

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS TERCERIZADOS SOB A ÓTICA DA CONVENCIONALIDADE

THE RESPONSABILITY OF PUBLIC ADMINISTRATION FOR OUTSOURCED THROUGH THE CONVENTIONALITY

Geraldo Furtado de Araújo Neto*

Luciani Coimbra de Carvalho**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização trabalhista. 3 A responsabilidade da Administração Pública na visão dos Tribunais. 4 O controle de convencionalidade como instrumento jurídico a ser usado pelas autoridades estatais. 5 Princípio pro persona como medida de efetivação dos direitos humanos no controle de convencionalidade. 6 A responsabilidade da administração pública à luz da convenção 94 da OIT e o controle de convencionalidade. 7 Conclusão.

RESUMO: No julgamento da ADC 16 e do RE 760.931, o Supremo Tribunal Federal realizou o controle de constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 decidindo pela sua constitucionalidade, afastando-se a hipótese de responsabilidade objetiva da Administração Pública em relação ao terceirizados. O presente artigo tem como problema analisar se o mesmo fato poderia ser decidido sob o viés do controle de convencionalidade com base na Convenção 94 da OIT, e como objetivo geral de verificar se a substituição da técnica de controle de constitucionalidade pela convencionalidade levaria a um resultado diferente. São objetivos específicos investigar a terceirização na Administração Pública, e o uso do princípio pro persona para caso de conflitos entre sistema doméstico e sistema global. O método utilizado foi o dedutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e histórica. Tem-se como conclusão que pelo controle de convencionalidade seria possível um resultado diferente, de modo a condenar subsidiária e objetivamente a Administração Pública pelos salários inadimplidos da empresa que lhe prestou serviços terceirizados ou, pelo menos, aplicar uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o que possibilitaria a inversão do ônus da prova.

Palavras-chave: terceirização; administração pública; controle de convencionalidade; Convenção 94 da OIT; princípio pro persona.

ABSTRACT: *In the judgement of ADC 16 e RE 760.931, the Brazilian Supreme Court did a control of conventionality of article 71, §1º of Brazilian Law 8.666/93, judging for its constitutionality and put away the strict liability of Public Administration in outsourcing. This article aims analyze if the same fact would be judged through the control of conventionality based on Convention 94 of ILO and it has as general goal verify if the substitution of the techniques of control of constitutionality for*

* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de São Paulo.

** Mestre e Doutora em direito do Estado pela PUC/SP. Professora associada da UFMS.

Artigo recebido em 23/09/2022 e aceito em 31/12/2022.

Como citar: ARAÚJO NETO, Geraldo Furtado de; CARVALHO, Luciani Coimbra de. A responsabilidade da administração pública pelos terceirizados sob a ótica da convencionalidade. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 26, n. 43, p. 111, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

control of conventionality would make a different result. As a specific goal, it will be investigating the outsourcing in Public Administration, and the use of pro persona principle for conflict between domestic system and global system. The used method was the deductive, through the bibliographic and historical research. It has as a conclusion through the control of conventionality a different result would be possible, to condemn subsidiary and objectively the Public Administration for the wages not paid by the company outsourced or, at least, to apply the subjective responsibility with presumed guilty, reversing the burden of proof.

Keywords: *outsourcing; public administration; control of conventionality; Convention 94 of ILO; pro persona principle.*

INTRODUÇÃO

A terceirização é utilizada no âmbito das relações de trabalho, fazendo com que a empresa tomadora dos serviços envide esforços na sua atividade principal, ao passo que outras atividades são delegadas a terceiros, que possuem maior aprimoramento nesse particular.

Nos casos de inadimplemento das verbas trabalhistas das empresas terceirizadas, os empregados ajuízam ação em face dessas, mas também requerem a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, com base em preceitos próprios do Direito do Trabalho (como o artigo 16, da Lei nº 6.019/74 e artigo 2º, da CLT).

Em interpretação às normas trabalhistas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 331 anunciando que “o tomador de serviços deve responder objetiva e subsidiariamente pelos débitos trabalhistas por parte do prestador”.

Embora a Administração Pública também se utilize da terceirização, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 não admitia a responsabilidade objetiva da Administração pelos salários inadimplidos da prestadora de serviço.

A divergência de comandos entre a lei e a súmula citada fez com que a questão chegasse ao Supremo Tribunal Federal, que julgou procedente a ADC 16 (reafirmando seu entendimento, posteriormente, no julgamento do RE 760.931), declarando o dispositivo da antiga Lei de Licitações constitucional e afastando a possibilidade de condenação objetiva e subsidiária da Administração no âmbito da jurisprudência brasileira, permitindo apenas a responsabilidade subjetiva pela não fiscalização adequada do contrato.

A pesquisa desenvolvida tem como problema analisar se o mesmo fato poderia ser decidido sob o viés do controle de convencionalidade com base na Convenção 94 da OIT, e como objetivo geral verificar se a substituição da técnica de controle de constitucionalidade pela convencionalidade levaria

a um resultado igual ou diferente. São objetivos específicos investigar a terceirização na Administração Pública, e o uso do princípio *pro persona* para caso de conflitos entre sistema doméstico e sistema global.

Tem-se como hipótese que, no julgamento da ADC 16 e do Recurso Extraordinário 760.931, o Supremo Tribunal Federal não levou em conta a discussão sobre a incidência de normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil sobre o tema, notadamente as da Convenção 94 da OIT, e que a análise em uma visão pluralista poderia apresentar um resultado diferente.

A pesquisa parte de uma abordagem positivista, a partir do reconhecimento da existência de um sistema multinível de Direitos Humanos, no qual, há um Sistema Global, um Sistema Regional e um Sistema Doméstico que se interrelacionam perante o caso concreto, tendo como objeto de pesquisa fatos que podem ser rigorosamente observados segundo critérios previamente estabelecidos, uma vez que se averiguará o disposto na Convenção 94 da OIT do Sistema Global e normas componentes do Sistema Doméstico Brasileiro.

O trabalho utilizará do método científico 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. Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental, pois se recorrerá ao uso de textos de autores em estudos analíticos, bem como uso de textos sem tratamento analítico, como a legislação e a Convenção 94 da OIT.

