mas internamente não valha a lei internacional (2014, p. 08).

O controle de convencionalidade se estabelece, diferentemente do controle de constitucionalidade, a partir de um fluxo de normatividade que deriva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e não do Direito Nacional. Sendo assim, a produção de efeitos jurídicos pelo tratado internacional de direitos humanos em sede internacional já basta para que possam todas as autoridades, nacionais ou internacionais, exercerem o controle de convencionalidade (CONCI, 2014, p. 08).

O controle de convencionalidade, ainda, exige que ocorra um maior diálogo entre as cortes nacionais e internacionais, de modo a uniformizar a rede de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2014, p. 04).

Logo, as diversas legislações sobre Direitos Humanos e os diálogos entre as Cortes sobre essas normas de proteção configuram o que se chama de **rede**.

Entende-se por **rede** aquele conjunto de ferramentas, instituições ou pessoas relacionadas ou organizadas, formal ou informalmente, para a consecução de um determinado fim ou objetivo comum.

No caso da proteção dos Direitos Humanos, essa rede pode ser caracterizada como multinível e constitucional. Essa rede é articulada em vários níveis entre os quais não há uma relação de hierarquia, por meio do qual se exercem funções constitucionais e cujo objetivo principal é a harmonização dos ordenamentos jurídicos para assegurar a proteção efetiva dos indivíduos (ALVARADO, 2015, p. 268-269).

No âmbito americano, existem normas que permitem a interação judicial e os juízes, bem como as demais autoridades estatais, também são chamados a considerar a jurisprudência interamericana em virtude das ordens vinculantes dadas pelos juízes interamericanos em um caso específico (ALVARADO, 2015, p. 257-258)

O controle de convencionalidade, feito com seriedade, competência e acerto, favorece e fertiliza o diálogo jurisprudencial interno e internacional e, por conseguinte, toda a rede de proteção. Contribui a erigir, detalhar, enriquecer e impulsar a cultura jurídica comum, conforme o projeto favorecedor do ser humano e condutor do poder público (RAMIREZ, 2011, p. 129).

Aliás, Bazan, ao falar do sistema interamericano, deixa claro que o controle de convencionalidade somente será efetivo e justo se os juízes nacionais o fizerem com base nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devendo haver articulação e cooperação entre os tribunais internos e a Corte regional, em um verdadeiro diálogo judicial (BAZAN, 2015, p. 37).

Nas palavras de Conci, citando o diálogo regional americano:

Assim, é dever dos juízes nacionais respeitarem, não somente os tratados internacionais de direitos humanos, mas, também, e para além desse dever, estarem atentos aos precedentes criados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do momento em que esses Estados nacionais aderiram aos procedimentos e aceitaram a jurisdição da Corte IDH. (2014, p. 07)

Vale registrar, como defendido acima, que não se defende a completa subsunção dos Estados ao Direito Regional e dos juízes nacionais aos juízes regionais (por isso, não há falar em perda da soberania), mas defende-se que os direitos do indivíduo sejam considerados quando da análise do caso concreto (aplicação do princípio *pro persona*). Assim, seria possível concluir pela inaplicabilidade da legislação regional ou da interpretação conferida

pela Corte IDH a algum direito previsto na CADH, por ser a norma interna mais protetiva (CARVALHO; CALIXTO, 2019, p. 12)

Portanto, o controle de convencionalidade está inserido na rede de proteção dos direitos humanos, devendo ser exercido pelas Cortes nacionais, até por outros agentes públicos no exercício do seu mister, tendo como função precípua a proteção dos direitos humanos, pois, por meio desse controle, será aplicada a norma que melhor protege um direito humano, independentemente da hierarquia, como se verá a seguir.

4. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT

Nesta última etapa, esforçar-se-á para empreender uma construção, apriorística, sobre a natureza dos direitos humanos e fundamentais e como foi sua história de afirmação pelo mundo e pelo Brasil.

Pensa-se que este capítulo é importante a fim de cristalizar a ideia de que a Convenção 94 da OIT insere-se no ordenamento jurídico brasileiro como direito humano fundamental, fazendo parte do bloco de constitucionalidade, com base no artigo 5^a, § 2^o, da CRFB/88, motivo pelo qual deve ser aplicada, tendo como base o princípio *pro persona*.

Ao final, utilizando-se do controle de convencionalidade e do princípio *pro persona*, já estudados, far-se-á uma análise da aplicação dos institutos e a possibilidade de, com isso, chegar a um resultado diferente daquele obtido pelo STF.

4.1 DIREITOS DO TRABALHO COMO DIREITOS HUMANOS

Antes de realizar o devido controle de convencionalidade do artigo 71, da Lei n^o 8.666/93 e a aplicação do princípio *pro persona*, entende-se que é necessário um estudo para observar a evolução histórica dos direitos humanos e como os direitos sociais do trabalho podem ser tidos como tais.

4.1.1 A historicidade dos Direitos Humanos Sociais

Para Torrado, a história do processo de positivação dos direitos humanos começa ainda na Idade Média. Relata a Carta Magna Inglesa de 1215 e, citando Roscoe Pound, afirma que os direitos assegurados nesse documento se converteram em base propagandística de novas aspirações, que foram objeto de várias lutas durante o Reinado de Henrique III (TORRADO, 2015, p. 11).

O professor espanhol ainda cita três grandes culturas de direitos dessa época: a espanhola, a inglesa e a francesa, ainda que outros documentos sobre direitos sejam relatados na Hungria e na Itália (TORRADO, 2015, p. 12-13).

No entanto, como afirma, tais direitos são pactuados entre o soberano e os homens livres, como consequência das lutas mantidas contra o rei, assim como previa a Carta Magna Inglesa, ao dizer que “pelo amor de Deus e melhoramento do Reino e apaziguamento da

querela surgida entre o Rei e os Barões”, houve outorga de direitos a esses homens. Assim, os servos eram tratados de forma discriminatória, sem quaisquer direitos políticos ou civis (TORRADO, 2015, p. 14).

Durante os dois séculos que sucederam à chamada Idade Média, a Europa conheceu uma época de diminuição da concentração de poderes. Também foi quando se elaborou a teoria da monarquia absolutista, com Jean Bodin e Thomas Hobbes e se fundaram as colônias ibéricas ultramarinas (COMPARATO, 2017, p. 61).

No século XVIII, como resultado das insatisfações da burguesia com o clero e a nobreza, surgem a Independência Americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). Segundo Comparato, a democracia moderna, reinventada pelos americanos e franceses, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para acabar com os antigos privilégios. Entretanto, o espírito original dessa democracia não era a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável (2017, p. 63-64).

De todo modo, fica claro que o processo de criação de direitos passa pelas lutas sociais por melhores condições de vida, inicialmente mantidas entre o Rei e os barões ainda na Idade Média, bem como pela luta dos burgueses em face do absolutismo monárquico, já na Idade Moderna.

Para Bobbio, é uma ilusão a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos, que seria o fundamento irresistível no mundo das ideias, do modo como o poder absoluto é o poder irresistível no mundo das ações (2004, p. 12).

Ademais, traz outro ponto de vista interessante. É falsa a crença de que, se fosse encontrado um fundamento absoluto, a implementação dos direitos humanos seria eficaz. Basta verificar a história. Para ele, os ditos direitos naturais são, na verdade, direitos históricos.

Por isso, consigna: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (BOBBIO, 2004, p. 16).

Assim, ele admite uma crise de fundamentos dos direitos humanos. Em vez de superá-la, a tarefa deveria ser mais modesta, isto é, dever-se-ia buscar vários fundamentos possíveis, utilizando-se do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos e psicológicos.

Nesse sentido, é o escólio de Quinteiro, segundo a qual deve-se reconhecer a incapacidade atual de conferir uma razão absoluta aos direitos humanos e buscar direitos que solucionam os desafios de cada época vivida. Mais precisamente:

Incluso después de la negación postmoderna Del progreso de la razón en la historia de la humanidad, podemos lograr una posición equilibrada acerca de la posibilidad de comprender el entorno y actuar sobre él con criterios lógicos. Cabe, en efecto, aceptar nuestra incapacidad para dar con verdades absolutas y definitivas, atemporales y creer, sin embargo, en nuestra capacidad para consensuar razonablemente ‘verdades’ compartibles, no puramente aleatorias, susceptibles de guiar conductas acordadas y de responder a los desafíos de la época vivida (QUINTEIRO, 2016, p. 42)⁴².

Maruyama também entende que a concepção dos direitos humanos apresenta uma peculiaridade: ela tem uma base na natureza, mas precisa ser construída historicamente, “permanecendo num estado dinâmico de constante elaboração do espírito” (2010, p. 14). Para a autora, o aperfeiçoamento dos direitos humanos é dependente da evolução da linguagem.

A perfectibilidade é uma espécie de faculdade virtual que leva a humanidade ao aperfeiçoamento, que serve como princípio de modificação da natureza humana e aguarda, para se desenvolver e entrar em ação, as condições apropriadas providas do ambiente natural e do conjunto da obra humana (MARUYAMA, 2010, p. 12)

Dáí que se pode afirmar que os direitos surgem conforme a demanda da sociedade de cada época vivida. Essa atmosfera de pressões e conflitos faz surgir os direitos humanos e fundamentais. Os direitos humanos têm íntima ligação com a política, sendo que esta se desenvolve por meio de conflitos que nunca se resolvem em definitivo (BOBBIO, 2015, p. 205).

Esse é o caráter dialético dos direitos humanos. No escólio de Silveira e Rocasolano:

Também é necessário ressaltar o caráter dialético dos direitos humanos, o qual se traduz como uma tensão em todos os planos da realidade social delineada pela teoria desses direitos, como a que existe entre a ideologia dos direitos humanos dominante e os poderes sociais dominados, ou ainda entre os direitos reconhecidos pelo Estado como direitos fundamentais e os direitos humanos não positivados, mas socialmente exigidos (2010, p. 237)

Portanto, os direitos humanos são, na verdade, históricos, uma vez que se formulam e se edificam com base nas reivindicações de cada época. Com os direitos sociais, não é diferente.

⁴²Inclusive depois da negação pós-moderna do progresso da razão na história da humanidade, podemos alcançar uma posição equilibrada acerca da possibilidade de compreender o ambiente e atuar sobre os critérios lógicos. É necessário, na verdade, aceitar a nossa incapacidade para alcançar verdades absolutas e definitivas, atemporais e crer, sem contestar, na nossa capacidade para concordar razoavelmente “verdades” compartilháveis, não puramente aleatórias, suscetíveis de conduzir condutas acordadas e de responder aos desafios da época vivida. (Tradução livre).

Os direitos sociais, de modo geral, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, que possibilitam melhores condições de vida para a população, principalmente, para os mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 2007, p. 286).

Neste subcapítulo, será abordada apenas uma parte desses direitos sociais, quais sejam, os direitos do trabalho. Vale destacar que também são direitos sociais aqueles relativos à seguridade, à educação e cultura, à moradia, ao meio ambiente e relativos à família, criança, adolescente e idoso (SILVA, 2007, p. 287).

Fukuoka e Almeida, citando o entendimento de Enoque dos Santos Ribeiro, afirmam que o trabalho possui duas faces: é um serviço ou atividade, prestado por uma pessoa à empresa ou pessoa física e, de outro lado, é a principal fonte de renda para quem trabalha. Logo, graças a essa dupla natureza, o trabalho se diferencia dos bens e serviços colocados à disposição dos consumidores, pois a renda desempenha importante papel no nível de vida de uma coletividade (2017, p. 108).

Embora seja senso comum a expressão que o trabalho dignifica o homem, nem sempre na história assim se pensou. A escravidão foi uma das formas de organização do trabalho que reinou. Os nobres acreditavam que o trabalho faria perder sua dignidade. Os escravos, geralmente, eram prisioneiros de guerra ou inimigos que acabavam se tornando propriedade. A escravidão, embora rechaçada dentro da Europa desde o século XVIII, continuou em colônias européias até o século XX (MELO; BRAGA, 2010, p. 74-75).

Outra forma de organização do trabalho foi o sistema feudal, com predomínio na Idade Média. A economia feudal era fechada e sua produção visava à população interna dos feudos, com base na troca. Os servos estavam ligados à terra do seu senhor e não poderiam abandoná-las, ainda que não fossem considerados escravos, pois detentores de alguns direitos e proteção pelos senhores feudais. Ainda sobre a Idade Média, o autor português Leitão retrata bem o período

No âmbito dos centros urbanos, veio, porém, sucessivamente a desenvolver-se um novo modelo de relações de trabalho, baseado na existência de corporações e grêmios, que agrupavam os trabalhadores do mesmo ofício ou ofícios afins, subordinando-se os a um regulamento, onde se definiam as regras da profissão. Estes trabalhadores eram ordenados hierarquicamente, desde os aprendizes, passando pelos companheiros e oficiais, até chegar aos mestres, no topo da hierarquia, que atingiam esse estatuto após a realização de uma obra-prima. A corporação controlava assim o processo de trabalho, definindo os ritmos de laboração, podendo o respectivo regulamento estabelecer salários, bem como cláusulas restritivas da liberdade de trabalho. No exercício do poder regulamentar apenas participavam, no entanto, os mestres, a eles se subordinando os companheiros, os oficiais e os aprendizes, que normalmente estipulavam em

contrato próprio com os mestres os deveres e obrigações das partes. Por esse motivo se tem considerado que a regulação dos regimentos corporativos não visava tutelar os trabalhadores, ao contrário do que é apanágio do Direito do Trabalho, mas antes defender profissionalmente a classe que pagava os salários, através do estabelecimento de um regime de monopólio ou da fixação de salários máximos (2010, p. 25-26).

