



Revista de Investigações Constitucionais

ISSN: 2359-5639

Universidade Federal do Paraná

Leal, Mônia Clarissa Hennig; 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, vol. 4, núm. 1, 2017, Janeiro-Abril, pp. 109-128
Universidade Federal do Paraná

DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i1.48212>

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534057803006>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais informações do artigo
- Site da revista em redalyc.org

UABM redalyc.org

Sistema de Informação Científica Redalyc

Rede de Revistas Científicas da América Latina e do Caribe, Espanha e Portugal

Sem fins lucrativos acadêmica projeto, desenvolvido no âmbito da iniciativa
acesso aberto



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 1 | janeiro/abril 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



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*

***The conventionality control and Brazilian Judiciary: their
application by the Superior Labor Court in order to protect the
dignity of human labor (ban on outsourcing of core business)
in case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste and Contax***

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
moniah@unisc.br

FELIPE DALENOGARE ALVES***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
felipe@estudosdedireito.com.br

Recebido/Received: 23.08.2016 / August 23th, 2016

Aprovado/Approved: 12.02.2017 / February 12th, 2017

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; 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, vol. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i1.48212.

* Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa "Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos", financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), nos quais os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. O estudo se inseriu, também, no âmbito das atividades realizadas em parceria com a Universidade de Talca, no Chile, que contou com recursos da FAPERGS.

** Professora e Coordenadora Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS – Brasil). Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com estágio pós-doutoral pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado

Resumo

Este trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática do controle de convencionalidade, tendo por objetivo principal analisar a aplicação deste controle pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de proteger a dignidade da mão-de-obra humana. Para tanto, realizou-se um estudo dos principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que o controle da convencionalidade dos atos do Poder Público deve ser realizado pelo Judiciário brasileiro e, no caso da Justiça do Trabalho, as convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram-se relevante instrumento de efetivação dos direitos humanos, o que ficou transparente no caso *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste e Contax*. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de questões importantes ao tema, como o seguinte problema: como pode ser operacionalizado o controle de convencionalidade e como se deu sua aplicação pelo TST como forma de proteção à dignidade da mão de obra humana frente à possibilidade de terceirização de atividade-fim? Por derradeiro, dentre os resultados, conclui-se que o controle de convencionalidade ainda é uma prática pouco utilizada, sendo até desconhecida por muitos, necessitando de operacionalização, mas que, no caso em análise, o TST, com o objetivo de proteção ao trabalhador, aplicou o controle em reverência ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro por ocasião da ratificação da Constituição da OIT, dando interpretação convencional ao dispositivo legal interno, no sentido de que não se pode abstrair qualquer sentido que venha a permitir a terceirização de atividade-fim.

Palavras-chaves: Caso *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste e Contax*; controle de convencionalidade; convenções e recomendações da OIT; inconventionalidade da terceirização de atividade-fim; Tribunal Superior do Trabalho.

Abstract

*This paper presents the results of a bibliographical investigation, using the deductive method, having as main objective to analyze the application of conventionality control by the Superior Labor Court (TST) in order to protect the dignity of human labor. Therefore, was developed a study about the main aspects related to the topic, aiming to, at the end, demonstrate that conventionality control of state acts must be held by the Brazilian judiciary and, in the case of the Labor Court, the conventions and recommendations of the International Labour Organisation (ILO) have demonstrated to be a relevant instrument for realization of human rights, which was clear in the case *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste and Contax*. The article aims to clarify important issues about the theme, particularly the role of conventionality control and its application by the Brazilian Superior Labor Court in ways to protect the dignity of human labor. At the end, it is concluded that the conventionality control requires more operation, but, in the particular case under review, the Court, with the aim of protecting the worker, applied control in reverence to the international commitment made by the Brazilian state on the occasion of the ratification of the ILO Constitution, by giving conventional interpretation to the internal legal provision in the sense that one can not extract any interpretation that allows the outsourcing of core business.*

Keywords: Case *Carneiro Távora versus Telemar Norte Leste and Contax*; conventionality control; ILO conventions and recommendations; unconventionality of the outsourcing of core business; Superior Labor Court.

ao PPGD da UNISC. Coordenadora do "Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana" (financiado pelo FINEP). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – FAPERGS. E-mail: moniah@unisc.br.