O objeto de pesquisa deste trabalho será qualitativo, uma vez que se analisará os estudos de especialistas e textos de lei para se chegar à conclusão se com o uso do controle de convencionalidade na responsabilidade da Administração Pública no caso da terceirização seria possível um resultado distinto ou não do STF.

1 A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

A terceirização é o fenômeno pelo qual insere-se o trabalhador no processo de produção de algum tomador de serviços sem que se estenda a esse último quaisquer laços justralhistas, os quais, na verdade, existem apenas entre o obreiro e uma outra entidade interveniente (DELGADO, 2011, p.

426). Por isso o termo “terceirização”, em vista dessa relação trilateral entre trabalhador, empresa prestadora de serviços e tomador de serviços.

A terceirização traz a ideia de um intermediário na relação, ainda que não se possa falar de estranho à relação jurídica, no caso. O neologismo foi trazido da área da Administração de Empresas, com o intuito de descentralizar atividades empresariais para outras empresas/pessoas que tivessem como objeto tais atividades (DELGADO, 2011, p. 426).

A expressão tem origens no “Toyotismo”, sendo uma alternativa de conformação das empresas, que tentam se desprejar dos imperativos do gigantismo, concentração, centralização e massificação (FELICIANO, 2017, p. 59).

Contudo, são apontadas várias externalidades negativas para a terceirização.

Além de ser uma forma de baratear a mão de obra, pois diminui direitos dos empregados relacionados a vantagens dispostas em instrumentos coletivos; também produz a pulverização dos sindicatos; traz a apatia do trabalhador terceirizado que não se identifica com a empresa; e cria uma maior rotatividade dos trabalhadores, o que dificulta a participação desses nos benefícios pela empresa tomadora de seu trabalho (TEIXEIRA; FABRIZ, 2015, p. 8).

A CLT, em sua promulgação em 1943, fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (artigo 455 da CLT), englobando também a figura da pequena empreitada (artigo 652, “a”, III, da CLT) (BRASIL, 1943).

A expressão “empreitada” é associada ao âmbito da construção civil, embora seja recorrente o uso para qualquer hipótese de subcontratação. Pode-se dizer que o artigo 455 é pioneiro na chamada terceirização e influenciou a elaboração da súmula 331 do TST (SILVA, 2018, p. 309).

Somente em fins da década de 1960 e início dos anos 1970 é que a ordem jurídica instituiu legislação específica sobre o assunto, embora fosse restrito ao meio público.

O Decreto-Lei n. 200/67 (artigo 10) e a Lei 5.645/70 estimulavam a prática de descentralização administrativa, por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais, apresentando-se como uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas (DELGADO, 2011, p. 427-429).

Com a Lei do Trabalho Temporário (Lei 6.019/74), os trabalhadores passaram a exercer quaisquer atividades possíveis dentro da

empresa contratante, mas com o comando sendo exercido pelo tomador de serviços, o que poderia ser compartilhado, eventualmente e caso a caso, com a empresa prestadora de serviços (VIANA, 2017, p. 87).

Depois, a Lei 7.102/73 passou a autorizar a terceirização permanente do trabalho de vigilância bancária (BRASIL, 1973). Anos mais tarde, a Lei 8.863/94 alargou a possibilidade de terceirização permanente não só para bancos, mas para qualquer instituição e estabelecimento público ou privado (BRASIL, 1994).

Após, a Lei 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).

A fim de pacificar o tema, o TST fixou súmula em 1986, limitando as hipóteses de contratação do trabalhador por empresas interpostas. Dizia a súmula 256 da Corte, em resumo, que salvo os casos previstos nas Leis 6.019, de 3.1.74 e 7.102, de 20.6.1983, seria ilícita a contratação de trabalhadores terceirizados e, caso isso acontecesse, haveria formação de vínculo direto entre eles e o tomador dos serviços (BRASIL, 1986).

No entanto, a súmula fixou hipóteses restritivas de terceirização¹. Assim, em 1993, editou-se uma nova súmula, a 331 (por meio da Resolução 23 do Órgão Especial), conforme a seguir:

- 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 (BRASIL, 1993).

¹ Tal enunciado foi cancelado, por meio da Resolução 121/2003, do próprio órgão.

Posteriormente, o inciso IV receberia outra redação, agora para abranger, também, os órgãos da administração direta, autárquica, fundacional, empresas públicas e sociedades de economia mista, como responsáveis pelos débitos trabalhistas das empresas terceirizadas, nos termos da Resolução 96, de 11 de setembro de 2000, do TST.

A responsabilidade fixada pelo TST adveio, segundo Delgado, com preceitos próprios ao Direito do Trabalho (como o artigo 16, da Lei nº 6.019/74 e artigo 2º, da CLT, que trata da assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado, não eventual, pessoal e oneroso), seja por analogia com preceitos do Direito Comum (artigos 159 e 160, do Código Civil Brasileiro de 1916), 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, *ab initio*; artigo 170, inciso III). 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).

Aparentemente, o artigo 455 da CLT também influenciou o enunciado. Isso porque o mencionado artigo, que fala sobre os contratos de subempreitada, não deixa claro em que termos e condições de inadimplemento o empreiteiro principal responderá pelas obrigações do subempreiteiro perante seus empregados. No entanto, diante do parágrafo único, que menciona a ação de regresso, firmou-se o entendimento pela responsabilidade subsidiária, em vez da solidária, o que foi passado e consagrado, outrossim, na súmula 331 do TST (SILVA, 2018, p. 309).

Em 2017, adveio a Lei 13.467/2017, a qual mudou e inseriu preceitos na Lei 6.019/74, procurando estimular a terceirização no país, valendo ressaltar que a Lei 13.429/2017 já havia alterado a Lei dos Trabalhadores Temporários. Pela nova redação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74, a terceirização lícita é possível em quaisquer das atividades da empresa (BRASIL, 2017).

Não custa mencionar que, anteriormente, a Lei 13.429/2017 já havia adicionado o artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, tendo positivado, enfim, a responsabilidade objetiva e subsidiária do tomador de serviços em relação aos débitos trabalhistas das empresas terceirizadas (BRASIL, 2017).