Contudo, foi no capitalismo que a exploração do trabalho ganhou os contornos vistos hoje. Assim observa Maurício Godinho Delgado:

O pressuposto histórico-material (isto é, trabalho livre) do elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surge, na história ocidental, como elemento relevante, a contar da Idade Moderna. De fato, apenas a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna verificaram-se processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho. Esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e do proprietário desses meios (DELGADO, 2011, p. 86-87).

A partir desse contexto de tecnologia, maximização dos lucros e descaso com o ser humano, começaram as primeiras reivindicações por melhores condições de trabalho. Isso ocorreu no auge da Primeira Revolução Industrial na Inglaterra, já no século XIX (COGGIOLA, 2010, p. 06).

Desse momento turbulento, algumas leis surgiram, a fim de atender aos anseios dos trabalhadores e acalmar os ânimos. Por exemplo, o *Peel's Act*, de 1802, que foi voltado a fixar certas restrições à utilização do trabalho de menores. Por outro lado, nessa época, as leis eram dirigidas a reduzir a violência brutal da superexploração, contudo, o espectro normativo trabalhista ainda era disperso, não podendo ser considerado como ramo autônomo do direito (DELGADO, 2011, p. 95).

O movimento ludista ocorreu em 1811 na Inglaterra, fruto de manifestações contra a substituição de mão-de-obra pelo maquinário. O nome do movimento deriva de um seus líderes, Ned Ludd. Avançando no tempo, na década de 1830, há o movimento cartista, também na Inglaterra, caracterizado pelo primeiro movimento de massa pugnando por melhores condições de trabalho. A Carta do Povo, a qual também continha reivindicações eleitorais, como direito a voto universal, não foi aprovada pelo Legislativo. Nesse período, foram criadas as *trade unions*, os primeiros sindicatos de trabalhadores ingleses, buscando segurança, melhores condições de vida e fortalecimento da luta operária (COGGIOLA, 2010, p. 06-08).

Com o fim de contribuir para a afirmação dos direitos sociais, alguns movimentos mundiais foram cruciais para a sua consolidação internacional.

Um desses marcos fundamentais está no “Manifesto Comunista”, de Marx e Engels, em 1848, muito embora o primeiro diga, em contraponto ao que é discutido neste trabalho sobre o valor social do trabalho e seu aspecto de integração social e dignidade do trabalhador, que o trabalho é considerado objeto da exploração e elemento de alienação (MARX, 1964, p. 264).

Para Marx, portanto, o Estado ostenta defender o bem comum do povo, mas, na verdade, ele protege o interesse da classe burguesa por meio da ficção jurídica, a qual já exerce um poder grande na sociedade civil em virtude da apropriação dos bens de produção (COMPARATO, 2006, p. 340).

É escusado lembrar, hoje, o formidável impacto que a crítica da sociedade burguesa, desenvolvida por Karl Marx, provocou no mundo inteiro. O movimento socialista em seu conjunto, e o comunista em particular, adquiriram com ela, desde a segunda metade do século XIX um impulso extraordinário, dando nascimento, no século seguinte, a experiências políticas de grande envergadura, para o bem e para o mal, em diferentes partes do mundo. Com isso, o próprio sistema capitalista sofreu, por reação, considerável influência em seu desenvolvimento. Não é preciso grande esforço de imaginação para perceber que a História contemporânea teria seguido um rumo bem diverso se Marx não tivesse existido (COMPARATO, 2006, p. 348).

De todo modo, é inegável que os pensamentos de Marx e Engels demonstravam aos trabalhadores os vários aspectos de exploração pelo capitalista e a necessidade de uma insurgência da massa operária.

A Encíclica Católica *Rerum Novarum* data de 1891 e também foi importante marco. Percebe-se do texto a preocupação com a urgência em socorrer a classe operária, com o objetivo de instruí-la da consciência de seus próprios valores e para a necessidade da solidariedade, para se evitar a corrupção dos costumes, diante da apatia do Estado quanto ao trabalho. Diferentemente do Manifesto Comunista, a Encíclica do Papa Leão XIII defendeu a propriedade privada, sugerindo uma conciliação entre o capital e trabalho (CARDOSO, 2017, p. 38).

Do outro lado do atlântico, a Constituição Mexicana de 1917 trazia uma ampla gama de direitos sociais. Foi baseada em um manifesto clandestino do grupo *Regeneración* em 1906, tendo sido a primeira a instituir os direitos dos trabalhadores como fundamentais, ao lado da liberdade e dos direitos políticos (COMPARATO, 2017, p. 190).

O grupo lançou clandestinamente um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917, entre eles, a reforma agrária e a proteção do trabalho assalariado (COMPARATO, 2017, p. 189).

Na Constituição Mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (conforme artigos 157 e seguintes). Chama a atenção o artigo 163 o qual deixa claro o dever do Estado de desenvolver a política de pleno emprego (COMPARATO, 2017, p. 207-208).

A Constituição de Weimar na Alemanha, em 1919, e as convenções aprovadas na Organização Internacional do Trabalho (OIT), também naquele ano, trilharam caminhos parecidos. A Constituição de Weimar foi instituída em uma Europa de profunda crise do Constitucionalismo Liberal. A carta é marcada por contradições dialéticas, em virtude da tentativa de conciliação entre o Liberal e o Social (BONAVIDES, 2007, p. 232). Nesse sentido, é Comparato, para quem a Constituição de Weimar se estruturava contraditoriamente procurando conciliar ideias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial (2017, p. 204).

Como consigna Bonavides, falando sobre as Constituições Sociais desse período:

A instabilidade e o compromisso marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde o seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do século XX, buscam formas de equilíbrio e transação na ideologia do Estado social. A trégua constitucional em meio ao conflito ideológico se fez unicamente em razão das fórmulas programáticas introduzidas nos textos das Constituições, sendo paradigma maior dessa criação teórica a Constituição de Weimar (BONAVIDES, 2007, p. 232).

A OIT foi criada em 1919, pelo Tratado de Versalhes (Parte XIII), que pôs fim à Primeira Grande Guerra Mundial. O órgão tem como objetivo principal estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações trabalhistas e garantir justiça social, por meio de suas convenções⁴³.

Cumprir registrar que a OIT reflete o credo de que a paz mundial somente será alcançada se for acompanhada de justiça social, conforme Preâmbulo da Constituição da Organização.⁴⁴

Aliás, com a Declaração da Filadélfia, em 1944, que definia os fins e objetivos da OIT, reafirma-se o caráter histórico dos direitos sociais. Pelo preâmbulo da Declaração é possível extrair que uma paz durável só pode ser estabelecida pela Justiça Social⁴⁵.

⁴³ Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

⁴⁵ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 16 dez. 2019.

Como diz Supiot, a Declaração da Filadélfia, além de um ato de fé, é um ato de razão, pois procede da experiência. Para ele, o instrumento que permite aos homens de qualquer país e de qualquer crença construir juntos uma ordem justa e extrair lições da experiência da barbárie é o Direito (2014, p. 20).

A Declaração da Filadélfia não pregava a destruição do capitalismo, mas desejava assegurar sua perenidade, inserindo os mercados num quadro normativo em que fosse possível seu funcionamento durante longo tempo (SUPIOT, 2014, p. 42).

O Brasil é um dos países fundadores da OIT. Desde a sua criação, os membros tripartites da OIT adotaram 189 Convenções Internacionais de Trabalho e 205 Recomendações sobre diversos temas (emprego, proteção social, recursos humanos, saúde e segurança no trabalho, trabalho marítimo etc.).⁴⁶

Logo, o Estado Social, que se seguiu ao Estado Liberal, pretendeu superar esse limite de realização do humano que a convivência política requer e justifica. Assim, com base nesse ideal de Justiça Social, partiu-se para a concretização de condições políticas, econômicas e jurídicas que garantissem a “realização” dos direitos fundamentais previsto nesse modelo de Estado (ROCHA, 1991, p. 16).

4.1.2 Os direitos humanos fundamentais. Os direitos humanos fundamentais do trabalho

Os direitos fundamentais referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico e são reservados para designar, no plano positivo, prerrogativas e instituições que concretizam garantias para uma convivência social digna, livre e igual entre as pessoas (SILVA, 2007, p. 178).

Há quem levante a questão se as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais possam ser usadas indistintamente. Bonavides aduz que o uso das expressões vem sendo feito de forma promíscua, anotando que, todavia, há emprego mais frequente de **direitos humanos** e **direitos do homem** entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência com a tradição e história, enquanto a expressão **direitos fundamentais** parece ficar adstrita aos publicistas alemães (2008, p. 560).

⁴⁶ Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

Entretanto, entende-se, neste trabalho, que os direitos fundamentais nada mais são que os direitos humanos positivados nas Constituições estatais, não havendo diferença ontológica entre eles (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 552).

De forma simplificada, Melo e Bonato afirmam que a expressão **direitos humanos** refere-se a uma esfera internacional, sendo de utilização pelos documentos internacionais, ao passo que **direitos fundamentais** se refere aos direitos positivados em uma Constituição (2017, p. 301).

Chaib afirma que:

O desenvolvimento dos Direitos Fundamentais pode ser observado em dois planos: nacional e internacional. Na esfera nacional, os Direitos Fundamentais são, nas democracias constitucionais, aqueles expostos e colocados na Constituição. No plano internacional, os Direitos Fundamentais, ou também chamados Direitos do Homem, são explicitados em diversos tratados e convenções, sendo a mais conhecida, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (2009, p. 44).

Continua o autor afirmando que, após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os ordenamentos jurídicos passaram a internalizar o que se chama de Direitos Humanos. Assim, já se começou a observar a transformação dos Direitos Humanos em Direitos Fundamentais (CHAIB, 2009, p. 45).

Cite-se, ainda, posicionamento de Sarlet, Marinoni e Mitidieiro, os quais conceituam e diferenciam direitos fundamentais e direitos humanos:

De acordo com o critério aqui adotado, o termo 'direitos fundamentais' se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal (2012, p. 249).

Cunha Júnior deixa certo que a evolução dos direitos fundamentais, assim como ocorre nos direitos humanos, também acompanha o processo histórico, as lutas sociais e os contrastes de regime políticos, assim como o progresso científico, técnico e econômico (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 569).

Sobre o tema, o autor afirma que apesar da importante contribuição das Declarações de Direitos (Direitos Humanos), no que tange à afirmação e ao reconhecimento desses direitos, elas careciam de força necessária para sua efetivação. Portanto, tal contingência fez com que se percebesse a necessária positivação de tais direitos, mediante o reconhecimento

dos direitos fundamentais. Assim, as Constituições estatais passam a subjetivá-los (destinando-os aos seus indivíduos), positivá-los (tratando-os em normas-princípios) e fundamentalizá-los, com o propósito de melhor garanti-los e efetivá-los (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 615). Esse fenômeno é tratado como **constitucionalização dos direitos fundamentais**. É quando, a grosso modo, os direitos humanos passam a ser direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais- dir-se-á com razão – só tem sentido quando positivados na Constituição, uma vez que sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações e ideia, mas não direitos protegidos sob a forma de normas de direito constitucional (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 615).

Silva afirma que, com base na Constituição, os direitos fundamentais são classificados em cinco grupos: os direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193 e seguintes), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225) (2007, p. 184).

No tocante ao objeto deste trabalho, vale citar que o direito do trabalho está disposto nos direitos sociais (de segunda geração, conforme já explanado nesta dissertação). Silva cita interessante classificação nesse particular, ao afirmar que os direitos sociais podem ser classificados como **direitos sociais do homem produtor** (como é o direito à liberdade de instituição sindical, direito de greve, direito ao emprego, etc.) e **direitos sociais do homem consumidor** (que não são ligados ao trabalho, mas aos direitos à saúde, educação, segurança social, desenvolvimento intelectual, direito à cultura, etc.) (2007, p. 287).

Além disso, pode-se dizer que os direitos fundamentais têm como características a historicidade, pois, assim como os direitos humanos, eles são resultado de um processo de afirmação, que envolve antecedentes, evolução, reconhecimento, constitucionalização e até universalização (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 619).