*** Professor Adjunto na graduação em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (Restinga Sêca-RS, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Capes 5). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional Aberta", coordenado pela Profª Pós-Dra Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus e da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, presidida pelo Prof. Dr. Carlos Emílio Gaviria Díaz. Bolsista CAPES/PROSUP (Tipo II). E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre o controle de convencionalidade no sistema brasileiro e suas possibilidades de operacionalização; 3. A Organização Internacional do Trabalho: suas convenções e recomendações como instrumento de efetivação dos direitos humanos – o case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax; 4. Conclusão; 5. Referências;

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se dos métodos dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, sobre a temática da aplicação do controle de convencionalidade pelo Judiciário brasileiro, tendo por objetivo principal analisar, sob os contornos do constitucionalismo contemporâneo, como ocorreu sua utilização pelo Tribunal Superior do Trabalho, que manteve a decisão do juízo *a quo*, a fim de reconhecer a ilicitude da terceirização de atividade-fim (serviço de *Call Center*), no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011, neste trabalho denominado case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax.

O controle de convencionalidade nasce da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Estado é parte, calcado em princípios do direito internacional, como *liberum voluntatis arbitrium*, *pacta sunt servanda* e *bonam fidem*, compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário¹.

Como se verá adiante, há um controle de convencionalidade externo, realizado de forma concentrada nos Tribunais encarregados da observância e interpretação da norma internacional, e um controle interno, que, aplicado ao Brasil, poderá ocorrer de modo difuso, pelos juízes e tribunais da justiça ordinária, e concentrado, no Supremo Tribunal Federal.

Dentre os Tribunais Superiores pátrios, o TST vem se destacando nessa atuação, seja na aplicação própria do controle de convencionalidade, seja em deferência às decisões dos Tribunais *a quo* que o aplicam, principalmente frente às Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, constantemente o referido tribunal tem dado interpretação convencional, em respeito aos instrumentos internacionais, como ocorreu no caso em análise, frente à Declaração da Filadélfia de 1944, parte integrante da Constituição da OIT.

Assim, muito embora o Art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que dispõe, dentre outros fins, sobre os serviços de telecomunicações, permita que a concessionária

¹ Além disso, fator preponderante à instituição do controle de convencionalidade constitui-se a própria construção dos Tribunais Internacionais, os quais, paulatinamente, foram assentando o entendimento de vinculação dos Estados-partes às suas decisões, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid Arellano versus Chile* (que será objeto de nota no decorrer do trabalho).

contrate com terceiros inclusive o desenvolvimento de atividades a ela inerentes, a interpretação não poderá ocorrer de forma simplesmente gramatical, senão em conformidade com a Constituição e com as Convenções internacionais.

Formado o contexto, a pesquisa justifica-se pela necessidade de desenvolvimento de um estudo que esclareça pontos importantes acerca desta temática, como o seguinte problema: como pode ser operacionalizado o controle de convencionalidade e como se deu sua aplicação pelo TST como forma de proteção à dignidade da mão de obra humana frente à possibilidade de terceirização de atividade-fim?

Para isso, são abordados os principais aspectos referentes ao tema, como o controle de convencionalidade, sua aplicação no sistema brasileiro e as convenções e recomendações da OIT como instrumento de efetivação dos direitos humanos, com a análise de sua aplicação pelo TST no *case*, corroborando a decisão proferida pelo TRT/3, objetivando-se, ao final, demonstrar que o sistema jurídico interno não mais deve compatibilizar-se só à Constituição, mas também aos instrumentos internacionais, o que impediu que o trabalho humano fosse tratado como mercadoria, sinalizando o entendimento jurisprudencial brasileiro, principalmente frente à possibilidade de aprovação do polêmico Projeto de Lei nº 4.330/2004, que permite que as empresas possam terceirizar a atividade-fim.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO E SUAS POSSIBILIDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO

O controle de convencionalidade ainda é um instrumento relativamente pouco conhecido da doutrina brasileira e dos operadores do direito de um modo geral.² Ainda pouco estudado nos bancos escolares no cenário brasileiro e seu desuso nada mais demonstra do que a dificuldade de compreensão de um direito como sistema, advinda de uma cultura de fragmentação³.

Ele nasce da necessidade de observância das normas internacionais (pactos, tratados, convenções, acordos, dentre outros) de que o Estado seja parte (*pacta sunt servanda*), constituindo-se como um meio de dar-lhes efetividade diante da manifestação de vontade (*liberum consensus*) e seu natural comprimento (*bonam fidem*) por parte do

² Na perspectiva do Direito Argentino, ver: SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>. e ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

³ Este é o cerne do debate que alimentou (e até certo ponto ainda fomenta) o debate entre monistas e dualistas no Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o §3º no Art. 5º, da Constituição, no tocante à incorporação dos tratados sobre direitos humanos. O embate subsiste quanto aos demais.

signatário. Estes princípios, universalmente reconhecidos, são as bases preambulares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁴.