Com a mudança da legislação, os Tribunais deixaram de utilizar da “construção jurisprudencial” da Súmula 331, a fim de condenarem

objetiva e subsidiariamente o tomador de serviços público no caso de inadimplemento trabalhista por parte das empresas prestadoras.

2 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Antes mesmo da edição da súmula 331 pelo TST, havia quem falasse pela impossibilidade de condenação objetiva e subsidiária da Administração, em face do disposto no artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93² (BRASIL, 1993), que excluía a responsabilidade da Administração Pública quanto aos encargos trabalhistas das empresas terceirizadas. Vale registrar que a atual redação da “Nova Lei de Licitações”, no que tange à responsabilidade da Administração Pública neste particular, não mudou estruturalmente, conforme estabelece o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021³ (BRASIL, 2021). Embora haja a exceção do §2º do mesmo artigo⁴, tal dispositivo é atinente à responsabilidade pelos débitos previdenciários (BRASIL, 2021), o que não produz efeito neste estudo.

Retornando à problemática que existe sobre o tema, Leite dizia que, para a condenação do ente público, dever-se-ia declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo legal (na época, o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93), com base na falta de tratamento isonômico (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88), em detrimento das pessoas físicas e jurídicas do setor privado (LEITE, 2001, p. 35).

Na prática judiciária, o Tribunal Superior do Trabalho - TST e os juízos inferiores julgavam a questão condenando a Administração Pública objetiva e subsidiariamente, com “fundamento” da súmula 331 do TST, deixando de aplicar a redação do dispositivo da Lei 8666/1993. Para muitos, a Corte Trabalhista estava negando o comando do artigo 71, §1º,

² Nestes termos: “Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

³ 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” (BRASIL, 1993).

³ Nestes termos: “A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo” (BRASIL, 2021).

⁴ Nestes termos: “Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado” (BRASIL, 2021).

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/88.

Em 2007, o Governador do Distrito Federal, no âmbito da sua legitimidade, conforme artigo 103, inciso V (BRASIL, 1988) da CRFB/88, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade de n. 16, sendo que, tanto a União quanto outros entes federativos ingressaram na ADC como *amicus curiae*. O pedido era pela constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93. Segundo o Governador, o dispositivo da lei estava sofrendo ampla retaliação por parte dos órgãos do Poder Judiciário, em especial o TST (CASTRO, 2015, p. 106).

Ao final do julgamento, o Plenário do STF decidiu que o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 era 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).

Segue a ementa do STF:

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, procedente. 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 (BRASIL, 2010).

Em vista desse julgamento e seu caráter vinculante, o TST decompôs o item IV da súmula 331 em dois enunciados, o primeiro para cuidar dos casos de terceirização em geral e um outro item para tratar somente da hipótese em que o tomador dos serviços é a administração pública. 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 (BRASIL, 2011).

Ademais, outra questão tormentosa veio à justiça do trabalho, tendo em vista que essa justiça especializada começou a atribuir o ônus probante da fiscalização à Administração Pública pelo princípio da aptidão para a prova, em vista da própria Lei 8.666/93 que continha dispositivos que exigiam do ente estatal controle do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias (CARVALHO, 2019, p. 197).

Foram utilizadas Reclamações Constitucionais a fim de garantir a autoridade do STF (que, em sede da ADC 16, já havia afirmado que a Administração Pública não poderia ser condenada automaticamente), as quais argumentavam que os juízes e tribunais trabalhistas persistiam na transferência automática de responsabilidade da empresa terceirizada para o ente público (DUARTE NETO; SANCHES, 2019, p. 410). O STF enfrentou a questão no Recurso Extraordinário 760.931.

A relatora do aludido Recurso Extraordinário, Ministra Rosa Weber, afirmou que não poderia o trabalhador ter o ônus de comprovar a culpa na fiscalização da Administração, tendo sido seguida pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais, ao final, ficaram vencidos.

Ressalte-se que alguns outros votos, contrários à tese levantada pela relatora, chegaram a debater sobre a questão referente ao ônus, mas nem todos do Pleno, a ponto de se chegar a uma maioria. Todavia, ao final, pode-se dizer que o STF não enfrentou o tema concernente ao ônus da prova e se limitou a anunciar, mais uma vez, que era vedada a responsabilização automática da Administração Pública, só cabendo sua responsabilidade quando houvesse prova inequívoca da conduta culposa na fiscalização dos contratos (CARVALHO, 2019, p. 197).

Duarte Neto e Sanches também concluem que a questão do ônus probatório não foi analisada: “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).

Com efeito, como apontam Pritsch, Junqueira e Maranhão, não era para menos, uma vez que a questão do ônus probatório não é matéria constitucional, o que impediria que ela fosse analisada pelo STF, Corte à qual foi dada a missão de conferir unidade ao direito em relação à Constituição (2019, p. 575).

A tese elaborada ao final deixa claro que a questão do ônus probatório não foi o objeto discutido no aludido Recurso Extraordinário:

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 (BRASIL, 2017).

De todo modo, uma leitura atenta dos dois acórdãos deixa certo que o STF não enfrentou a questão do controle de convencionalidade ao caso, passando ao largo desta discussão.

Nesse sentido, Costa e Gomes afirmam que não foi realizado o controle de convencionalidade no julgado da ADC 16 pelo STF. A Suprema Corte teria se limitado a examinar a matéria sob a ótica da Constituição Federal (2016, p. 136). 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” (COSTA; GOMES, 2016, p. 136).

Registre-se que nas ações de controle de constitucionalidade, o intento é somente resolver suposta compatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 352), enquanto o controle de convencionalidade se utiliza de outro parâmetro.

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

Em um mundo cada vez mais complexo, os Estados Nacionais entram em concertação a fim de dar conta de uma pluralidade de problemas, confeccionando diversos Tratados, principalmente na ordem dos Direitos Humanos. Nesse compasso, não é incomum que, em algumas vezes, as diversas normas nacionais e internacionais entrem em conflito, razão pela

qual os juízes e intérpretes do Direito devem decidir qual norma prevalece no caso concreto.