Outrossim, afirma-se que os direitos fundamentais são universais (porquanto são imprescindíveis à convivência humana e inerente a todos os seres humanos), inalienáveis (pois intransferíveis), imprescritíveis (não se perdem em razão do seu não exercício), irrenunciáveis (porquanto não podem os titulares deles disporem) e limitados (pois são confrontados com direitos fundamentais de outras pessoas) (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 619-621)

De outro vértice, vale registrar que a constitucionalização dos direitos humanos tem regime específico no Brasil, como se observa no artigo 5º, §2º, da CRFB/88: “Os direitos e

garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ressalte-se que, na instauração da Assembleia Nacional Constituinte, por proposta de Cançado Trindade, fez-se inserir em seu contexto o § 2º, no artigo 5º, visando a possibilitar o acolhimento dos tratados internacionais sobre direitos humanos como normas materialmente constitucionais (SANTOS, 2013, p. 19).

Aliás, segundo Trindade, portanto, por meio desse dispositivo constitucional, os direitos humanos previstos em tratados se incorporam ao ordenamento pátrio *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, tendo aplicação imediata (2001, p. 30).

Cunha Júnior, repelindo aqueles que entendem que os direitos fundamentais somente se encontram quando reconhecidos nas Constituições formais, afirma que a Constituição contém cláusula aberta que permite acolher os chamados **direitos materialmente fundamentais**, aqueles não previstos expressamente por ela, mas que, por força de sua essencialidade e de seu conteúdo, são direitos fundamentais, com a hierarquia dos direitos constitucionalizados (2011, p. 651).

A isso, Cunha Júnior nomeia de não tipicidade dos direitos fundamentais. Para ele, a Constituição aceita outros direitos além daqueles nele expressamente previstos, mostrando que a enumeração dos direitos fundamentais é aberta, exemplificativa (CUNHA JÚNIOR, 2011, P. 654).

Nesse sentido, Ramos também entende que o artigo 5º, §2º, da CRFB/88, permite reconhecer um bloco de constitucionalidade amplo, abarcando direitos previstos nos tratados internacionais de Direito Humanos. Para ele, os artigos referentes ao princípio da supremacia da Constituição e ao controle difuso e concentrado de constitucionalidade devem ser lidos como componentes do mecanismo de preservação do bloco de constitucionalidade como um todo, não somente da Constituição formal (2012, p. 12).

Em classificação dos direitos fundamentais, Silva diz que as três fontes dos direitos e das garantias são: os expressos, os decorrentes dos princípios e regimes adotados pela Constituição e os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo país (2007, p. 183).

Dallari, outrossim, também entendia, ainda em 1993, que, com base na regra do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, poderia ser sustentada a existência de direitos implícitos, fora da Constituição, mas desde que não contrária a alguma disposição constitucional (1993, p. 433).

Piovesan, ao tratar do tema, afirma que a Constituição de 1988, com base em seu artigo 5º, §2º, conferiu *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos (2010, p. 93).

Segundo a autora:

Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional (2010, p. 52).

Ainda, aduz a autora que, ao estabelecer diretrizes e linhas básicas, a Constituição não detém completude. A incompletude da Carta aponta para sua abertura, o que permite a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento político. Assim, pode a Constituição, citando Konrad Hesse, ser tida como ordem jurídica fundamental e aberta da comunidade (PIOVESAN, 2010, p. 56).

É verdade que houve certa confusão com base no §3º, do artigo 5º, da CRFB/88, que incluiu a possibilidade de tratados internacionais de direitos humanos serem equivalentes a emendas constitucionais.

No entanto, Silva deixa claro que a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos como se emendas constitucionais fossem apenas confere natureza de direito constitucional formal, pois natureza constitucional material terão sempre, ainda que não aprovadas como tais (2007, p. 183).

Piovesan nota que tal parágrafo veio, ao contrário, fortalecer o entendimento da incorporação automática dos tratados de direitos humanos, uma vez que apenas sedimentou a ideia de que os tratados de direitos humanos, caso aprovados por três quintos do Congresso, seriam considerados como Constituição formal, porquanto todo e qualquer tratado de direito humano já faz parte da Constituição material (2010, p. 94).

Parece ser esse também o entendimento de Santos, para quem, caso os tratados sobre direitos humanos não fossem aprovados nos termos de Emenda Constitucional – ainda que não desfrutem de qualidade formal de normas constitucionais – se revestiriam de características materialmente constitucionais (2013, p. 33).

Nesse sentido, Lopes:

Deve-se, desse modo, entender que os direitos e as garantias fundamentais não são apenas os que se encontram expressos na Constituição, mas também aqueles que possam hermenêuticamente decorrer do regime democrático adotado e dos princípios constitucionais previstos, além dos que se encontrem em documentos internacionais, desde que versem sobre direitos humanos (2009, p. 48).

Aliás, referindo-se ao bloco de constitucionalidade na ADI 595/ES, o Ministro Celso de Mello chegou a afirmar que a Constituição é muito mais que um conjunto de normas e princípios formalmente positivados (BRASIL, 2002).

Com isso, o STF pode considerar o bloco de constitucionalidade como um todo, e não somente as normas descritas na Constituição formal, como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade (LOPES, 2009, p. 54)

Logo, se um Tratado de Direitos Humanos é ratificado pelo país, tendo em vista seu conteúdo, deve ser considerado como direito fundamental, em face de expressa previsão no artigo 5^a, §2º, da CRFB/88.

A despeito do entendimento do STF proferido no bojo do processo do RE 466.343-SP, defende-se neste trabalho que os tratados de direitos humanos, independentemente se ratificados pelo país antes ou depois da EC 45/2004 e aprovados ou não por três quintos do Congresso Nacional, têm hierarquia constitucional pelos motivos expostos.

Cunha Júnior vai além quando o tema são os direitos dos trabalhadores. Para o autor, com o espírito da chamada por ele “não tipicidade dos direitos fundamentais”, o artigo 7º, da CRFB/88, tem previsão especial, porquanto ao dizer “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, autorizou o legislador constituinte a considerar constitucional não só as normas de direitos sociais previstas na constituição formal, mas também todas as normas infraconstitucionais que detêm conteúdo mais protetivo ao trabalhador (2011, p. 655).

Esse é o entendimento de Santos, outrossim, tendo em vista que, para ele, o princípio do não retrocesso social no direito ficou escancarado no texto constitucional e isso se extrai do caput do artigo 7º, da CRFB/88, em sua parte final, quando estabelece “além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (2018, p. 268).

E consigna:

Ora, o que o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, foi uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que ‘visem à melhoria de sua condição social’... Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada (emenda) ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador. Ela seria inconstitucional por justamente não

preencher esse requisito constitucional da melhoria da condição social do trabalhador (SANTOS, 2018, p. 268).

Portanto, seja por meio do artigo 5º, §2º, da CRFB/88, seja por meio do artigo 7º, da CRFB/88, os tratados de direitos humanos, quando mais protetivos, devem ser aplicados, em vista de sua estatura constitucional, estando acima, portanto, dos direitos previstos na legislação ordinária.

É verdade que a estatura dos tratados de direitos humanos é desimportante para o controle de convencionalidade já proposto neste trabalho, uma vez que se prega a instituição do princípio *pro persona*, isto é, aplicação da norma que melhor protege um direito humano (no caso, o trabalhador), independentemente da sua posição na hierarquia de normas. No entanto, é sempre interessante saber a importância desses tratados no ordenamento jurídico pátrio, não restando dúvidas de que, se o legislador constitucional os equiparou à Constituição material, é porque eles constituem essencial instrumento de efetivação dos princípios e direitos fundamentais.

No próximo subcapítulo, abordar-se-á a Convenção 94 da OIT e verificar-se-á se seu conteúdo é de direitos humanos, bem como sobre sua aplicabilidade ou não no ordenamento jurídico pátrio.

4.2 A CONVENÇÃO 94 DA OIT. TRATADO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos sociais, neles incluídos os direitos trabalhistas, uma vez que derivados da luta dos trabalhadores na história mundial e brasileira pela melhoria de condições de labor, são direitos humanos, levando em conta a característica central deles aqui defendida, qual seja, a sua historicidade, tendo como norte nesse estudo Norberto Bobbio.

Ademais, Pinto, tendo como base Bobbio, afirma que os direitos trabalhistas são históricos e que estes se conquistam, muitas vezes, por meio de barricadas, em um processo cheio de vicissitudes, sendo que necessidades e aspirações dos trabalhadores se articulam em reivindicações e lutas, antes de tornarem-se direitos reconhecidos (2016, p. 15).

No tocante ao Direito do Trabalho, o parágrafo 1º, do artigo 23, da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, proclama: “Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de seu trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

Assim, entende-se que as normas dispostas nas Convenções da OIT devem ser tidas como direitos humanos e, por isso, merecem atenção especial do intérprete em sua aplicação no controle de convencionalidade, dentro do contexto de pluralismo jurídico.

Nesse diapasão, encontram-se Leal e Alves, para quem resta patente que as convenções internacionais da OIT são tratados sobre direitos humanos (2017, p. 121), motivo pelo qual têm papel de destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Para Delgado, o Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário, e afirma que é por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas à liberdade e intangibilidade física e psíquica humana (2011, p. 81).

Por isso, consigna que os tratados e as convenções internacionais sobre Direito do Trabalho têm óbvia natureza de direitos humanos, sendo que, em caso de aparente conflito entre as regras internacionais e as regras legais, deve prevalecer o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (DELGADO, 2011, p. 154) – que nada mais é que a aplicação do que é defendido neste trabalho no que tange ao controle de convencionalidade, isto é, com critério material pela aplicação do princípio *pro persona*.

Esse é o entendimento também de Cassar, para quem o Direito do Trabalho é espécie do gênero **Direitos Humanos**, já que é o meio de instrumentalização do artigo XXIII⁴⁷, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (2016, p. 81)

A dignidade humana deve servir de fundamento último para o reconhecimento dos direitos trabalhistas como direitos humanos, pois, ao final, a dignidade é o ponto em comum de todos os trabalhadores e a sua preservação é o que legitima a garantia de direitos mínimos aos trabalhadores (PINTO, 2016, p. 14).

Quanto a esse aspecto, vale destacar que a OIT funciona como importante instituição para a proteção dos direitos trabalhistas pelo mundo.

A lo largo de los años, los avances jurídicos en la esfera de la protección jurídica del trabajador han sido muchos, y se deben, en gran parte, a la normativa internacional que se há desarrollado en el seno de la Organización Internacional del Trabajo

⁴⁷ 1 - Todos os seres humanos têm direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2- Todos os seres humanos, sem qualquer distinção, têm direito a igual remuneração por igual trabalho.

3 - Todos os seres humanos que trabalhem têm direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhes assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e complementada, se necessário, por outros meios de proteção social.

4 - Todos os seres humanos têm direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção dos seus interesses.

(OIT), consolidando una ‘categoria especial de derechos humanos’ [...], reconciliando un catálogo de garantías y derechos obligatorios de cuño universal al trabajador que le proporcione lo mínimo de dignidade en la consecución de su labor (PINTO, 2016, p. 15).⁴⁸

Aliás, ressalte-se que a aplicação das normas emanadas pelo OIT é objeto de controle pela organização. Ademais, os Estados devem apresentar relatórios sobre as convenções que foram objeto de ratificação, podendo ser apresentadas reclamações contra a não adoção das normas da organização por parte dos Estados, as quais podem dar origem a apreciação pública e avisos ao Estado (LEITÃO, 2010, p. 73).

Entretanto, é inegável que há relutância no manejo dessas normas no âmbito trabalhista. Muito embora o sistema normativo da OIT seja longo e abrangente, o direito brasileiro nunca se sentiu à vontade na aplicação das normas de Direito Internacional, especialmente, no que toca aos direitos sociais (CORDEIRO, 2018, p. 378).

Portanto, as normas brasileiras devem se adequar aos limites estabelecidos pelas Convenções da OIT, sob pena de não serem referendadas ao controle de convencionalidade (CORDEIRO, 2018, p. 378).

Quanto ao tema deste trabalho, vale frisar que a Convenção 94 da OIT é relativa a cláusulas de trabalho nos contratos de “autoridade pública”. Foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e entrou em vigor no plano internacional em 20 de setembro de 1952. No plano interno, ela foi ratificada pelo Congresso por meio do Decreto Legislativo nº 20 de 18/06/1965, sendo posteriormente editado Decreto Presidencial que autorizava a execução e o cumprimento da Convenção em 14/07/1966⁴⁹.