Frente a isso, entendemos que o Estado está diante de um novo paradigma vertical de conformação de suas normas. Significa dizer que, além da conformidade à norma constitucional, os atos legislativos, administrativos e judiciais devem conformar-se também às normas convencionais, as quais, tratando-se de direitos e garantias, ou possuem status de normas materialmente constitucionais⁵ (Art. 5º, § 2º, da Constituição) ou formalmente equivalentes às emendas constitucionais (Art. 5º, § 3º, da Constituição).

Concordando-se com Mazzuoli, embora fosse possível defender a desnecessidade de um controle específico de convencionalidade, pois se estaria falando, em última análise, de controle de constitucionalidade, uma vez que as normas internacionais sobre direitos humanos teriam status (materialmente ou formalmente) constitucional, dizemos que é necessária a sua sistematização. Isso porque, mesmo que ele também deva ser aplicado pela jurisdição constitucional, a referência à expressão “controle de constitucionalidade” deve ocorrer quando se tratar de norma propriamente constitucional (diga-se: do texto constitucional em sentido estrito)⁶.

Muito embora se reconheça a dificuldade de um controle preventivo de convencionalidade, especialmente no sistema federativo adotado pela República brasileira, com competências legislativas exclusivas, privativas, concorrentes, comuns e suplementares, entre todos os entes federativos⁷, os instrumentos internacionais que versem sobre direitos humanos devem ser objeto paradigmático por ocasião da produção legislativa.

Da mesma forma, os atos administrativos, que até pouco tempo eram dotados de mera legalidade e que, a muito custo, passaram a ser objeto de análise (administrativa e jurisdicional) de constitucionalidade (em virtude do recente fenômeno da constitucionalização do direito administrativo), devem ser compatibilizados às normas convencionais, que estão abrangidas pelo conteúdo do princípio da juridicidade.

Não se pode desconsiderar que o Estado brasileiro, ao estabelecer em sua Constituição (Art. 5º, § 2º), que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros

⁴ A Convenção, ratificada pelo Congresso em 17 de julho de 2009, foi promulgada por intermédio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁵ Mais à frente, se falará no status formal supralegal conferido pelo STF aos tratados sobre direitos humanos não aprovados pelo coro especial previsto no Art. 5º, § 3º, da Constituição).

⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74.

⁷ Apenas para se ter a noção da dificuldade de observância de competências e observância hierárquica normativa no Estado brasileiro, pode-se destacar a Lei Municipal nº 45, de 18 de outubro de 2011, do Município de Aporá, no Estado da Bahia, que alterou os Artigos 29 e 29-A da Constituição Federal de 1988. Assim, a Câmara de Vereadores aprovou e o Prefeito Municipal sancionou e promulgou emenda ao texto Constitucional Federal. A íntegra da lei original pode ser acessada em: <<http://blog.cers.com.br/integra-da-lei-municipal-que-emendou-a-constituicao-federal>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, comprometeu-se a observar e cumprir os dispositivos internacionais de que é signatário, no sentido da máxima efetivação dos direitos e garantias ali previstos.

O parágrafo 3º, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, operacionalizou a incorporação dos instrumentos que versem sobre direitos humanos⁸, estabelecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁹.

A presença de normas de reconhecimento e aceitação do direito internacional nestas Constituições reforçam a força normativa dos direitos previstos e assegurados nos instrumentos de que os respectivos Estados são partes, os quais são assegurados não apenas pela jurisdição interna, mas também por tribunais internacionais – incluindo-se os de atuação regional¹⁰.

Assim é que, como se pode falar em um *controle interno preventivo*¹¹ de convencionalidade dos atos normativos (realizado pelo *Poder Legislativo* – por ocasião do recebimento da propositura do projeto; análise pela CCJ; análise pelo plenário – e pelo *Poder Executivo* – por ocasião da possibilidade de veto), pode-se inferir também um *controle interno repressivo* concentrado e difuso de convencionalidade, como se passará a expor.