No campo da jurisdição constitucional, há um mecanismo apto a organizar e compatibilizar a aplicação das normas jurídicas a partir da Carta Magna. Esse controle se dá na lógica da hierarquia, a partir de um sistema ordenado que parte da Constituição. Eventual descompasso nessa relação de supra e infra ordenação pode levar à inconstitucionalidade da norma (CONCI, 2013, p. 8).

Entretanto, o controle de convencionalidade se estabelece a partir de um critério material e a sua declaração é possível somente quando a proteção do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou é menos restritiva que aquela estabelecida em ato interno. Logo, no que tange ao fluxo normativo, o controle normativo se dá a partir do direito internacional, o que difere substancialmente do controle de constitucionalidade, como se viu acima (CONCI, 2013, p. 10).

O paradigma do controle de convencionalidade é completamente distinto daquele observado no controle de constitucionalidade. Conci denuncia que se o cotejo é feito 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, baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação (2013, p. 17).

Pode-se dizer que a hierarquia não importa no controle de convencionalidade. Observada a incompatibilidade entre tratado e norma interna, deve-se passar para a próxima etapa, qual seja, a análise da convencionalidade, sendo averiguado qual instrumento, nacional ou internacional, é mais protetivo aos direitos humanos. Os critérios estruturantes do controle de convencionalidade não são formais, mas materiais ou de conteúdo, tudo com base no princípio *pro persona* (CONCI, 2013, p. 17).

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 instrumentado, pode servir como ferramenta para assegurar a ordem jurídica internacional dos direitos humanos (2011, p. 127).

O controle interno de convencionalidade é feito quando as próprias autoridades domésticas realizam esse exercício de compatibilidade entre

normas internas e tratados internacionais de direitos humanos, podendo gerar a declaração de invalidade da norma ou sua convalidação. Esse controle deve ser realizado não só pelas autoridades judiciais, mas também por todas as outras autoridades administrativas (RAMIREZ, 2011, p. 127).

Nesse sentido é Conci, para quem 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. 7).

Frise-se que o controle de convencionalidade não é faculdade, mas dever. Esse exercício tem que ser feito de ofício pelas autoridades domésticas, principalmente pelo Judiciário, ainda que as partes não tenham citado normas de direitos humanos no processo, diante do princípio *jura novit curia* (RAMIREZ, 2011, p. 139-140). No mesmo caminho é Conci (2014, p. 7).

Salazar também defende o exercício de tal controle por todos os agente públicos, não só o Judiciário, 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)⁵.

Por tudo isso, defende-se que os tratados de direitos humanos devem ser do conhecimento de juízes e autoridades nacionais que trabalham com a matéria. Isso não significa, necessariamente, que o intérprete deverá aplicar essas normas em todas as situações, mas elas servirão como patamar mínimo de proteção e fixarão o marco do controle de convencionalidade (RAMIREZ, 2011, p. 134).

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

⁵ Tradução nossa: “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.”

Portanto, além do conhecimento sobre as normas internacionais, o intérprete deve prestar atenção na jurisprudência e outras manifestações das Cortes Internacionais, intérpretes autênticas desses dispositivos.

Marino e Carvalho afirmam, quando abordam o respeito às decisões e fundamentações da Corte Internacional de Direitos Humanos, que a vinculação dos juízes às interpretações dessa última é uma consequência da própria aceitação da jurisdição do tribunal interamericano e admitir a eficácia da fundamentação da Corte apenas fortalece o diálogo institucional (2020, p. 86-87).

De todo modo, cabe dizer que as normas internacionais de direitos humanos têm natureza complementar, isto é, primeiro se espera que o Estado resolva a questão no âmbito interno e, somente se for necessário, a norma internacional de direitos humanos atuará.

Além disso, para o referido controle, pouco importa o respeito ao procedimento do artigo 5º, §3º, da CF, pois é mediante a ratificação do tratado internacional que se dá início ao fluxo normativo entre normas internas e externas, a fim de estabelecer qual é a norma mais protetiva (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2019, p. 7).

Isto é, tem-se que o controle pode ser feito a partir da ratificação pelo Congresso, não havendo necessidade de 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. 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, exercer o controle de convencionalidade (2014, p. 8).

Ademais, não basta a efetiva aplicação do controle de convencionalidade. Conci defende que o Estado Nacional procure um diálogo entre as cortes nacional e internacional, de modo a uniformizar o que vem se chamando de rede de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2014, p. 4).

Conforme Souza e Gonçalves:

Portanto, é possível verificar que o diálogo judicial é um instrumento decisivo na fundamentação das decisões em matéria de direitos humanos – observando o Sistema Interamericano, no caso – e, principalmente, fornece argumentação para criação e evolução de direitos anteriormente interpretados de forma restritiva. E mais, a abertura do sistema interno possibilita que o sistema

jurídico esteja apto a incorporar institutos como o controle de convencionalidade, promovendo a proteção dos direitos humanos em âmbito nacional (2016, p. 29).

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 dos Direitos Humanos, a rede se forma com o objetivo de protegê-los de forma cooperada (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2019, p. 9).

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 de proteção”. Isto é, a compreensão e aplicação da interpretação dada pela Corte Internacional responsável é salutar para que o Estado consiga dar o real alcance da norma em seu território, reforçando a “rede de proteção”.

No dizeres de Alvarado, essa rede de proteção é de forma multinível. Nessa rede há a articulação em vários níveis dos atores e entre eles não há qualquer relação de hierarquia. O objetivo principal da rede é a harmonização dos ordenamentos jurídicos a fim de proteger efetivamente os indivíduos por meio da aplicação efetiva do controle de convencionalidade e atendimento das interpretações das Corte internacionais (2015, p. 268-269).

No âmbito americano, existem normas que permitem a interação judicial e os juízes e autoridades estatais 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, desde que feito com seriedade, competência e acerto, favorece o diálogo da jurisprudência e fortalece essa rede de proteção. Além disso, enriquece e impulsiona a cultura jurídica, com um projeto favorecedor do ser humano (RAMIREZ, 2011, p. 129), no sentido de acostumar os intérpretes no manejo dos diversos tratados internacionais de direitos humanos, o que os levará, por conseguinte, a observar as interpretações das Corte internacionais sobre essas mesmas normas.