Os artigos 1 e 2 da Convenção dizem o seguinte:

Art. 1 — 1. A presente convenção se aplica aos contratos que preenchem as condições seguintes:

- a) **que ao menos uma das partes contratantes seja uma autoridade pública;**
- b) que a execução do contrato acarrete:
 - I) o gasto de fundos por uma autoridade pública;
 - II) o emprego de trabalhadores pela outra parte contratante;
- c) que o contrato seja firmado para:
 - I) a construção, a transformação, a reparação ou a demolição de obras públicas;

⁴⁸ Tradução livre: Com o passar dos anos, os avanços jurídicos na esfera de proteção jurídica do trabalhador têm sido muitos e se devem, em grande parte, à normativa internacional que tem sido desenvolvida no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), consolidando uma “categoria especial de direitos humanos” [...], reconhecendo um catálogo de garantias e direitos obrigatórios de cunho universal ao trabalhador que lhe proporcione o mínimo de dignidade na realização de seu labor.

⁴⁹ A Convenção 94 da OIT continua em vigor, conforme disponível no sítio brasileiro da agência na rede mundial de computadores. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

II) a fabricação, a reunião, a manutenção ou o transporte de materiais, petrechos ou utensílios;

III) **a execução ou o fornecimento de serviços;**

d) que o contrato seja firmado por uma autoridade central de um Membro da Organização Internacional do Trabalho, para o qual esteja em vigor a convenção.

2. A autoridade competente determinará em que medida e sob que condições a convenção se aplicará aos contratos firmados por autoridades que não sejam as autoridades centrais.

3. A presente convenção se aplica aos trabalhos executados por subcontratantes ou por cessionários de contratos; medidas apropriadas serão tomadas pela autoridade competente para assegurar a aplicação da convenção aos referidos trabalhos.

[...]

Art. 2 — 1. Os contratos aos quais se aplica a presente convenção **conterão cláusulas garantindo aos trabalhadores interessados salários**, inclusive os abonos, um horário de trabalho, e **outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis do que as condições estabelecidas para um trabalho da mesma natureza**, na profissão ou indústria interessada da mesma região:

a) seja por meio de convenção coletiva ou por outro processo, resultado de negociações entre organizações de empregadores e de trabalhadores, representativas de uma porção substancial dos empregadores e dos trabalhadores da profissão ou da indústria interessada;

b) seja por meio de sentença arbitral;

c) **seja por meio de legislação nacional.** (Grifou-se).

Portanto, a Convenção exige a incorporação do dispositivo de proteção que estabelece em todos os instrumentos celebrados por autoridades públicas que ensejem a ativação e o emprego de trabalhadores para a construção de obras públicas ou fornecimento de bens e serviços, sempre que referidos contratos envolvam gastos de recursos públicos. A Convenção se estende aos cessionários dos contratos, aos subcontratados ou a quem tenha sido transferida parte dos direitos ou das obrigações previstos nas cláusulas do instrumento originário (ALVES, 2014, p. 115).

Para se verificar o alcance da norma internacional, destaca-se o disposto na Oficina Internacional do Trabalho em Genebra⁵⁰, de 2008, item 101, sobre a as intenções do artigo 2, da referida convenção,

En lo que respecta a las cláusulas de trabajo incorporadas en los contratos públicos, la Comisión, sobre la base de las informaciones de que dispone, puede distinguir tres modelos. El primero consiste en cláusulas en conformidad con los requisitos del Convenio dado que requieren que el contratista respete la norma más alta fijada en el plano local. El segundo consiste en cláusulas que figuran en los contratos públicos en las que se reitera la obligación del contratista de respetar la legislación nacional (en ciertas oportunidades se menciona específicamente la legislación laboral y la legislación del empleo), y, por tanto, prevén reparaciones por incumplimiento de contrato, además de los procedimientos de reparación previstos en la legislación laboral. El tercero consiste en cláusulas generales, en condiciones contractuales o en procedimientos de licitación que, si bien no están concebidos para tratar cuestiones relacionadas con las condiciones del trabajo, pueden no obstante utilizarse para ese

⁵⁰ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 04 dez. 2019.

fin. Sólo el primero de estos modelos corresponde a las exigencias específicas del Convenio núm. 94.⁵¹

Vale dizer que, para a aplicação correta da Convenção 94 da OIT, conforme interpretação da própria OIT (intérprete autêntica de suas Convenções), no que diz respeito aos empregados de empresas contratadas pela Administração Pública, devem ser aplicadas cláusulas de trabalho mais protetivas, independentemente se estão na legislação nacional, convenções ou laudos arbitrais. Ou seja, é a aplicação da norma mais favorável.

Outrossim, poder-se-ia argumentar que o artigo 2 estaria falando apenas em igualdade salarial. Todavia, entende-se que “outras condições de trabalho” dizem respeito a um aspecto muito mais amplo, que envolve medidas de segurança e saúde no trabalho, descansos semanais, férias, além, é claro, de garantias de recebimento do salário (o que é defendido neste trabalho). Nesse sentido, o disposto na Oficina Internacional do Trabalho em Genebra⁵², de 2008, item 104, Quadro 2:

A menos que el salario y las condiciones de trabajo aplicados en la ejecución de un contrato celebrado por las autoridades públicas sean muy claramente más favorables que las que hubieran sido establecidas por medio de un contrato colectivo, un laudo arbitral o por la legislación o la reglamentación nacional, es necesario evaluar el nivel de los salarios y de las condiciones de trabajo existentes en una determinada región y para un cierto tipo de trabajo, a fin de que el salario y las condiciones de trabajo de los contratos públicos se fijen de modo que sean al menos igualmente favorables. En la práctica esto significa que respecto del salario, horas extraordinarias, remuneración por las horas extraordinarias, **descanso semanal, vacaciones y licencia en caso de enfermedad**, etc (grifou-se) debe hacerse un estudio de la legislación o la reglamentación aplicable, seguido por una evaluación a fin de comprobar si estas normas han sido mejoradas por medio de un laudo arbitral o, por último, de un convenio colectivo que abarque a un número sustancial de empleadores y trabajadores.⁵³

⁵¹ Tradução livre: Em respeito às cláusulas de trabalho incorporadas nos contratos públicos, a Comissão pode distinguir três modelos. O primeiro consiste em cláusulas em conformidade com os requisitos do Convênio dado que requerem que o contratado respeite a norma mais protetiva fixada no plano local. O segundo consiste em cláusulas que figuram nos contratos públicos em que se reitera a obrigação do contratado de respeitar a legislação nacional e, portanto, preveem reparações por descumprimento do contrato, além das reparações previstas na legislação laboral. O terceiro, consiste em cláusulas gerais, em condições contratuais ou em procedimentos de licitação que, ainda que não concebidos para tratar de questões relacionadas com as condições do trabalho, podem, entretanto, utilizar-se para esse fim. Apenas o primeiro destes modelos corresponde às exigências específicas da Convenção núm. 94.

⁵² Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁵³ Tradução livre: A menos que o salário e as condições de trabalho aplicados na execução de um contrato celebrado pelas autoridade públicas sejam muito mais favoráveis que as que são estabelecidas por meio de um contrato coletivo, um laudo arbitral ou legislação ou regulamentação nacional, é necessária avaliar o nível de salários e as condições de trabalho existentes em uma determinada região e para um certo tipo de trabalho, a fim de que o salário e as condições de trabalho dos contratos públicos se fixem de modo que sejam, ao menos, igualmente favoráveis. Na prática, isso significa que, em respeito ao salário, horas extraordinária, remuneração das horas extraordinárias, descanso semanal, férias e licença por enfermidade, etc, deve fazer-se um estudo da legislação ou regulamentação aplicável, seguido por uma avaliação a fim de comprovas se essas normas têm sido

Destaca-se o Informe da Comissão de Peritos⁵⁴ em 2019⁵⁵, no qual, em análise sobre a aplicação de Convenções e Recomendações, na situação específica de Ruanda, assim asseverou:

Así, si la legislación establece un salario mínimo pero los trabajadores de una determinada profesión perciben verdaderamente salarios más elevados, el Convenio exigiría que todo trabajador contratado para la ejecución de un contrato público — en el mismo ámbito y por un trabajo del mismo tipo — tuviese derecho a percibir el salario que se paga generalmente y no el salario mínimo prescrito en la legislación.⁵⁶

Isto é, deve haver isonomia entre trabalhadores terceirizados na iniciativa privada e aqueles, em igual condição, que prestam serviços à Administração Pública. Fere a Convenção referida se um trabalhador da mesma profissão recebe em contrato privado salário maior que aquele que presta serviços por intermédio de contrato público.

Pela descrição acima, é possível extrair que a OIT não quer somente que empregados terceirizados tenham salários iguais, quando estejam na mesma profissão, mas que também haja igualdade de condições de trabalho. Isso não é possível se um trabalhador terceirizado na iniciativa privada tem melhores condições de receber seu salário (por meio da aplicação do artigo 5º-A, §5º, da Lei 6.019/74) do que um terceirizado na Administração Pública (que terá o impedimento do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93).

Ainda, vale ressaltar o Informe da Comissão de Peritos em 2016⁵⁷, no caso específico de Gana, momento no qual assim se estabeleceu:

Además, la Comisión tomó nota anteriormente de que los principios generales establecidos en la Ley del Trabajo no garantizan automáticamente a los trabajadores

melhoradas por meio de um laudo arbitral ou, por último, uma convenção coletiva que abarque um número substancial de empregadores e trabalhadores.

⁵⁴ O Comitê de Peritos foi fundado em 1926 para examinar os relatórios governamentais sobre o cumprimento das Convenções ratificadas. Hoje é composto por 20 eminentes juristas indicados por entes governamentais com mandato de três anos. Os peritos vêm de diferentes regiões, sistemas jurídicos e culturas. O papel do Comitê de Peritos é conferir uma análise imparcial e técnica sobre a aplicação dos padrões internacionais de direitos laborais da OIT. Disponível em: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang-en/index.htm>. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁵⁵ Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1_ffSbqreiYu5waEpTHZVuUOSZcjETHXh/view. Acesso em: 03 dez. 2019.

⁵⁶ Tradução livre: Assim, se a legislação estabelece um salário mínimo, mas os trabalhadores de uma determinada profissão percebem verdadeiramente salários mais elevados, a Convenção exigiria que todo trabalhador contratada para a execução de um contrato público – no mesmo âmbito e para um trabalho do mesmo tipo – tivesse direito a perceber o salário que se paga na generalidade e não o salário mínimo prescrito na legislação.

⁵⁷ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_448723.pdf. Acesso em: 03 dez. 2019.

concernidos condiciones laborales que no sean menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la misma región por medio de un contrato colectivo, de un laudo arbitral o de la legislación o reglamentación nacionales. La aplicación de la legislación laboral de carácter general no es suficiente por sí misma para garantizar la aplicación de las disposiciones del Convenio, por cuanto las normas mínimas fijadas por ley suelen ser mejoradas por medio de convenios colectivos u otras reglamentaciones.⁵⁸

Nesse sentido foi a orientação conferida ao Iêmen, no Informe, na qual a Comissão também afirmou que a mera aplicação da Lei Geral Trabalhista não é suficiente para garantir a aplicação escoreta da Convenção, diante da possibilidade de melhorias sociais advindas das convenções coletivas.

Ora, se a Comissão de Peritos entende que nem a aplicação da “Lei Geral Trabalhista” (o que se inclui, obviamente, a responsabilidade objetiva e subsidiária do tomador de serviços no caso brasileiro), por si só, não é capaz de garantir a aplicação escoreta da Convenção 94 da OIT, porquanto deverão ser respeitadas, também, outras normas mais favoráveis dispostas em convenções coletivas e outras regulamentações, com mais razão, fere-se a Convenção quando nem as normas gerais do trabalho, quando mais benéficas, são respeitadas nas contratações públicas.

Ressalta-se a opinião emitida pela Oficina Internacional do Trabalho em Genebra⁵⁹, de 2008, item 18, sobre a aplicação da Convenção 94 da OIT, no caso específico, sobre os objetivos da referida Convenção e Recomendação 84 da OIT, na qual se estabeleceu “De una manera más general, se reconoce que las cláusulas de trabajo equitativas en los contratos públicos pueden desempeñar un papel útil para conseguir y mantener un elevado nivel de protección social en el marco nacional. [...]”.⁶⁰

Não obstante, outro dispositivo da Convenção 94 estipula a obrigatoriedade do Estado que a ratificou e que contrata trabalhadores por meio de empresas interpostas a adotar medidas que garantam a fruição do salário, como o item 2, do artigo 5º:

Art.5 [...]

⁵⁸ Tradução livre: Ademais, a Comissão tomou nota anteriormente de que os princípios gerais estabelecidos na Lei do Trabalho não garantem automaticamente aos trabalhadores condições laborais que não sejam menos favoráveis que as estabelecidas para um trabalho de igual natureza na mesma região, por meio de um contrato coletivo, laudo arbitral ou legislação ou regulamentação nacionais. A aplicação a legislação laboral de carácter geral não é suficiente por si mesma para garantir a aplicação das disposições da Convenção, uma vez que as normas mínimas fixadas por lei são melhoradas por meio das convenções coletivas e outras regulamentações.