O *controle interno difuso* de convencionalidade é aquele aplicado internamente pelos juízes e tribunais nacionais, dentro de sua respectiva competência e em

⁸ Há dispositivos que guardam certa semelhança na Constituição Chilena (Art. 5º, inciso II), reformada em 1989; na Constituição Colombiana (Art. 93, incisos I e II) de 1991; na Constituição Guatemalteca (Art. 46), reformada em 1993; na Constituição Argentina (Art. 75, nº 22), com a reforma constitucional de 1994; na Constituição Venezuelana (Art. 23) de 1999; na Constituição Nicaraguense (Art. 46), reformada em 2005; na Constituição Equatoriana (Art. 417) de 2008; na Constituição Boliviana (Art. 410, inciso II) de 2009; na Constituição Dominicana (Art. 74, nº II e III) de 2010 e na Constituição Mexicana (Art. 1º), reformada em 2011. ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39. n. 1, p. 149-187, abr. 2012. p. 150-152.

⁹ Atualmente apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram aprovados com o coro especial, promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

¹⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39. n. 1, p. 149-187, abr. 2012. p. 152.

¹¹ Nesta fase, torna-se indispensável o diálogo institucional entre os Poderes da República, justamente com o propósito de observar a posição adotada pelo Poder Judiciário no tocante às Convenções Internacionais, no sentido do que Gargarella denomina de “Constitucionalismo Dialógico”. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. [epub]. O controle preventivo de convencionalidade poderia, por exemplo, diante da decisão objeto de análise deste trabalho, ter sido aplicado pela Câmara dos Deputados por ocasião da aprovação do Projeto de Lei nº 4.330/2004 (que visa permitir a terceirização de atividade fim).

conformidade com os procedimentos previstos na ordem jurídica, confrontando-se a norma pátria às convenções internacionais de que o Estado seja parte¹². Isso porque a inobservância às normas convencionais ou à interpretação dada a estas pelos Tribunais Internacionais responsáveis pelo zelo de sua efetividade e cumprimento (a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos), acarretará a responsabilização estatal¹³.

No Brasil, todo e qualquer juiz ou tribunal, mesmo em sede de jurisdição ordinária, tem o dever (*ex officio*) de analisar a convencionalidade da norma interna¹⁴. Salientamos, porém, que, no caso brasileiro, a não arguição da inconvenção da norma por parte do advogado pode ferir, em tese, princípio imperativo à sua conduta, qual seja, o de “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”¹⁵.

Reconhecemos que o direito convencional causa impactos em um contexto não familiarizado. O primeiro (objetivo) é de ordem normativa, que impõe o desafio de sua aplicação/aceitação no ordenamento interno (a exemplo da hierarquia dos tratados). O segundo (subjetivo) é a imposição de que os operadores do direito, os juízes, por exemplo, devem se preparar e conhecer, para poder operar o *corpus iuris* convencional. Estes dois marcos conduzirão a outros dois impulsos, que constituem-se na aplicação de ofício do direito convencional por parte do juiz e o afastamento da aplicação de normas nacionais julgadas inconvenientes¹⁶.

O controle difuso vem, todavia, sendo aplicado, ainda que timidamente e de forma corajosa¹⁷, pelos juízes e tribunais. Dentre os Tribunais Superiores, o destaque se dá

¹² A Corte Interamericana tem enfatizado, cada vez mais, a exemplo do Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (parágrafo 124), a necessidade da realização do controle de convencionalidade por parte dos juízes e dos tribunais internos.

¹³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45. n. 135, 2012. p. 1170.

¹⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 151.

¹⁵ A questão da não arguição da inconvenção cresce de vulto, caso comprovada a violação de infração ao dever do advogado de “empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional”, conforme previsto no Art. 2º, parágrafo único, inciso IV, do Código de Ética e Disciplina da OAB, uma vez que, conforme o Art 28, a observância da boa técnica jurídica constitui-se imperativo a uma correta atuação profissional.

¹⁶ LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Tópicos de convencionalidade**: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015, [epub].

¹⁷ Diz-se “corajosa”, pela estranheza que a prática ainda causa no cenário jurídico brasileiro. Como exemplo, pode-se destacar a notícia do Portal Empório do Direito, que, como um ato de bravura, raríssimo senão inédito, estampa: “Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade”. Tratava-se de decisão proferida pelo juiz Alexandre Moraes da Rosa, em 17 de março de 2015, em ação penal (0067370-64.2012.8.24.0023), na comarca de Florianópolis, no Estado brasileiro de Santa Catarina. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

ao Tribunal Superior do Trabalho, o qual tem apreciado a convencionalidade das normas pátrias, frente às convenções da Organização Internacional do Trabalho, a exemplo da decisão objeto de análise do presente artigo.