Nesse sentido é Bazan que, ao abordar o sistema interamericano, diz que o controle de convencionalidade somente será efetivo se os juízes nacionais observarem o que decidem nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (BAZAN, 2015, p. 37). Assim, o

fortalecimento do sistema se dá com base na articulação e cooperação entre as Cortes internacionais e nacionais.

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. 7)

Pelo exposto, pode-se dizer que o controle de convencionalidade está inserido na rede de proteção referida acima, devendo ser exercido pela Cortes nacionais e pelos agentes estatais que trabalham na proteção dos direitos humanos, tendo sempre em mente a norma que melhor protege o indivíduo, independentemente da hierarquia, com a aplicação do princípio *pro persona*, cujo delineamento e justificativa para sua aplicação será visto a seguir.

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

As duas teorias tradicionais que explicavam o processo de integração das normas internacionais e nacionais eram a monista e a dualista.

Para o monismo, há um sistema normativo único e em caso de conflitos de normas, há uma primazia de uma ordem sobre outra. Porém, dentro do sistema há suas próprias variações, de modo que na corrente internacionalista deixa certa a prevalência do direito internacional, enquanto na corrente nacionalista há inclinação para o direito interno (PEREIRA; QUADROS, 1993, p. 82-84).

Por outro lado, o dualismo admite a existência de dois sistemas separados, na medida em que o compromisso internacional de um Estado não gera efeito imediato na ordem jurídica nacional. Para que isso aconteça, é necessária uma recepção formal do legislador, de modo que a partir daí não há falar em conflito entre normas interna e externa, mas sim entre duas normas nacionais (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 5).

Todavia, esses sistemas devem ser substituídos pelo pluralismo jurídico, o qual é 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.

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).

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).

Nesse passo, se a garantia dos direitos humanos é uma das missões do Estado de Direito, pode-se deduzir 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 Constituição da República Brasileira de 1988; 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Para Henderson, tendo como base o disposto no artigo 31 da Convenção de Viena - pelo qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme objetivo e finalidade da norma - os Tratados de Direitos Humanos objetivam conferir direitos aos indivíduos em relação ao Estado (2004, p. 88), razão pela qual a aplicação do princípio *pro persona* é, por consequência, medida que se impõe nessas questões.

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 artigo 1.2 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (2004, p. 90).

O princípio foi conceituado pelo Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Juiz Rodolfo E. Piza, na Opinião Consultiva oc-7/86, de 29 de agosto de 1986, 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 excepción (apud URQUIAGA, 2013, p. 17)⁶

Nesse contexto, segundo Henderson, 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 que contenha proteções maiores ou mais favoráveis ao indivíduo ou vítima em relação a seus direitos, independentemente de sua hierarquia ou fonte de produção (2004, p. 93). Ainda segundo o autor:

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 internos (2004, p. 91).⁷

Para o autor, isso é o mesmo que acontece em outras áreas do Direito. Exemplificadamente, no Direito do Trabalho existe o princípio *pro operario*, pelo qual, em caso de dúvidas na interpretação, escolhe-se aquela que melhor protege o obreiro. Pelo mesmo motivo, o princípio *pro persona* exsurge como máxima nos casos de Direitos Humanos, devendo

⁶Tradução nossa: “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.”

⁷Tradução nossa: “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 hermenêutica no momento da aplicação dos tratados internacionais dos direitos humanos nos tribunais internos”.

ser escolhida a norma que melhor protege o indivíduo em caso de conflito entre normas. (HENDERSON, 2004, p. 93).

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

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. 6).

O princípio em voga faz exigir do intérprete que ele alargue o alcance da norma, quando se falar em proteção, mas se o assunto for a restrição de direitos, impede que ele faça qualquer interpretação ampliativa, de modo que, nesse último caso, deve ele se ater aos exatos termos da regra (CONCI, 2014, p. 9).

Pelo exposto, como estudado, o princípio *pro persona* tem esteio na legislação nacional e internacional, fazendo com que o jurista aplique a norma mais protetiva independentemente da hierarquia e interprete a norma de modo mais benéfico ao indivíduo.

5 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONVENÇÃO 94 DA OIT E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Os direitos humanos têm como característica seu surgimento conforme as exigências e demandas por melhores condições de vida da sociedade e a depender de cada época da humanidade. Os direitos humanos, assim, são resultado das pressões e conflitos sociais, razão pela qual eles tem ligação com a política, a qual lida com conflitos que nunca se resolvem (BOBBIO, 2015, p. 205). Os direitos sociais (também chamados de segunda geração ou dimensão) dominaram o século XX do mesmo modo que os ditos direitos de primeira geração (como a liberdade) dominaram o século XIX. Assim como os primeiros direitos humanos, esses direitos foram objeto de

formulação filosófica e de acentuado caráter ideológico. Foram proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e nas constituições da social-democracia (a de Weimar, principalmente) (BONAVIDES, 2007, p. 564).

Os direitos humanos são históricos, portanto, pois decorrem de lutas e conquistas dos cidadãos em busca de melhores condições de vida. Os direitos sociais são frutos de várias lutas travadas a partir do século XIX, o que apenas evidencia que os tratados de direito do trabalho devem ser considerados como tratados sobre direitos humanos (CARVALHO; ARAÚJO NETO, 2018, p. 278).

A OIT contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, tem por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar (PIOVESAN, 2010, p. 119).

No mesmo sentido está Delgado, o qual diz que, uma vez que as normas dispostas nas ditas convenções tratam de direitos humanos, em caso de aparente conflito entre as regras internacionais e as regras locais, deve prevalecer o princípio da norma mais favorável ao trabalhador (2011, p. 154) – que nada mais é que a aplicação do princípio *pro persona*.

Por outro lado, vale frisar que a Convenção 94 da OIT é relativa a cláusulas de trabalho nos contratos de “autoridade pública”, ou seja, rege os contratos dos trabalhadores que, de alguma forma, prestam serviços à Administração Pública. Foi aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, e que 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 cumprimento da Convenção em 14/07/1966.