⁵⁹ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁶⁰ Tradução livre: De uma maneira geral, se reconhece que as cláusulas de trabalho equitativas nos contratos públicos podem desempenhar um papel útil para conseguir manter um elevado nível de proteção social no marco inicial

2. Medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, **seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito.**

Isto é, o artigo 5º estipula cláusula internacional que garanta aos trabalhadores que prestam serviços à Administração seus salários, por quaisquer meios legalmente permitidos, inclusive a retenção dos pagamentos devidos em função do contrato da prestadora com a Administração.

Vale ressaltar opinião emitida pela Oficina Internacional do Trabalho em Genebra⁶¹, de 2008, item 165, sobre a aplicação da Convenção 94 da OIT, em especial, sobre a retenção para pagamento dos trabalhadores:

En el párrafo 2 del artículo 5 del Convenio se insta a la adopción de medidas apropiadas, incluida la retención de los pagos devengados en virtud de contrato o cualquier otra medida, a fin de que los trabajadores empleados en la ejecución de contratos públicos reciban los salarios que se les adeudan. Esta obligación es independiente de incluir cláusulas de trabajo en los contratos públicos y de cualquier otro recurso de que dispongan los trabajadores que no hayan percibido los salarios debidos. La retención de pagos debe considerarse como garantía adicional para los trabajadores afectados, incluso cuando quede expedita la vía judicial ordinaria para reclamar el pago de los salarios adeudados⁶²

É possível chegar à conclusão de que a retenção dos salários pela Administração Pública é um mecanismo adicional, porém o que a norma traz é a obrigação de que a Administração Pública garanta o recebimento dos salários por parte dos trabalhadores terceirizados.

Em vista do exposto, percebe-se que a Convenção 94 da OIT, a qual tem conteúdo de direitos fundamentais, em vista do disposto no artigo 5º, §2º, e artigo 7º, *caput*, da CRFB/88 deve ser aplicada ao caso de inadimplemento de verbas trabalhistas das empresas terceirizadas a fim de responsabilizar a Administração Pública objetivamente.

Conforme afirma Alves, a Convenção expressa a efetivação das normas sociais por meio das contratações públicas. Logo, pugna-se por um modelo de desenvolvimento que combine competitividade econômica com justiça social. Representa-se, assim, um efetivo

⁶¹ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁶² Tradução livre: No parágrafo 2 do artigo 5 da Convenção insta-se a adota medidas apropriadas, incluída a retenção dos valores devidos no contrato ou qualquer outra medida, a fim de que os trabalhadores empregados na execução de contratos públicos recebem seus salários. Esta obrigação é independente de incluir cláusulas de trabalho nos contratos públicos ou qualquer outro recurso que disponham os trabalhadores que não perceberam seus salários. A retenção deve considerar-se como garantia adicional para os trabalhadores afetados, inclusive quando utilizada a via judicial para relação dos salários devidos.

instrumento a ser utilizado pelas autoridades estatais para apoiar e sustentar um modelo de sustentabilidade social (2014, p. 117).

O efetivo controle de convencionalidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 será aventado no próximo subcapítulo, com base nessa Convenção.

4.3 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO PERSONA*

Como se viu, o problema do presente trabalho é a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente e objetivamente a Administração Pública em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas, com base em um controle de convencionalidade pela aplicação do critério material de escolha das normas (princípio *pro persona*).

Tem-se como hipótese que, no julgamento da ADC 16 e do Recurso Extraordinário 760.931, o Supremo Tribunal Federal, uma vez que ausente a matéria constitucional, não levou em conta a discussão sobre a incidência de normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil sobre o tema.

Costa e Gomes, nesse sentido, afirmam que não foi realizado o controle de convencionalidade no julgado da ADC 16 pelo STF e, por essa razão, não foi observada a Convenção 94 da OIT. O STF teria se limitado a examinar a matéria sob a ótica da Constituição Federal. E arrematam: “Dessa forma, para que a autoridade do julgado na ADC 16 não seja violada, propõe-se uma interpretação do tema à luz da Convenção 94 a fim de estabelecer um novo parâmetro investigativo acerca da responsabilidade em caso de terceirização” (2016, p. 136).

Aliás, nem poderia ser diferente, tendo em vista que, em ações dessa natureza, não há lide nem partes confrontantes. O seu fim é somente resolver suposta compatibilidade ou não vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 352). Logo, não era de se esperar que o STF enfrentasse a questão sob a ótica do controle de convencionalidade. O parâmetro seria outro.

É verdade que as normas internacionais sobre Direitos Humanos têm status materialmente constitucional, ainda que não aprovadas nos termos do artigo 5º, §3º, da CRFB/88.

No entanto, não foi assim que o STF decidiu quando do julgamento a respeito da possibilidade da prisão do depositário infiel (RE 466.343). Na ocasião, adotou-se a tese da suprallegalidade dos tratados de Direitos Humanos, que não foram aprovados como se Emenda Constitucional fossem (artigo 5º, §3º, da CRFB/88). Isto é, pelo critério hierárquico das normas, estariam acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal.

De toda sorte, como foi defendido até o momento, prega-se pelo controle de convencionalidade pelo critério material, por meio do qual deixa-se de lado a hierarquia das normas, aplicando-se o princípio *pro persona*, isto é, na concorrência entre as mais diversas normas deve ser aplicada aquela que melhor protege o direito humano, no caso em específico, a que melhor protege o trabalhador.

Registre-se, mais uma vez, que esse princípio tem como intuito ampliar ao máximo o gozo de todo e qualquer direito humano, considerando que as normas não se excluem, mas se completam (CONCI, GERBER; PEREIRA, 2018, p. 107), no ambiente de pluralismo jurídico aqui defendido.

A Convenção Internacional nº 94 da OIT versa sobre “Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgão Públicos” e foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 20/65 e promulgada pelo Decreto nº 58.818/66.

Conforme o artigo 2º, da Convenção, o contrato administrativo – segundo a norma ratificada pelo Brasil – tem a obrigação de garantir os salários e deve conter normas que não sejam inferiores àquelas estabelecidas aos demais empregados por meio da legislação ordinária.

Portanto, entende-se que essa norma é mais benéfica que o disposto no artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, o qual isenta a Administração pela responsabilidade dos créditos trabalhistas inadimplidos pela prestadora de serviços. Ademais, não poderia o país invocar as disposições de seu direito interno com a finalidade de justificar o inadimplemento de um tratado internacional, conforme teor do artigo 27 da Convenção de Viena.

Logo, utilizando-se da inteligência dessa norma mais benéfica, se é possível responsabilizar as empresas privadas tomadoras de serviço pelo inadimplemento das verbas que deveriam ser pagas pela empresa terceirizada, nos termos do artigo 5º-A, §5º, na Lei nº 6.019/74, com essa razão, deve-se responsabilizar a Administração Pública subsidiariamente, sem a necessidade de se provar culpa na fiscalização do contrato.

Esse é o entendimento de Alves, para quem

Ao preconizar a efetivação das normas sociais por meio das contratações públicas, a convenção obriga a inserção de uma cláusula padrão nos contratos públicos compelindo os empreiteiros e licitantes em geral a alinhar as condições de emprego e de trabalho oferecidos aos seus empregados com aquelas praticadas no mesmo segmento econômico, na localidade geográfica em questão.

Isto é, não podem os licitantes oferecer condições de trabalho a seus empregados de modo distinto daqueles oferecidos a outros empregados no segmento. No entanto, como todos os empregados de todos os segmentos econômicos possuem a garantia de responsabilizar o tomador de serviços em caso de inadimplemento dos seus verdadeiros empregadores, não podem os trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública terem garantias inferiores.

Sobre o princípio da norma mais favorável, Alves é incisivo ao dizer que a autoridade pública deve atender às leis nacionais e a todas as regras aplicáveis. Nos casos em que leis nacionais ou outros preceitos pertinentes tratem da questão definida em cláusula trabalhista disposta nos contratos públicos, deve-se aplicar a lei mais favorável aos trabalhadores (2014, p. 147).

Registre-se a tese aprovada junto ao XVI CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), de autoria do Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, Fabiano Coelho de Souza, sobre o controle de convencionalidade do artigo 71, da Lei nº 8.666/93, e da prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, em razão da aplicação das disposições da Convenção 94 da OIT:

Ementa: Controle de convencionalidade do Art. 71 da Lei 8.666/93. Questão não enfrentada pelo STF quando do julgamento da ADC 16. **Prevalência da responsabilidade da Administração Pública na condição de tomadora de serviços em relação aos créditos dos trabalhadores terceirizados, incluindo matéria acidentária e prestação de serviços em contratos de obras. Aplicação da Convenção 94 da OIT (grifou-se)**, sobre cláusulas de trabalho em contratos com órgãos públicos, tratado internacional de direitos humanos devidamente ratificado pelo Brasil, e integrante do bloco de constitucionalidade ou, ao menos, com estatura de norma supralegal e hierarquicamente superior à Lei de Licitações.

O autor da proposta da tese acima exposta esclarece ainda mais, a respeito do referido artigo 2º:

O aspecto fundamental da Convenção 94 é que o trabalhador terceirizado no setor público não pode desenvolver o trabalho em condições que sejam menos favoráveis do que as estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região (Art. 2-1). Com isso, o controle de convencionalidade do Art. 71 da CLT traz ínsita a conclusão de que não é possível

fragilizar a proteção ao crédito do trabalhador terceirizado em relação aos empregados da iniciativa privada. **Assim, se o ordenamento jurídico permite a imposição de responsabilidade objetiva ao tomador de serviços esta é a medida de proteção a ser aplicada aos terceirizados no setor público** (grifou-se) (COELHO, 2012).

Não obstante, outro dispositivo da Convenção 94 estipula a obrigatoriedade do Estado que a ratificou e que contrata trabalhadores por meio de empresas interpostas a adotar medidas que garantam a fruição do salário, como o item 2, do art. 5º:

Art. 5º [...]

2. Medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, **seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito.**

Do jeito que ocorre com o artigo 2º, da Convenção, considera-se que o artigo 5º é mais protetivo que o disposto no artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, porquanto estipula cláusula internacional que garante aos trabalhadores que prestam serviços à Administração seus salários, por quaisquer meios legalmente permitidos, inclusive a retenção dos pagamentos devidos em função do contrato da prestadora com a Administração.

Vale ressaltar opinião emitida pela Oficina Internacional do Trabalho em Genebra⁶³, de 2008, item 165, sobre a aplicação da Convenção 94 da OIT, em especial sobre a retenção para pagamento dos trabalhadores:

En el párrafo 2 del artículo 5 del Convenio se insta a la adopción de medidas apropiadas, incluida la retención de los pagos devengados en virtud de contrato o cualquier otra medida, a fin de que los trabajadores empleados en la ejecución de contratos públicos reciban los salarios que se les adeudan. Esta obligación es independiente de incluir cláusulas de trabajo en los contratos públicos y de cualquier otro recurso de que dispongan los trabajadores que no hayan percibido los salarios debidos. La retención de pagos debe considerarse como garantía adicional para los trabajadores afectados, incluso cuando quede expedita la vía judicial ordinaria para reclamar el pago de los salarios adeudados⁶⁴

Isto é, uma das medidas eficazes para garantir o adimplemento do crédito trabalhista é pagando-se diretamente ao trabalhador, conforme preconiza a Convenção 94 da OIT, sendo

⁶³ Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 04 dez. 2019.

⁶⁴ Tradução livre: No parágrafo 2 do artigo 5 da Convenção insta-se a adota medidas apropriadas, incluída a retenção dos valores devidos no contrato ou qualquer outra medida, a fim de que os trabalhadores empregados na execução de contratos públicos recebem seus salários. Esta obrigação é independente de incluir cláusulas de trabalho nos contratos públicos ou qualquer outro recurso que disponham os trabalhadores que não perceberam seus salários. A retenção deve considerar-se como garantia adicional para os trabalhadores afetados, inclusive quando utilizada a via judicial para relação dos salários devidos.

possível a previsão de consignação em pagamento na Justiça do Trabalho de modo a garantir a quitação total dos haveres contratuais (CASTRO, 2017, p. 208).

Logo, se há uma cláusula garantidora dos salários dos trabalhadores e a Administração não se precaveu com a retenção dos valores devidos à prestadora para pagamento dos obreiros, sua responsabilização é automática no processo, desde que, obviamente, como já se falou neste trabalho, esteja no polo passivo da ação e tenha produzido o devido contraditório. Entende-se que se a Administração não foi eficiente o suficiente para prevenir o inadimplemento das verbas trabalhistas pela empresa terceirizada, não conseguiu o intento de cumprir com o item 2, do artigo 5º, devendo ser responsabilizada objetivamente ou, pelo menos, na forma de culpa presumida.