Já o *controle interno concentrado* de convencionalidade, por sua vez, deve ser realizado pela jurisdição constitucional brasileira, de forma *complementar* ou *principal*. A primeira deve ser realizada por ocasião da apreciação das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI ou ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Neste caso, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão constitucional, não poderá deixar de, conjuntamente, mesmo que de forma complementar, apreciar também a convencionalidade da norma atacada, por força do § 2º, do Art. 5º, da Constituição Federal.

Não nos parece haver possibilidade de propositura de ADI ou ADC com propósito específico de apreciar a (in)convencionalidade, por si só, de norma pátria, frente aos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados conforme o procedimento especial previsto no § 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, diferentemente do que ocorre com aquelas aprovadas na forma mencionada, uma vez que passarão a ter equivalência às emendas constitucionais¹⁸.

Isso porque, concordando-se com Mazzuoli, o Art. 102 da Constituição, após a inserção do referido parágrafo no art. 5º, deve ser interpretado de forma extensiva, a fim de contemplar a “guarda da constituição” e, logicamente, as normas a ela equivalentes¹⁹. Assim, restaria possível a propositura das ações de controle concentrado tendo

¹⁸ Este posicionamento parte do pressuposto de que os tratados internacionais aprovados com o procedimento especial possuem status de emenda constitucional, ou seja, possuem equivalência hierárquica, mas não se constituem em emendas constitucionais propriamente ditas. Dizemos isso porque, ao menos no plano formal, enquanto as Emendas Constitucionais são *promulgadas* pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal – *competência exclusiva* (Art. 60, § 3º, da CF/88), as convenções internacionais são *promulgadas* por Decreto do Presidente da República – *competência privativa* (Art. 84, inciso IV, da CF/88), após serem *aprovadas* pelo Congresso Nacional (Art. 5º, § 3º, da CF/88), como ocorreu com o único instrumento aprovado nessas condições (Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo). Ademais, há de se expressar que as Emendas Constitucionais se prestam a alterar (suprimir, modificar ou acrescentar) dispositivo do texto constitucional *stricto sensu*, localizando-se estas convenções, no plano do “Bloco de Constitucionalidade”, explicado mais à frente. Mazzuoli, em entendimento diferente, afirma que os tratados aprovados com o quórum especial não teriam apenas status de norma constitucional, como passariam, por equivalência, a contar com todos os meios que a norma constitucional (ou emenda) possuem para se protegerem “contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convenconalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015. Esta questão é de grande relevância, eis que, ao se admitir que os tratados não teriam apenas status normativo, mas passariam a constituir emendas constitucionais propriamente ditas, eles *não apenas seriam parâmetro de controle, mas objeto de controle*, tais quais as emendas. Não obstante essa distinção formal, ao se admitir que os tratados incorporados pelo quórum especial passam a se constituir texto constitucional próprio, passariam a ser parâmetro para o *controle de constitucionalidade*, o que esvaziaria, em certa medida, a noção do *controle de convencionalidade*.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convenconalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.

como parâmetro a norma internacional, equivalente à constitucional (atualmente, só a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, eis que o coro especial foi inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004)²⁰.

Já a aferição da convencionalidade da norma infraconstitucional frente aos tratados internacionais anteriores à inserção do Art. 5º, § 3º (antes, portanto, à supra referida emenda), a nosso ver, pode se dar por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), ou seja, pode ser arguida de forma concentrada, junto ao Supremo Tribunal Federal, como objeto principal da ação, por força do § 2º do Art. 5º da Constituição Federal²¹. Isto porque, em razão da natureza da ADPF, podem ser levados à apreciação do STF tanto os atos normativos federais, quanto estaduais e municipais²².

Em outras palavras, significa dizer que, por intermédio da ADPF, se poderia realizar um controle de convencionalidade concentrado interno no Supremo Tribunal Federal, no sentido de apreciar a convencionalidade de ato do Poder Público, proposta especificamente com esse fim, tendo como base não apenas a violação de preceito fundamental constante em tratado incorporado pelo Art. 5º, parágrafo 3º (com equivalência às normas constitucionais e, portanto, merecedoras da mesma proteção), mas também aos relativos aos direitos e garantias previstos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, por força do § 2º, do Art. 5º, tudo da Constituição Federal de 1988.