O artigo 2º, item 1, da Convenção⁸ deixa certo que os contratos administrativos garantirão condições de trabalho aos terceirizados não menos favoráveis do que aquelas dispostas aos trabalhadores da mesma situação no âmbito privado (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

Para se verificar o alcance da norma internacional, destaca-se o disposto no Informe da Comissão de Peritos de 2008 (durante a reunião

⁸ Nestes termos: “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” (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

anual da Conferência Internacional do Trabalho), item 101, sobre 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 fin. Sólo el primero de estos modelos corresponde a las exigencias específicas del Convenio núm. 94 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2008).⁹

Isto é, para a aplicação correta da Convenção 94 da OIT, conforme interpretação da Comissão de Peritos (a intérprete autêntica das Convenções da OIT), devem ser administradas as normas mais protetivas aos empregados de empresas contratadas pela Administração Pública, não importa onde estejam, se na legislação nacional ou tratado internacional.

A Comissão de Peritos, ainda que não seja órgão jurisdicional, assemelha-se ao Judiciário, pois sua atuação se funda em norma jurídica e são levados a cabo por personalidades independentes, que adotam procedimentos que seguem os princípios gerais do Direito (PORTELA, 2010, p. 384).

⁹ 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.

No mesmo sentido, o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Lélío Bentes Côrrea, ao dizer que:

A Comissão de Peritos é uma fonte de interpretação autêntica das normas internacionais porque é composta por juristas independentes. As observações da Comissão de Peritos são submetidas à Comissão de Normas, que é tripartite e se reúne durante a Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em Genebra, sempre no mês de junho (2009).

Como já explanado anteriormente, a Lei 13.429/2017 introduziu o artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, positivando a responsabilidade objetiva e subsidiária do tomador de serviços pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (BRASIL, 2017).

Assim, se os trabalhadores que prestam serviços a tomadores privados têm a garantia da responsabilidade subsidiária automática, sem necessidade de comprovação de culpa da tomadora, com a mesma razão, nos termos da mencionada norma internacional, devem os trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública ter a mesma garantia. Isto é, com base na leitura do artigo 2º da Convenção 94 da OIT (que atrai a aplicação analógica do disposto no artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74), tem-se que a norma internacional é mais protetiva ao conjunto de trabalhadores da Administração Pública que o disposto no artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (que, reitera-se, repetiu os termos do 71, §1º, da Lei 8.666/93).

Além disso, a Convenção 94 obriga o Estado que a ratificou e que contrata trabalhadores terceirizados a adotar medidas que garantam efetivamente os salários aos obreiros, segundo diz o item 2, do art. 5º¹⁰(CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

Do jeito que ocorre com o artigo 2º, da Convenção, considera-se que o artigo 5º é mais protetivo que o disposto 121, §1º, da Lei 14.133/2021, 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.

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

¹⁰ Nestes termos: “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” (CONVENÇÃO 94 DA OIT, 1949).

recebam os salários a que tem direito, pelo menos, nas mesmas condições dos trabalhadores de empresas terceirizadas do âmbito privado.

Se a Administração não foi capaz de evitar o inadimplemento e prejuízo dos trabalhadores, em vista da atitude danosa da empresa prestadora de serviços contratada, uma vez que não conseguiu “permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito” deve ter, pelo menos, a culpa presumida imputada.

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.

Assim, a Administração Pública Federal assumiu a intenção da Convenção 94 da OIT, a partir do momento em que chamou para si a responsabilidade do pagamento dos trabalhadores terceirizados.

No mesmo sentido é Coelho, o qual afirma que a Administração Pública sempre tem responsabilidade pelos salários dos trabalhadores da empresa prestadora de serviços, devendo atuar de modo a garanti-los e, se necessário, tomar medidas mais extremas, como é o caso do pagamento direto aos trabalhadores. É o que diz:

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 extremas, 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).

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 estatura de norma suprallegal 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. A retenção de valores, segundo a importância mencionada na defesa, mostra-se francamente insuficiente para fazer frente aos direitos trabalhistas dos 16 (dezesseis) 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 (BRASIL, 2013).

No caso, portanto, o TRT entendeu que a retenção de valor pela Administração não foi satisfatória a fim de garantir o pagamento de 16 trabalhadores da empresa contratada prestadora de serviços. Disse o relator que outras medidas poderiam ter sido tomadas, como a caução ou

contrato seguro, a fim de garantir o pagamento dos salários. Logo, para o TRT, medidas apropriadas são aquelas que garantam, de fato, os salários dos trabalhadores em caso de inadimplemento da empresa terceirizada. Se os trabalhadores deixaram de receber seus direitos é porque as medidas adotadas pela Administração Públicas não foram suficientes, deixando ela de aplicar de forma correta a referida Convenção 94 da OIT.

Assim, se a Administração foi ineficiente para evitar o inadimplemento da empresa terceirizada, não logrou êxito em cumprir o item 2, do artigo 5º, devendo ser responsabilizada objetivamente ou, pelo menos, na forma de culpa presumida, o que resulta em inverter o ônus probatório em favor dos empregados.

Do ponto de vista do controle de convencionalidade, resta dizer que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (assim como acontecia com o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/94) é inconveniente e inválido, pois menos protetivo aos direitos humanos sociais.

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

Defende-se isso com base no artigo 2º, que exige que sejam dadas as mesmas condições de labor dos trabalhadores terceirizados privados aos trabalhadores terceirizados da Administração Pública, o que leva a reconhecer o direito à responsabilidade objetiva do tomador público, em vista da aplicação analógica do artigo 5º-A, §5º, na Lei nº 6.019/74.

Ainda que assim não fosse, o artigo 5º da referida Convenção exige da Administração Pública a garantia de salário dos trabalhadores terceirizados, seja com retenção do valor ou pagamento direto dos trabalhadores, atuando o ente administrativo como garantidor dos salários, em situação semelhante a um fiador. Caso haja inadimplemento dos salários dos obreiros, a Administração Pública teria responsabilidade objetiva ou, no mínimo, culpa presumida, invertendo-se o ônus probante em favor dos empregados.

No sentido acima está 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 com base na Convenção 94 da OIT. Segue a ementa:

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, 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 (CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, 2012).

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 insita 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 (COELHO, 2012).