Ademais, vale ressaltar que o TCU (Tribunal de Contas da União), por meio do Acórdão nº 1.214/2013⁶⁵, em recomendação à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento e Gestão da União, como forma de garantir o adimplemento das verbas trabalhistas e uma eficaz fiscalização durante a execução do contrato, deixou certo que a Administração está autorizada a realizar os pagamento de salários diretamente aos empregados, bem como contribuições previdenciária e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), quando estes não forem honrados pelas empresas e que esses valores podem ser retidos cautelarmente e depositados junto à Justiça do Trabalho, quando não for possível o pagamento administrativo por falta de documentação pertinente. Vale ressaltar que tal decisão é vinculativa não só para a União, mas também para Estados e Municípios, conforme consagra a Súmula 222 desse Tribunal⁶⁶.

Infelizmente, o TCU, no Acórdão mencionado, não realizou o devido controle de convencionalidade, defendido neste trabalho, o qual deve ser feito por qualquer autoridade pública, inclusive pelos órgãos de controle. O que se vê no acórdão é a utilização da Lei nº 8.666/93 como substrato para a decisão, mas não a Convenção 94 da OIT que, ainda que se use a técnica do STF de admissão das normas internacionais, teria status supralegal e, portanto, superior à legislação ordinária. De todo modo, vê-se que o TCU decidiu, de modo

⁶⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Representação TC 006.156/2011-8. Interessada: Secretaria-Geral Adjunta de Controle Externo (Adgecex). Re. Min. Aroldo Cedraz, DF, 22 de maio de 2013. Diário da Justiça, Brasília-DF, 22 de maio de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/1214/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/1/%20?uuiid=e73b06e0-b9e7-11e9-bfbc-9156ef958f16>. Acesso em: 08 ago. 2019.

⁶⁶ “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

reflexo, conforme a Convenção aqui estudada, oportunizando à Administração Pública o pagamento direto aos trabalhadores.

Pelo exposto, é possível dizer que a Convenção mencionada, em seu artigo 5º, item 2, exige que o Estado adote medidas a fim de permitir que os trabalhadores recebam os salários a que tem direito, pelo menos, nas condições dos trabalhadores de empresas terceirizadas do âmbito privado.

Compreende-se que, se a Administração foi incapaz de evitar o prejuízo dos trabalhadores pelo inadimplemento da empresa terceirizada, a ela deve ser imputada, ao mínimo, a culpa presumida, porquanto não logrou êxito em “permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito”.

Aliás, cite-se Instrução Normativa nº 06 (BRASIL, 2018), expedida pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para cumprimento da Convenção 94 da OIT, a qual dispõe, em seu artigo 2º, inciso IV, §§1º e 2º, que caso não haja comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas pelas empresas terceirizadas, poderá o ente público reter a fatura mensal e, caso não feita a regularização em 15 dias, realizar o pagamento direto aos trabalhadores.

Portanto, verifica-se que a Administração Pública, pelo menos no âmbito federal, assumiu o verdadeiro intento da Convenção 94 da OIT, de modo que, se houver o prejuízo dos trabalhadores em seus salários, é porque não foi realizado o devido cumprimento do artigo 2º, §§1º e 2º, da Instrução Normativa acima referida.

Parece ser esse o entendimento de Coelho, para quem a Convenção, no item 2 do artigo 5º, de certo modo, deixa claro que a Administração Pública sempre tem responsabilidade pelo recebimento dos créditos trabalhistas dos terceirizados que lhe prestam serviços, inclusive devendo tomar medidas mais extremadas que a retenção das faturas, como o pagamento direto aos trabalhadores. E assim consigna

Deste modo, é certo que o poder público sempre tem responsabilidade pelo recebimento dos créditos trabalhistas dos terceirizados que lhe prestam serviços, devendo ser adotada todas as medidas necessárias, sejam as preventivas, de retenção das faturas, sejam as mais extremadas, de pagamento direto pelo próprio ente contratante. Assim afirmamos porque a convenção 94 neste ponto não dá outra diretriz a ser cumprida pelo poder público que não seja garantir de alguma maneira o recebimento dos salários e vantagens trabalhistas por parte do terceirizado inserido em seus contratos com particulares (2012, s.p.).

Nesse sentido, vale citar decisão da Juíza do Trabalho, Mônica Rodrigues Carvalho, a qual, ao analisar Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho – que

requeria que o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes incluísse cláusulas assecuratórias dos direitos trabalhistas – assim decidiu:

Ainda que se reconheça que a cláusula contratual do seguro-garantia pactuada pelo réu atenda à finalidade de garantir recursos para pagamento dos direitos trabalhistas dos empregados da contratante/licitante, e à exceção da cláusula 8.1.3 (f. 204), não se extrai das minutas de contrato juntadas que o réu tenha observado integralmente os preceitos da Convenção 94 da OIT.

Ressalto que a exigência de apresentação à Administração Pública da CNDT – Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – pelo licitante apenas afasta eventual irregularidade trabalhista deste, mas não assegura direitos trabalhistas mínimos aos empregados da futura licitante, que irão prestar serviços para a Administração Pública.

Desse modo, condeno a ré a abster-se de celebrar contratos que não contenham cláusulas assecuratórias de direitos trabalhistas dos empregados das contratadas e subcontratadas, previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e legislação afim, e cláusulas sociais de normas coletivas aplicáveis, com previsão de sanções específicas para o caso de descumprimento, à exemplo daquelas previstas no artigo 5º da Convenção, nas contratações relacionadas a obras públicas e à execução ou fornecimento de serviços, as normas previstas na Convenção 94 da OIT, promulgada pelo Decreto 58.818/66⁶⁷.

Veja-se pela decisão que a Juíza considerou que o seguro-garantia, mesmo que atenda à finalidade de garantir recursos para pagamento dos trabalhadores, não é suficiente para o cumprimento do item 2, do artigo 5º, mencionado.

Outrossim, destaca-se importante julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, no qual decidiu-se que

Ademais, incumbe ao Poder Judiciário garantir a efetividade das normas da Convenção nº 94 da OIT, que versa as cláusulas de trabalho em contrato com órgãos públicos.

Trata-se de tratado internacional de direitos humanos devidamente ratificado pelo Brasil, passando a integrar o bloco de constitucionalidade de nosso sistema legal, ou, ao menos, contar com estatuto de norma supralegal e hierarquicamente superior à da Lei de Licitações.

Portanto, a definição acerca da existência de responsabilidade dos entes da Administração Pública deve se fazer a partir da análise de sua conduta em cada caso concreto, arcando com o ônus de provar que cumpriu com os deveres que lhe cabiam, para assegurar o respeito aos direitos trabalhistas dos prestadores de serviços.

Estabelece a norma do art. 5º da Convenção 94, em seu ‘medidas apropriadas serão adotadas, seja pela retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato, seja por qualquer outra maneira, a fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que tem direito.’

Compulsando os autos, verifico que a 2ª reclamada não demonstrou a adoção de medidas apropriadas para assegurar o recebimento dos direitos trabalhistas devidos à reclamante.

⁶⁷ 3ª Vara do Trabalho de Araraquara. Processo 000543-08.2014.5.15.0151. Juíza Mônica Rodrigues Carvalho. Publicação em 26/01/2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-dnit-mpf.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

A retenção de valores, segundo a importância mencionada na defesa, mostra-se francamente insuficiente para fazer frente aos direitos trabalhistas dos 16 (dezesesseis) empregados da primeira reclamada que lhe prestavam serviços.

A 1ª reclamada abandonou a prestação de serviços no dia 08.01.2013, bem como deixou de realizar o pagamento dos salários de seus empregados, o que levou a 2ª reclamada a instaurar processo administrativo destinado à rescisão unilateral do contrato e aplicação de penalidades, isso em 18.01.2013 (fls. 72/74 e 80/81).

Ocorre que tal medida não se mostra suficiente, tampouco apropriada para assegurar o respeito aos direitos trabalhistas da reclamante, não atendendo à obrigação prevista no art. 5º, item 2, da Convenção 94/OIT. Necessário seria, para tanto, o estabelecimento de mecanismos como a retenção de valores, a exigência de caução ou mesmo de contrato de seguro, em valores consentâneos com a realidade do contrato de prestação de serviços celebrado, observado o número de trabalhadores envolvidos e as obrigações trabalhistas correspondentes, inclusive direitos rescisórios.

A 2ª reclamada, portanto, não se desincumbiu do ônus que lhe competia, haja vista que não fez prova da adoção das medidas apropriadas, importa dizer, eficazes, exigidas pela norma do item 2 do art. 5º da Convenção 94/OIT.⁶⁸

Isto é, o Tribunal considerou que a mera retenção de valores não foi suficiente, no caso, para garantir o pagamento de 16 trabalhadores da empresa contratada que lhe prestavam serviços. Ressaltou o relator que seriam necessárias outras medidas, como caução ou contrato seguro, de forma a garantir o pagamento desses empregados.

Isso evidencia que, para o Tribunal, medidas apropriadas são aquelas que, efetivamente, garantam os salários dos trabalhadores em caso de inadimplemento das empresas contratadas. Se, ao final, os trabalhadores deixaram de receber seus salários é porque as medidas se mostraram infrutíferas, razão pela qual a Administração falhou na aplicação esmerada da Convenção.

Desse modo, não é novidade na doutrina e na legislação pátria o tratamento que a Convenção 94 da OIT confere à Administração Pública como verdadeiro garantidor do crédito trabalhista dos obreiros que lhe prestam serviços por empresa terceirizada.

Costa e Gomes são enfáticas quanto à Convenção

O aspecto fundamental da Convenção 94 é a impossibilidade, pelo trabalhador terceirizado no setor público, de desenvolver seu labor em condições que sejam menos favoráveis do que as estabelecidas para um trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região, como destaca o artigo 2º. Logo, não é possível fragilizar a proteção aos direitos do trabalhador terceirizado em relação aos empregados da iniciativa privada. [...] (2016, p. 135)

O ordenamento jurídico tem que permitir a imposição da responsabilidade objetiva da Administração Pública, quando há violação de direitos e garantias do trabalhador terceirizado,

⁶⁸ TRT – 18. Recurso Ordinário : RO 0000191-62.2013.5.18.0002. Relator: Marcelo Nogueira Pedra (Juiz Convocado). DJ: 09/12/2013. Site do TRT 18. Disponível em: <https://sistemas2.trt18.jus.br/solr/pesquisa?q=id:2-546702>. Acesso em: 31 jan. 2020.

por ser essa a medida de proteção determinada pela Convenção 94 da OIT (COSTA; GOMES, 2016, p. 136).

Portanto, muito além da mera questão de ônus probatório ser do trabalhador ou da Administração Pública, defende-se que a responsabilidade da Administração é objetiva.

Isso, seja em vista do artigo 2º, o qual impõe o reconhecimento das mesmas condições de trabalho dos trabalhadores que prestam serviços a tomadores privados, o que enseja reconhecer o direito de buscar a responsabilidade objetiva do tomador público, com base na aplicação analógica do artigo 5º-A, §5º, na Lei nº 6.019/74.

Ou levando em conta o artigo 5º, porque é obrigação da Administração garantir os salários dos trabalhadores, de qualquer modo, ainda que com retenção do valor e pagamento direto dos trabalhadores (assim como decidido pelo Tribunal de Contas da União, como se viu), atuando o ente como verdadeiro garantidor dos salários dos trabalhadores, em situação semelhante a de um fiador. Nesse caso, se não houver pagamento aos trabalhadores, teria a Administração a responsabilidade objetiva ou, pelo menos, a culpa presumida.

Vale registrar que a Convenção se utiliza do termo **salários**, motivo pelo qual alguém poderia sugerir que a Administração estaria responsável somente pelas parcelas de natureza salarial, não pelas indenizatórias.

Contudo, rechaça-se tal argumentação tendo em vista que a indenização advém da obrigação de reparação civil, nos termos do artigo 927, do CCB (BRASIL, 2002), e que também é obrigado a reparar aquele cujo preposto realizou o ato danoso, conforme inteligência do artigo 932, inciso III, do CCB (BRASIL, 2002). É indubitável que o prestador de serviços é tido como verdadeiro preposto da Administração na realização do serviço público⁶⁹.

⁶⁹ Nesse sentido: “APELAÇÕES CÍVEIS. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO NA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. RODOVIA ESTADUAL. OBRA PÚBLICA. ESTADO DE MINAS GERAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EMPREITEIRA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. ACIDENTE DE VEÍCULO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. O indeferimento, na sentença, da denúncia da lide requerida pela demandada com fundamento em contrato de seguro (art. 70, III, CPC/73; art. 125, II, CPC/15), não implica cerceamento de defesa, pois não enseja a perda do direito de regresso, que pode ser exercido em face da seguradora, seja na via administrativa, seja por meio de ação própria. Noutro giro, o acolhimento do pedido de denúncia em sede recursal, com a desconstituição da sentença e anulação de todos os atos processuais praticados após a contestação, implicaria em prejuízo exacerbado às partes, em flagrante ofensa aos princípios da economia e celeridade processuais, que, em última análise, consistem na própria finalidade do instituto da denúncia. 2. A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da CR/88, aplica-se tanto nas hipóteses de danos causados por atos estatais, quanto naquelas em que o evento danoso decorre de omissão, ainda que oriunda da falha na prestação do serviço. Precedentes no Supremo Tribunal Federal. 3. **Tratando-se de danos decorrentes da realização de obra pública, o Estado responde objetivamente, ainda que tenha outorgado sua execução a particulares (terceirização), que, em hipóteses tais, atuam em nome da própria Administração, na condição de prepostos** (grifou-se). Por outro lado, a responsabilidade do empreiteiro é subjetiva, apurada mediante a demonstração de culpa, decorrente da

Aliás, conforme ensina Delgado, torna-se contraditório conferir-se leitura à lei trabalhista capaz de não assegurar tal responsabilidade que sempre foi clássica no Direito Civil, a responsabilidade por ato de terceiro. Não se poderia colocar a legislação trabalhista em patamar mais restritivo que a própria legislação comum (1997, p. 422).