Defendemos que, por intermédio da ADPF, utilizando-se do preceito fundamental contido nessa cláusula de abertura constitucional (Art 5º, § 2º) – que serve como uma “porta” ao “bloco de constitucionalidade”²³, se aferiria a compatibilização da norma

²⁰ Situação diferente ocorreria, entretanto, no caso de apreciação de ação concentrada nos Tribunais de Justiça dos Estados, em face de lei estadual ou municipal incompatível com a Constituição Estadual. Neste caso, por ter o Tratado hierarquia superior à Constituição dos Estados, o Tribunal de Justiça não poderá aferir a (in)convencionalidade, cingindo-se à Constituição Estadual. O controle de convencionalidade, nesses casos, poderia ser aplicado de forma incidental, pelo STF, por ocasião da apreciação de eventual recurso extraordinário contra a decisão do órgão especial do Tribunal de Justiça, quando cabível.

²¹ Mazzuoli entende não ser possível. O autor, ao referir-se à ADPF nº 320/DF (que objetiva o cumprimento integral da sentença proferida pela CIDH no caso Gomes Lund e outros v. Brasil), expõe que “não fosse a alegação de descumprimento dos citados dispositivos constitucionais, não poderia o PSOL (infelizmente) propor, perante o STF, a citada ADPF tendo como paradigma exclusivamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelo motivo de que, para que se possa propor quaisquer ações do controle abstrato de normas, necessário se faz “equivaler” o tratado de direitos humanos em causa às normas constitucionais em vigor, tal como prevê o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-control-e-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.

²² Nesse sentido, poderia ser destaque a ADPF nº 289, que objetiva seja dada interpretação conforme ao Art. 9º, I e III, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, para o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz. Esta é a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mormente no Caso Palamara Iribarne vs. Chile, que poderia ter sido melhor explorada pela Procuradoria-Geral da República, por ocasião da Arguição.

²³ O “Bloco de Constitucionalidade” é a expressão utilizada, principalmente, por LLórente (LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9. n. 27, p.

pátria ao dispositivo convencional paradigmático, o qual integra o referido bloco. Dito de outro modo, não se estaria a confrontar a norma infraconstitucional ao § 2º, mas à norma internacional constante no bloco, utilizando-se como fundamento não a violação do § 2º, mas a norma material constante no tratado, conforme exposto na figura exposta na figura abaixo:



De outro lado, o *controle externo concentrado* de convencionalidade é aplicada pelas Cortes Internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos – no caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁴, que o realiza tanto

9-37, sept./dic. 1989) e por Bidart Campos (BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998), podendo ser definido como “un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etcétera”. BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 276.

²⁴ No caso do Controle concentrado de convencionalidade exercido sobre as Convenções internacionais da OIT, a sua Constituição, no Art. 37, § 1º, prevê que “quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição a das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça”. O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, estabelece a possibilidade de criação de um Tribunal Especial, criado pelo organismo, “para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção”. BRASIL. **Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948**. Promulga a Constituição da OIT (versão atualizada), mandando executar os Atos

em sede consultiva quanto contenciosa, a fim de determinar a compatibilidade ou não do direito interno (ou atos gerais dos agentes pertencentes aos Estados-partes) às disposições convencionais, determinando, por sentença, que o Estado-parte, como obrigação de resultado, modifique, suprima ou derogue suas normas ou atos julgados inconventionais²⁵.

Afirmamos, por conseguinte, como tem sido construído pela CIDH, que o controle de convencionalidade implica a necessidade de uma hermenêutica de integração entre a norma internacional e o ordenamento jurídico interno, a fim de reconhecer e efetivar os direitos e compromissos assumidos pelo Estado-parte²⁶, no momento da sua ratificação²⁷. Nesse sentido, o Art. 2º do Pacto de San José da Costa Rica prevê expressamente o dever de adotar disposições de direito interno (legislativas ou de outras naturezas) para que os Estados-partes tomem as medidas necessárias para efetivar os direitos e liberdades pactuados²⁸.

Como se disse na nota explicativa anterior, mesmo que os instrumentos internacionais tragam cláusula específica sobre a compatibilização do ordenamento interno, como norma geral, o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de que o Brasil é signatário, já impõe este dever. Assim ocorre com as convenções da Organização Internacional do Trabalho, as quais têm sido, cada vez mais, utilizadas como fundamento de decisões pelo Tribunal Superior do Trabalho, as quais serão objeto de estudo na seção a seguir.

firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

²⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45. n. 135, 2012. p. 1168.

²⁶ A sujeição às normas internacionais está interligada à noção de soberania e à necessidade de conformação de um direito comunitário, construído por uma “comunidade de Estados”, pautado por uma concepção de “direito restitutivo”, com o “respeito à diferença e à autonomia de cada um de seus sujeitos, que se obrigam por meio de contratos – neste caso, os Tratados – em que restam garantidas as prerrogativas de autodeterminação das partes”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1. n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>. p. 131.