Cabe mencionar neste artigo a teoria que vem sendo aplicada no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, chamada “margem de apreciação nacional”. Ela diz respeito à possibilidade de estabelecer espaços de manobra concedidos aos órgãos nacionais quando essas autoridades estão cumprindo, de alguma maneira, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (VASEL, 2009, p. 192).

No entanto, a margem de apreciação vem sendo realizada em questões relacionadas à moral, de modo que as normas de Direitos Humanos necessitam ser interpretadas progressivamente, permitindo a conjugação da universalidade desses direitos com as especificidades culturais (NASPOLINI; SILVEIRA, 2016, p. 87)

Não é o caso, obviamente, porque além de se tratar de direito internacional do trabalho, e não uma norma sobre questão moral, a norma nacional não complementa ou inicia a execução de um intento da Convenção 94 da OIT, pelo contrário, a afronta.

Assim, uma vez que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 é posterior à ratificação da Convenção 94 da OIT e menos protetivo que essa, tem-se como imperativo entendê-lo como inconveniente, inválido e ineficaz ou interpretá-lo em uma responsabilidade subjetiva com inversão de ônus da prova comumente aplicada à Administração Pública em casos de omissão.

CONCLUSÃO

A terceirização é instrumento importante e usado pela Administração Pública, passando para empresas outras a realização de determinadas atividades inerentes a seu mister. No entanto, quando a empresa terceirizada não adimple com suas obrigações trabalhistas, os seus empregados tendem a ajuizar ação contra a real empregadora, mas pedindo a responsabilidade da Administração Pública.

O STF, por meio da ADC 16, juntamente com Recurso Extraordinário 760.931, decidiu que não pode a Administração Pública ser condenada subsidiariamente de forma automática, sem a caracterização da culpa do ente no ato da fiscalização do contrato, tendo por fundamento o artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93 (vigente à época), o qual foi declarado compatível com a Constituição da República, que se localiza acima da legislação ordinária.

Contudo, conforme o raciocínio utilizado neste trabalho, a análise do STF se restringiu ao controle de constitucionalidade, no qual a verificação de compatibilidade se dá pelo critério hierárquico, não tendo sido realizado o controle de convencionalidade, pelo qual aplica-se a norma mais protetiva em matéria de direitos humanos.

Com espeque na Convenção 94 da OIT, em seu artigo 2º, pode ser exigido da Administração o pagamento das verbas trabalhistas devidas quando a empresa prestadora de serviços for inadimplente, sem necessidade de aferimento da culpa na fiscalização do contrato.

O artigo mencionado diz que os empregados que prestam serviços à Administração Pública não podem ter garantia inferior àquela que possuem os empregados terceirizados que prestam serviços na seara privada.

Logo, deve ser aplicado analogicamente o disposto no artigo 5º-A, §5º, na Lei 6.019/74, o qual deixa claro que todo o tomador de serviços é responsável subsidiariamente e objetivamente pelos salários inadimplidos pela empresa prestadora de serviços.

Ademais, com base no artigo 5º, item 2, da Convenção mencionada, é possível chegar à conclusão que a Administração Pública

se responsabiliza pelo recebimento dos haveres trabalhistas, de modo que se não se utilizou dos instrumentos necessários, a fim de evitar o inadimplemento, deve ser responsabilizada de forma objetiva ou, pelo menos, na forma de culpa presumida.

Com base no controle de convencionalidade aqui defendido, deve o intérprete escolher a norma que melhor protege o direito humano, no caso, o trabalhador. Portanto, a Convenção 94 da OIT, quanto aos artigos analisados, é mais protetiva que o artigo 121, §1º, da Lei 14.133/2021 (que manteve o teor do artigo 71, §1º, da revogada Lei 8.666/93), tornando esse dispositivo inconveniente, e também inválido, enquanto viger a norma internacional.

Vale ressaltar que não se está pondo em xeque a decisão do STF na ADC 16 e RE 760.931. Frise-se que a defesa da aplicação da Convenção 94 da OIT não esbarra na decisão do STF, pois não se duvida da compatibilidade constitucional vertical entre o artigo 71, §1º, da antiga Lei nº 8.666/93 e a CRFB/88.

Este trabalho se utiliza de uma abordagem no controle de convencionalidade, não tendo havido qualquer contestação quanto à constitucionalidade ou não do artigo da Lei de Licitação. Conforme se viu aqui, o controle de convencionalidade não parte de um critério hierárquico, mas material, razão pela qual sua técnica é bem distinta daquela vista no controle de constitucionalidade. O ponto central no controle de convencionalidade, assim, é a aplicação da norma que melhor protege o direito humano, independentemente da hierarquia que ocupa.

Por isso tudo, entende-se que o trabalho desenvolveu sua pesquisa tendo sua meta alcançada, porquanto a aplicação do controle de convencionalidade poderia gerar um resultado diferente do controle de constitucionalidade feito pelo STF na ADC 16 e RE 760.931, possibilitando condenar subsidiária e objetivamente a Administração Pública pelos salários inadimplidos da empresa que lhe prestou serviços terceirizados ou, pelo menos, aplicar uma responsabilidade subjetiva com culpa presumida, o que possibilitaria a inversão do ônus da prova.

REFERÊNCIAS

ALVARADO, P. A. A. 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. p. 253-415.

BAZAN, V. 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.

BOBBIO, N. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOGDANDY, A. 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.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei 5.452, de 1º de Maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República, [1943]. 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 1973**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17102.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256**. Brasília, 02 de outubro de 1986. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256. Acesso em: 1 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Brasília, 1993. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [1993]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 31 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.863, de 28 de Março de 1994**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Brasília: Presidência da República, [1983]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.949, de 9 de Dezembro de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Brasília: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8949.htm. Acesso em: 31 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16**. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução 174**. Brasília, 31 de maio de 2011. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em: 2 set. 2022