Ainda assim, se é para ser restritivo quanto à nomenclatura, o artigo 71, §1º, da Lei de Licitações que, como já falado, isenta a Administração de responsabilidade, somente o faz quanto aos “encargos trabalhistas”. Logo, também poder-se-ia sugerir, *mutatis mutandis*, que as indenizações devidas aos trabalhadores pela prestadora não estariam abarcadas por esse privilégio à Administração.

Em vista do exposto, entende-se que o tomador de serviços, seja ele pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, responde por quaisquer obrigações advindas do contrato entre obreiro e empresa prestadora. Vale frisar que esse é o entendimento de Delgado, para quem a súmula 331, inciso IV, do TST, igualmente, não discrimina ou limita verbas, referindo-se ao gênero obrigações trabalhistas (2011, p. 472)⁷⁰.

Logo, de todo ângulo que se vê, pela Convenção 94 da OIT, em caso de inadimplemento das verbas trabalhistas por parte do prestador de serviços, a Administração Pública, como tomadora, tem a responsabilidade decretada de forma automática.

De todo modo, ressalte-se que caberá à Administração Pública ingressar com ação regressiva perante a empresa contratada para resgate do montante pago para solver o crédito obreiro dos trabalhadores⁷¹, sendo que a omissão do agente público em fazer isso poderá ser

negligência, imprudência ou imperícia na execução da obra. 4. Constatado que os danos causados ao veículo do administrado foram decorrentes de acidente provocado por caminhão conduzido por funcionário da empresa responsável pelas obras de pavimentação em rodovia estadual, patente o dever do Estado e da empreiteira em ressarcir, de forma solidária, os prejuízos materiais oriundos do sinistro. 5. A indenização por danos materiais deve corresponder ao prejuízo efetivamente sofrido pela vítima.(TJ-MG - AC: 10429090180549001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 11/07/2017, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2017)”.
⁷⁰ Em sentido contrário: “A responsabilidade da tomadora pelos direitos trabalhistas dos trabalhadores da prestadora de serviços fica limitada às obrigações trabalhistas relativas ao período do contrato de terceirização. Nas terceirizações lícitas, em que a empresa contratada não é mera *longa manus* de outra, a tomadora não responde pelos danos pessoais acaso infligidos ao trabalhador, como ofensas à honra e assédio moral. A responsabilidade a que alude a lei e a jurisprudência é de natureza patrimonial” (BELMONTE, 2009, p. 759).

⁷¹ Nesse sentido: “TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. TOMADORA DOS SERVIÇOS. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. DECLARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA MANTIDA. A regularidade de processo licitatório para a terceirização dos serviços ou o disposto na Lei nº 8.666/1993 não afastam a condenação subsidiária do Órgão Público. Sendo o ente estatal beneficiário dos serviços prestados e não tendo fiscalizado o prestador dos serviços quanto à efetivação da legislação trabalhista, cujo descumprimento restou configurado, deve a Administração Pública ser responsabilizada subsidiariamente pelos créditos inadimplidos. O Direito do Trabalho, diante do fenômeno da concentração econômica, posicionou-se na defesa dos direitos do empregado contra manobras jurídicas ou contratuais. **Ao tomador dos serviços competirá arcar com o ônus da condenação, bem como exercitar seu direito de regresso em sede**

entendida como improbidade administrativa, pois configurado caso de ilegalidade administrativa⁷².

Por fim, repisa-se que a autoridade do STF não é infringida com a adoção da tese da responsabilidade da Administração Pública, pois o objeto da ADC 16 (e, por conseguinte, do RE 760.931) era apenas verificar a estrita compatibilidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 com a Constituição da República, nada mais.

apropriada (grifou-se). (TRT-12 - RO: 00036758420145120045 SC 0003675-84.2014.5.12.0045, Relator: Agueda Maria Lavorato Pereira, Secretaria da 1ª Turma, Data de Publicação: 04/08/2016)”.
⁷² Nesse sentido é Bastos: “[...] muitas vezes a Administração deixa de promover essa ação regressiva, mas isso é anomalia que não pode fundar ou embasar uma solução jurídica. O certo é que os Poderes Públicos têm o dever de mover essa ação de regresso em havendo indícios de culpa ou dolo. Se assim não procede, é um caso de ilegalidade administrativa a ser combatido pelos meios normais de controle da Administração” (1997, p. 195-196).

5. CONCLUSÃO

O problema a ser resolvido no presente trabalho é a possibilidade ou não de ainda condenar a Administração Pública, subsidiariamente e objetivamente, nos casos de terceirização, nos quais a prestadora de serviço fosse inadimplente com seus empregados mesmo depois do julgamento da ADC 16 e RE 760.931 pelo STF.

A indagação era pertinente, tendo em vista que a Convenção 94 da OIT prevê que os trabalhadores das empresas contratadas pela Administração não podem ter menos direitos que os demais trabalhadores terceirizados que prestam serviços na iniciativa privada.

Para responder a essa pergunta, o presente trabalho abordou, primeiramente, os temas da terceirização, a responsabilidade do tomador de serviços segundo o TST e segundo o STF, bem como foram analisados os julgamentos da ADC 16 e do RE 760.931.

Como visto, a terceirização é um fenômeno pelo qual insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estenda o vínculo empregatício, o qual fica a cargo de um ente interveniente no processo. A terceirização prova uma relação trilateral entre o obreiro (que presta serviços junto à empresa tomadora), o tomador de serviços (que recebe a prestação de serviços, mas não assume a posição de empregador) e a empresa terceirizante (que contrata o obreiro) (DELGADO, 2011, p. 426).

No âmbito público, a terceirização foi legalizada com o Decreto-Lei nº 200/67 (artigo 10) e Lei 5.645/70, Cada vez que a Administração Pública se recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela poderia executar, ela está terceirizando (DI PIETRO, 2010, p. 344).

Diz o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, que a Administração Pública não é responsável pelos débitos trabalhistas das empresas que lhe prestam serviços públicos. Como se viu, com a redação legal do artigo, o Tribunal Superior do Trabalho ainda responsabilizava a Administração, com base na súmula 331, inciso IV.

Contudo, na prática, a Corte Trabalhista estava negando o comando do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, sem declarar formalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, fugindo da cláusula de reserva de plenário.

Por isso, foi ajuizada a ADC 16, e o STF decidiu que o artigo acima mencionado é constitucional. Posteriormente, provocado a se manifestar novamente sobre a matéria no RE 760.931, o STF afirmou que a Administração Pública ainda poderia ser condenada, mas somente em caso de omissão na fiscalização do contrato.

Em um segundo momento, o trabalho desenvolveu uma base teórica sobre o pluralismo jurídico, o controle de convencionalidade e a aplicação do princípio *pro persona*.

O primeiro se caracteriza pela multiplicidade de ordens jurídicas, as quais não se excluem, mas se complementam, a fim de garantir a maior proteção ao ser humano, por meio do princípio *pro persona*. Verificou-se que tal modelo supera o monismo e o dualismo como modelos de relacionamento das normas nacionais e internacionais. Tais modelos se mostram antiquados para resolver os problemas hodiernos, os quais não assolam e se desenvolvem dentro de um determinado país, mas que transbordam as fronteiras das nações.

Já o controle de convencionalidade se caracteriza pela análise de compatibilidade entre os diversos ordenamentos jurídicos, sendo que, neste trabalho, não se defende esse tipo de controle por meio do critério hierárquico, no qual a análise de compatibilidade se verifica verticalmente e há normas de maior grau que outras. Pelo contrário, o modelo adotado é do critério material, onde uma norma interna será tida por inconveniente somente se proteger menos eficazmente um direito humano que a norma internacional, mais uma vez aplicando ao caso o princípio *pro persona*. Isto é, no conflito de normas pouco importa de quem a emanou, devendo o intérprete escolher a norma que melhor protege o ser humano ou a vítima.

Para a declaração de inconveniente, não importa o respeito ao procedimento do artigo 5º, §3º, da CF. Isso porque a condição para a sua ocorrência é a existência de um fluxo normativo entre normas internas e internacionais, ou seja, é mediante a ratificação do tratado internacional que se dá início ao processo de relacionamento entre o direito interno e o direito internacional.

A questão da hierarquia é desimportante para o controle de convencionalidade, como dito, pois decorrente de uma análise estrutural do ordenamento jurídico interno. Verificada a contrariedade entre o tratado e os atos internos, deve-se passar para o segundo passo, qual seja, a análise da inconveniente, que diz respeito a saber quais dos instrumentos normativos, internos ou internacionais, são mais protetivos aos direitos humanos envolvidos.

Por fim, no último capítulo, trabalhou-se a historicidade dos direitos humanos e a caracterização dos direitos do trabalhador como tais.

Viu-se que os direitos sociais do trabalho também possuem as características dos demais direitos humanos, quais sejam, são frutos de reivindicações da população por melhores condições de vida.

Pode-se afirmar que os direitos surgem conforme a demanda da sociedade de cada época vivida. É dessa atmosfera de pressões e conflitos que emergem os direitos humanos e fundamentais. Os direitos humanos têm íntima ligação com a política, sendo que essa se

desenvolve mediante conflitos que nunca se resolvem em definitivo (BOBBIO, 2015, p. 205). Portanto, os tratados sobre direitos dos trabalhadores são tratados de direitos humanos.

Em subcapítulo próprio, foi trabalhada a Convenção 94 da OIT e citados seus dispositivos que garantem ao trabalhador o recebimento de suas verbas trabalhistas por parte da Administração Pública.

Viu-se que a norma inscrita no artigo 2º, da Convenção 94 da OIT, é mais protetiva, tendo em vista que garante aos trabalhadores terceirizados que prestam serviços à Administração Pública as mesmas condições de trabalho dos demais trabalhadores terceirizados que prestam serviços na iniciativa privada.

Logo, se uma empresa tomadora de serviços no âmbito privado pode ser responsabilizada subsidiariamente, com base na aplicação do artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, desse modo, deve a Administração Pública ser responsabilizada nesses moldes, isto é, ser executada após verificar que o devedor principal não possui bens suficientes para garantir os salários do trabalhador.

Ademais, em vista do artigo 5º, da Convenção, é obrigação da Administração garantir os salários dos trabalhadores, de qualquer modo, ainda que com retenção do valor e pagamento direto dos trabalhadores (assim como decidido pelo Tribunal de Contas da União, como se viu), atuando o ente como verdadeiro garantidor dos salários dos trabalhadores. Nesse caso, se não houver pagamento aos trabalhadores, tem a Administração a responsabilidade objetiva ou, no mínimo, deve haver imputação de culpa presumida, cabendo à Administração Pública comprovar que, com seus esforços, não foi possível impedir o prejuízo aos trabalhadores.

Nesse diapasão, entende-se que o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 é inconveniente, em vista da dicção dos artigos acima mencionados relativos à Convenção 94 da OIT que, como dito, são mais protetivos ao conjunto de trabalhadores terceirizados da iniciativa pública que a norma descrita na Lei de Licitações, tornando-a inválida enquanto a Convenção viger em nosso país.

Registre-se que a autoridade do STF não é infringida com a adoção da tese da responsabilidade da Administração Pública, pois o objeto da ADC 16 era apenas verificar a estrita compatibilidade do artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 com a Constituição da República, nada mais.

Portanto, não se está pondo em xeque a decisão do STF na ADC 16 e RE 760.931. Respeita-se a sua decisão, que é vinculante aos demais órgãos do Judiciário. Frise-se que a defesa da aplicação da Convenção 94 da OIT não interfere nessa autoridade do STF, pois não

se duvida da compatibilidade constitucional vertical entre o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93 e a CRFB/88.

Apenas se entende que ainda é possível a condenação da Administração Pública, de forma objetiva, isto é, sem demonstração de culpa na fiscalização, em vista da Convenção 94 da OIT, que é mais protetiva que o artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/93.

E, nesse aspecto, não houve pronúncia da Suprema Corte Brasileira, e nem poderia, sob pena de ultrapassar os limites impostos da Ação de Declaração de Constitucionalidade e Recurso Extraordinário.