²⁷ É necessário dizer que a ideia que defendemos não se pauta em uma superposição hierárquica das normas internacionais, fundamental à compreensão do controle de convencionalidade, mas em uma atividade hermenêutica de integração.

²⁸ Não se pode desconsiderar, ainda, o Art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o qual prevê que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO: SUAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – O CASE CARNEIRO TÁVORA V. TELEMAR NORTE LESTE E CONTAX

O Brasil é membro fundador da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual é resultante do Tratado de Versalhes, assinado em 28 de julho de 1919 e promulgado pelo Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920. Desde então, o Estado brasileiro ratificou 96 convenções internacionais da OIT, tratados internacionais abertos à ratificação dos Estados-membros, elaborados nas Conferências Internacionais do Trabalho, conforme o exposto da Constituição da OIT, aprovada na 29ª Conferência Internacional do Trabalho em 1946, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948²⁹.

Mazzuoli destaca que a Conferência Internacional do Trabalho poderá adotar, além das Convenções, as Recomendações e Resoluções (anexas àquelas)³⁰. O diferencial entre as Convenções e as Resoluções é que, enquanto as primeiras constituem-se em tratados internacionais sujeitos à ratificação, para surtirem efeitos normativos internos, as segundas são sugestões aos Estados-membros, para que procedam às devidas alterações legislativas, no sentido de compatibilizar a ordem interna aos preceitos da OIT.

Há de se dizer que “as convenções ratificadas (e em vigor internacional) constituem fonte formal de Direito, gerando para os cidadãos direitos subjetivos, que podem ser imediatamente aplicáveis”³¹, seja perante os seus respectivos órgãos de aplicação, seja por qualquer tribunal ou juízo.

Reconhece-se, todavia, que “a aplicação imediata das convenções ratificadas tem maior possibilidade jurídica de concretização nos países cujas Constituições adotam o monismo jurídico na regência das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional (como é o caso do Brasil)”³².

²⁹ A íntegra da versão atual da Constituição da OIT, em português, pode ser obtida em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

³⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.

³² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, *pro homine* 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015. p. 73.

Sem adentrar na discussão acerca de se todos os direitos trabalhistas (fundamentais) são direitos humanos³³, resta patente que as convenções internacionais da OIT são tratados sobre direitos humanos, possuindo papel essencial na sua internacionalização³⁴.

No Brasil, a posição hierárquica dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, que antes dividia monistas e dualistas³⁵ foi assentada pela Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45/2004). Mesmo assim, o debate continuou, referente aos tratados ratificados pelo Estado brasileiro em momento anterior à vigência da referida Emenda, sem o quórum especial, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

O Supremo Tribunal Federal atribuiu, por sua vez, a estes instrumentos, após intensos debates, o status de suprallegalidade. Tratou-se do julgamento, pelo Plenário, do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, de relatoria do Ministro Cezar Peluso. A controvérsia centrava-se no status assumido pelo Pacto de San Jose da Costa Rica no ordenamento jurídico pátrio, pois havia sido incorporado antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Para o Ministro Gilmar Mendes, o primeiro a enfrentar e introduzir o debate acerca do tema, a introdução do §3º no Art. 5º da Constituição não deixa outra interpretação senão “uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”³⁶.

³³ A respeito, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

³⁵ A controvérsia entre monistas e dualistas remonta à década de 1920. O monismo, cujo idealizador foi Kelsen, defende a ideia de que o Direito integra um único sistema, composto pelo direito interno e pelo direito internacional, passíveis de antinomias, o que impõe a necessidade de regras que possibilitem a solução, sem, contudo, a necessidade de dispositivos que domesticuem o direito internacional, havendo a possibilidade de uma norma de incorporação quando houver previsão constitucional, da mesma forma que o autor afirma ser possível o direito interno estabelecer a hierarquia entre as normas internacionais e internas. Kelsen, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo D. Varella (Coord). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 4, p. 10-90, 2013. Disponível em: <[http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20\(6\).pdf](http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20(6).pdf)>. Acesso em: 11 set. 2015. Por outro lado, para o dualismo, está-se a falar de dois sistemas distintos, o que, por consequência, não gera conflitos entre as duas ordens, uma vez que são contíguas e não se interceptam. Com isso, para essa corrente, torna-se necessária a domesticação (transposição) do direito internacional, por intermédio de uma deliberação legislativa, único ato que lhe daria eficácia intraestatal. BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

Assim, Gilmar Mendes desenvolveu sua tese no sentido de que “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos” aprovados sem o coro especial, sendo este o status atribuído ao Pacto de San José da Costa Rica³⁷. O Ministro alerta, entretanto, que o legislador constitucional não fica impedido de submetê-lo, “além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no Art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional”³⁸.