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (18. Região). **Recurso Ordinário** (0000191-62.2013.5.18.0002). Recorrente: Ana Carolina dos Santos. Recorrida: União e outros Relator: Marcelo Nogueira Pedra (Juiz Convocado). Goiânia, 09 de dezembro de 2013. Disponível em: https://sistemas.trt18.jus.br/consultasPortal/pages/Processuais/DetalhaProcesso.seam;jsessionid=3F54C0D938C2E58947BCA08461C82F94.consultasportal-86b8f57799-9mjj2?p_num_dist=0&p_num_trt=5717&p_ano_trt=2013&p_tipo_trt=RO&p_grau_pje=2&dt_autuacao=30%2F07%2F2013&conversationPropagation=begin. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 760.931**. Recorrente: União. Recorrido: Priscila Medeiros Nunes e outros. Relator: Rosa Weber. Redator do Acórdão: Luiz Fux. Brasília, 30 de março de 2017. Disponível em: <https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&e src=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjQzM2m4oL6AhUMqJU CHXcxApoQFnoECAQQAQ&url=https%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D13589144&usg=AOvVaw2pGb-rPMkKN9cKzhQlnWZN>. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de Março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília: Presidência da República, [2017]. 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 13 de Julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso: em: 06 set. 2022.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa 06, da Secretaria de Gestão, de 06 de julho de 2018**. Brasília: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-6-de-6-de-julho-de-2018>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de Abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 31 dez. 2022.

CARVALHO, A. C. L. **Direito do Trabalho**: Curso e Discurso. 3. ed. São Paulo: LTr, 2019.

CARVALHO, L. C.; ARAÚJO NETO, G. F. O valor social do trabalho como direito humano e sua afirmação na Constituição (Social) da República Brasileira de 1988. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 22, n. 36, p. 259-281, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>. Acesso em: 1 ago. 2022.

CARVALHO, L. C.; ARAÚJO NETO, G. F. O Controle de Convencionalidade e a Proteção Efetiva aos Direitos Humanos. **Revista Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 5, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/9888>. Acesso em: 21 set. 2022.

CASTRO, T. M. **A Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública**: Propostas de parametrização do inciso V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Dissertação (Mestrado em Direito) – USP. São Paulo, 2017.

COELHO, F. Convenção 94 da OIT e a Responsabilidade dos Entes Públicos em Caso de Terceirização. **Saber Direito**, maio 2012. Disponível em: <http://fabianocoelhosouza.blogspot.com/2012/05/convencao-94-da-oit-e-responsabilidade.html>. Acesso em: 6 jan. 2020.

CONCI, L. G. A. 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*: COELHO, M. V. F. (org.). **Reflexões sobre a Constituição**: Uma homenagem da advocacia brasileira. Brasília: LEYA, v. 1, 2013. p. 200-230

CONCI, L. G. A. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363-382, jun. 2014.

CONGRESSO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO, 2012, 16. ed. Brasília. **Teses aprovadas pela Assembleia Geral**. Encarte Especial, Brasília, p. 32, 2012. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiW2fzag4H6AhVq5UCHWehBCoQFnoECAsQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.anamatra.org.br%2Fattachments%2Farticle%2F24366%2F151-encarte-conamat.pdf&usg=AOvVaw13-_I5p6v-2n8N6_RIT952. Acesso em: 6 set. 2022.

CONVENÇÃO 94 DA OIT. **C094 - Cláusulas de Trabalho em Contratos com Órgãos Públicos**. Genebra, 1949. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235183/lang--pt/index.htm. Acesso em: 5 set. 2022.

CORRÊA, L. B. Mesmo com Falhas, Brasil é referência na OIT. Entrevista Concedida a Repórter Brasil. **Repórter Brasil**, 16 fev. 2009. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2009/02/mesmo-com-falhas-brasil-e-referencia-na-oit>. Acesso em: 16 set. 2020.

COSTA, A. D.; GOMES, A. V. M. Terceirização no Serviço Público e a Precarização dos Direitos Trabalhistas. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 4, p. 113-142, out. 2016.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Ltr, 2011.

DUARTE NETO, B. H.; SANCHES, H. M. Responsabilidade Patrimonial. *In*: MARTINEZ, L.; BOUCINHAS FILHO, J. C.; SILVA, B. F. (org.). **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2019. p. 404-418.

FELICIANO, G. G. 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. 33, n. 127, p. 56-73, nov. 2007.

HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine. **Revista IIDH**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, n. 39, p. 71-99, 2004.

LEITE, C. H. B. A Terceirização e o Papel do Ministério Público do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 103, p. 27-43, jul./set. 2001.

MARINO, T. F.; CARVALHO, L. C. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ijuí: Editora Unijuí, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

NASPOLINI, S. H. D. F.; SILVEIRA, V. O. O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da corte europeia. **Cadernos do programa de pós-graduação de Direito/ UFRGS**. Porto Alegre, volume XI, n. 1, p. 90-92, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Informe da Comissão de Peritos. **Conferência Internacional do Trabalho**, 97ª Reunião, 2008. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_091402.pdf. Acesso em: 4 dez. 2019.

PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

PINTO, M. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de lós derechos humanos. *In: La aplicación de lós tratados de derechos humanos por lós tribunales locales*: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997. p. 163-172.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PORTELA, P. H. G. **Curso de Direito Internacional Público e Privado**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

PRITSCH, C. Z.; JUNQUEIRA, F. A. M.; MARANHÃO, N. Terceirização: STF Define que Responsabilização do Tomador Público não é Automática, mas Deixa em Aberto o Ônus da Prova. **Revista LTr**. São Paulo, Suplemento 084, p. 573-575, 2019.

RAMIREZ, S. G. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

SILVA, H. B. M. **CLT Comentada**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

SOUZA, E. B.; GONÇALVES, C. C. G. M. O diálogo judicial e o controle de convencionalidade no sistema interamericano de Direitos Humanos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 11-33, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em: 6 set. 2022.

TEIXEIRA, M. T.; FABRIZ, D. C. Terceirização no Brasil: análise social e econômica. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p. 1-12, ago./dez. 2015. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>. Acesso em: 6 set. 2022.

URQUIAGA, X. M. Principio pro persona. **Reforma DH: Metodologia para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos**. 1. ed. México: Nações Unidas, 2013.

VASEL, J. J. El Margin of Appreciation como elemento clave en el derecho constitucional europeo. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**. Ano 6, núm. 11, 2009. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/07_JOHANN%20JUSTUS.pdf. Acesso em: 26 dez. 2022

VIANA, M. T. **Para Entender a Terceirização**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.