Logo, este trabalho é apenas um estudo sob outro prisma, passando ao largo da discussão da constitucionalidade ou não do artigo da Lei de Licitação. O foco aqui, como se viu, foi o controle de convencionalidade, que não adota um critério hierárquico (como se faz no controle de constitucionalidade), mas material, escolhendo a norma que melhor protege o direito humano.

Pelo exposto, entende-se que o presente trabalho teve sua meta alcançada, revelando a possibilidade de se condenar a Administração Pública objetivamente, sem comprovação de culpa na fiscalização do contrato, de modo subsidiário, nos casos de inadimplemento da empresa prestadora de serviços em relação a seus trabalhadores, com base no artigo 2º da Convenção 94 da OIT ou, pelo menos, sendo a ela imputada a culpa presumida, por meio do artigo 5º item 2, da Convenção.

REFERÊNCIAS

- ABDALA, Lara Bastos; BARRETO, Lucas Hayne Dantas. A Súmula 331 do TST, a ADC 16 e a Fiscalização de Contratos Pelo Administração Pública: Responsabilidade Subsidiária. **Revista Científico**, Fortaleza, v. 14, n. 28, 2014.
- ALBERNAZ, Renata O.; WOLKMER, Antônio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. **Revista Sequência**, Florianópolis, nº 57, 2008
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, L; CONCI, L. G. A (org). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015
- ALVES, Marcos César Amador. **Conteúdo jurídico da cláusula trabalhista nos contratos públicos e a afirmação dos direitos fundamentais no trabalho**. 2014. 382 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.
- AMORIM, Antônio Leonardo; FÉLIX, Ynes da Silva. A Terceirização Trabalhista na Administração Pública Após a Reforma Trabalhista. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**, São Paulo, ed. 5, n. 06, 2018.
- ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor Social do Trabalho na Constituição Federal de 1988: Instrução de Promoção de Cidadania e de Resistência à Precarização. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 16, n. 7, 2017.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BAZAN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 19, p. 25-70, 2015.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições Cíveis no Direito do Trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- BODIN, Jean. **Les Six Livres de La République**. Paris: Fayard, 12ª ed., 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.432, de 1º de maio de 1943**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.863, de 28 de março de 1984**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm. Acesso em 31 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.949, de 9 de dezembro de 1994**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8949.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 09 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 595/ES, de 18 fev. 2002. Relator: min. Celso de Mello. Disponível em: www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14815695/acao-direta-de-inconstitucionalidade-ADI-595--es-STF. Acesso em: 08 de jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017**. Brasília. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/17728053/publicacao/17728664>. Acesso em: 22 de jan. 2020.

BRASIL. Instrução Normativa 06, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, de 06 de julho de 2018. Brasília. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/955-in-6-de-2018>. Acesso em: 13 de jan. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. *In*: FIGUEIREDO, M.; CONCI, L.G.A. (org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 3-24, 2017, v. 1.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Diálogos Interjudiciais: a Obrigatoriedade de seu Desenvolvimento no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 1, 2019.

CANEPARO, Priscila. A Importância do Estado Constitucional Cooperativo - Delimitações a Partir da Cooperação, Direito Constitucional e Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, 2016.

CARDOSO, Jair Aparecido. A Contribuição da Cultura Social Cristã para o Direito do Trabalho. *In*: SIQUEIRA, Germano *et al.* (orgs.). **Direito do Trabalho: Releituras, Resistência**. São Paulo: Editora Ltr, 2017.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho: Curso e Discurso**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

CASELLA, João Carlos. Fundamentos da internacionalização do direito do trabalho. **Revista Da Faculdade De Direito USP**, São Paulo, v. 90, 1995.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

CASTRO, Thiago Mendonça de. **A Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho**. 2017. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP, São Paulo, 2017.

CHAIB, André Nunes. Os Direitos Fundamentais e a Possibilidade de uma Comunidade Internacional de Valores. **Revista Prismas**, Brasília, v. 06, n. 01, jan./jun., 2009.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O Controle de Convencionalidade e a Autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, 2016.

CHAVES JÚNIOR, José Edurado de Resende. Terceirização, *Joint Employment e Compliance*: Tendências Contemporâneas do Capitalismo Global. *In*: BENDA, Laura Rodrigues (org.). **A Reforma Trabalhista na Visão da AJD**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

COELHO, Fabiano. Convenção 94 da OIT e a Responsabilidade dos Entes Públicos em Caso de Terceirização. **Saber Direito**, mai./2012. Disponível em: <http://fabianocoelhosouza.blogspot.com/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>. Acesso em: 06 jan. 2020.

COGGIOLA, Osvaldo. Os Inícios das Organizações dos Trabalhadores. **Revista Aurora**, Marília, ano IV, v. 3, n. 2, ago. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o Diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes? Por uma abertura crítica do Direito brasileiro ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos. *In*: COELHI, Marcus Vinicius

Furtado (org.). **Reflexões sobre a Constituição**: Uma homenagem da advocacia brasileira. 1ed. BRASÍLIA: LEYA, 2013. v. 1. p. 200-230.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363, 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso Pereira. Normas Ius Cogens e Princípio Pro persona. *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan Tenno de Farias (orgs.). **Controle de Convencionalidade**: Temas aprofundados. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. O Controle de Convencionalidade e Reforma Trabalhista: Adequação da Lei nº 13.467, de 13.07.2017 aos Padrões Regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. *In*: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan Tenno de Farias (orgs.). **Controle de Convencionalidade**: Temas aprofundados. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

COSTA, Andréa Dourado; GOMES, Ana Virgínia Moreira. Terceirização no Serviço Público e a Precarização dos Direitos Trabalhistas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 04, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os Direitos Fundamentais na Constituição brasileira. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo**, v. 88, p. 421-437, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. Sujeitos do Contrato de Trabalho: O Empregador. *In*: BARROS, Alice Monteiro de (org.). **Curso de Direito do Trabalho**: Estudos em Memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. v. 1.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DUARTE NETO, Bento Herculano; SANCHES, Higor Marcelino. Responsabilidade Patrimonial. *In*: MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; SILVA, Bruno Freire (orgs.). **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial: Notas Sobre a Responsabilidade Jurídica de Cliente e Fornecedores. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 127, 2007.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladmir Oliveira. A Crise de Refugiados na União Europeia e a Proteção dos Direitos Humanos sob a Perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. *In*: IENSUE, Graziela; CARVALHO, Luciani Coimbra de

(orgs.). **Migração, Direitos Humanos e Cooperação Jurídica Internacional**. 1. ed., vol. 1, [S.I. : s. n.], 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. *In*: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional?. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v. 08, n. 08, 2008.

FUKUOKA, Nelma Karla Waideman; ALMEIDA, Victor Hugo. A (Des)Necessidade de Regulamentação da Dispensa Coletiva no Brasil: Uma Análise sob a Ótica do Valor Social do Trabalho e da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 01, 2017.

GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O Controle de Convencionalidade como Instrumento de Proteção aos Direitos Sociais: Desdobramentos da Convenção nº 158 da OIT. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 45, 2018.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 39. San José, 2004.

HERDEGEN, Matthias. La Internacionalización del Orden Constitucional. *In*.: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 16º año, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hening; ALVES, Felipe Dalenogare. O Controle de Convencionalidade e o Judiciário Brasileiro: a sua Aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho Como Forma de Proteger a Dignidade da Mão-de-Obra (Vedação de Terceirização de Atividade-Fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, 2017.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito do Trabalho**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A Terceirização e o Papel do Ministério Público do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, 2001. v. 103.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de Constitucionalidade e Princípios Constitucionais. **Revista Sequência – UFSC**, Florianópolis, v. 30, n. 59, 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. A Cooperação Internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. **XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Constitucional em face da cooperação regional e global. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Curitiba, v. 6, 2006.

MARUYAMA, Natália. Os Princípios da Filosofia Política de Rousseau: Vontade Geral e Sentimento Moral no Debate sobre a Universalidade dos Direitos Humanos. **Revista Ethica**, Florianópolis, v. 09, n. 01, 2010.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1964.

MAUÉS, Antônio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 13, n. 52, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de Convencionalidade: Temas aprofundados**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MELO, Juliane Andréa de Mendes Hey; BONATO, Ariadne da Silveira. Cláusula de Abertura dos Direitos Fundamentais e Status Hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos e Democracia**, n. 09, jan./jun. 2017.

MELO, Elisabete; BRAGA, Luciano. **História da África e Afro-Brasileira: Em busca de Nossas Origens**. São Paulo: Selo Negro, 2010.

MEZZAROBA, Orides, MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O Exercício do Controle de Convencionalidade pelos Tribunais Latino-Americanos. In.: **Controle de Convencionalidade: Temas aprofundados**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A Terceirização Debatida no Parlamento Brasileiro Ante a Experiência Jurídica Nacional e Estrangeira: O Estado e a Tutela do Trabalho Durante Crises Econômicas. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 62, n. 2, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 49. ed. São Paulo: LTr, 2019.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando Problemas Constitucionais: Transconstitucionalismo Além de Colisões. **Revista Lua Nova**, São Paulo, n. 93, 2014.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. Entes Estatais e a Terceirização: Estudo da Súmula Vinculante nº 10 do STF. *In*: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (orgs.). **Estudos Aprofundados: Magistratura do Trabalho**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PEREZ, Aida Torres. En Defensa Del Pluralismo Constitucional. *In*: J.I UGARTEMENDIA y G. JAUREGUI (eds.). **Derecho Constitucional Europeo**. Valencia: Associação de Constitucionalistas Espanhóis, 2011.

PINTO, Márcio Morena. Los Derechos Sociolaborales Como Derechos Humanos: Afirmación, Reconomiento y Óbices a su Exigibilidade en el Ordenamiento Jurídico Brasileño. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, 2016.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

QUINTEIRO, Maria Esther Martínez. El Discurso de Los Derechos Humanos En Perspectiva Histórica. El Síndrome de La Torre de Babel in Pasado y presente de los derechos humanos. PANDO BALLESTEROS, M.^a P.; MU-OZ RAMÍREZ, A. y Garrido Rodríguez, P. (dirs.) **Pasado y presente de los derechos humanos**. Mirando al futuro. Madrid: Catarata, 2016.

RAMIREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 28, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo**, São Paulo, v. 106, p. 497-524, 2012.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: Ltr, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.

SALAZAR, Elard R. Bolaños? Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa?. **Administración Pública & Control**. 31 mar. 2016. Disponível em:
<https://www.researchgate.net/publication/300007070_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibicion_del_control_difuso_en_sede_administrativa>.
Acesso em: 20 jan. 2020.

SANTOS, Carlos Frederico. Tratados Internacionais de Direitos Humanos: Uma Reflexão sobre a inconstitucionalidade do §3º do art. 5º da CF. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, n. 41, jul./dez. 2013.

SANTOS, Edílton Meireles de Oliveira. Renúncia do Direito Fundamental do Trabalhador. **Revista de Direito Brasileira**, v. 20, n. 08, 2018.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Terceirização. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). **Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário (aplicado do Direito do Trabalho)**. São Paulo: LTr, 2012.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Marchange. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (org.). **Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário (aplicado do Direito do Trabalho)**. São Paulo: LTr, 2012.

SERRA NETO, Prudêncio Hilário; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. O Trabalho no Mundo Contemporâneo: As Metamorfoses no Conceito de Trabalho. **Revista de Direito Brasileira**, Minas Gerais, v. 1, n. 2, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Reponsabilidade Patrimonial no Processo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A Terceirização Sob Uma Perspectiva Humanista. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 115, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **História do Direito do Trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia**. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2011. v. único.

- TELLO, Diana Carolina Valencia. La Globalización y Sus Efectos en el Derecho Administrativo. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 06, 2016.
- TEIXEIRA, Marcelo Markus; PEREIRA, Reginaldo; BIEGER, Andrey Luciano. Os Critérios de Recepção das Decisões Acerca dos Delitos de Desacato do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Superior Tribunal de Justiça à Luz do Controle de Convencionalidade Externo. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 80, 2018.
- TORRADO, Jesus Lima. Antecedentes Normativos de Los Derechos Humanos en La Baja Edad Media. **Revista de Direito UFMS**, Campo Grande, 2015. Edição Especial.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em Prol de Uma Nova Mentalidade Quanto à Proteção dos Direitos Humanos Nos Planos Internacional e Nacional. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 02, n. 02, 2001.
- URQUIAGA, Ximena Medellin. Principio pro persona. **Reforma DH: Metodologia para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos**. 1. ed. México: Nações Unidas, 2013.
- VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- VIANA, Márcio Túlio. **Para Entender a Terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- VON BOGDANDY, Armin. Del Paradigma de la Soberanía Al Paradigma del Pluralismo Normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el Derecho Internacional y los Ordenamientos Jurídicos Nacionales. In: CLERICO, Laura. **Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional**. Buenos Aires: Eudeba, 2012.
- WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Editora RT, 1992. v. 2.