Assentou-se, com esse julgamento, que, em silenciando a Constituição acerca da posição normativa dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional nº 45, devido a sua importância, seu caráter é de *supralegalidade*³⁹. Tornou-se visível, a partir dos votos dos Ministros, que a principal questão do julgamento assentou-se no estabelecimento de uma posição hierárquica entre os dispositivos internacionais e a Constituição, predominando, inclusive, sobre a construção de uma solução para o caso concreto *sub judice* (no caso, a prisão civil do depositário infiel).

Já o caso em análise no presente trabalho retrata o acórdão proferido pela 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011, julgado em 30 de abril de 2014, de relatoria da Ministra Dora Maria da Costa, apresentado pelas empresas Telemar Norte Leste S.A. e Contax S.A., questionando a decisão proferida pelo tribunal *a quo* (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região), que inadmitiu Recurso de Revista contra acórdão proferido em favor do trabalhador Maurício Carneiro Távora, que reconhecia como ilícita a terceirização do serviço denominado *call center*, por entender que este se relaciona à atividade-fim das concessionárias dos serviços de telecomunicações.

³⁷ De acordo com o ministro, “essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

³⁹ Importante ressaltar a posição do Min. Celso de Mello, que, embora vencido em seu voto vista, atribuía “natureza constitucional” aos Tratados Internacionais sobre direitos humanos, basicamente pela “verdadeira cláusula geral de recepção”, contida no §2º, do Art. 5º, da Constituição Federal, o que faz com que mesmo os tratados aprovados antes da inserção do §3º tenham hierarquia constitucional. O ministro reconheceu, todavia, “a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem sobre o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

As empresas agravantes fundamentaram seu recurso basicamente no argumento de que a terceirização em atividade-fim não pode ser considerada ilícita, eis que encontra autorização no Art. 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97 (que dispõe, dentre outros fins, sobre os serviços de telecomunicações). O dispositivo prevê que, no cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”⁴⁰.

A Ministra relatora foi deferente à decisão do TRT/3, que desconstituiu a argumentação legalista das recorrentes, explanando que “a análise da licitude de qualquer conduta não se esgota com a singela leitura de leis ordinárias, é mister que o aplicador do direito se debruce sobre a Constituição e, também, sobre as normas internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁴¹. Com isso, estabeleceu-se que, além do crivo de constitucionalidade, as leis devem passar pelo crivo de convencionalidade, estabelecendo-se, assim, uma dupla aferição de compatibilidade vertical.

No julgado, destacou-se que, muito embora a Lei 9.472/97 autorize a terceirização de atividades inerentes, a interpretação destas atividades não pode ser meramente retirada de dicionários, mas sim do objeto social da empresa, sendo que, caso venha a encontrar-se a atividade terceirizada nesse cerne, a contratação será ilícita⁴².

Significa que a compatibilização da lei ordinária encontra parâmetros constitucionais e convencionais. Muito embora se compreenda que o fundamento do TRT/3 baseou-se, sobretudo, na hierarquia Constitucional, ao destacar que “no ápice da pirâmide de Kelsen, encontramos a Constituição”⁴³, o tribunal invocou como paradigmas constitucionais os fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais foram mantidos pelo TST⁴⁴.

A fundamentação do acórdão atacado baseou-se principalmente na dignidade do trabalhador, a qual o faz “merecedor de respeito pela ordem jurídica e pelos demais sujeitos de direito, ou ainda, a não instrumentalização do ser humano, isto é, sua não utilização como simples meio de aquisição de riqueza”⁴⁵.

⁴⁰ BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e dá outras providências.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

O Tribunal *a quo* assentou o entendimento de que a terceirização em atividade-fim fere o valor social do trabalho, “pois o empreendimento econômico transmite para um terceiro os fins que se propôs a executar, utilizando a mão de obra alheia em seus próprios misteres, o que acarreta extremada instrumentalização dos trabalhadores”⁴⁶, argumentação mantida pela Relatora do Agravo de Instrumento no TST.

Além disso, entendeu-se que a terceirização de atividade-fim, utilizando-se a mão de obra humana como mercadoria, conforme o julgado, além de afrontar a Constituição, deve ser analisada pelo crivo da convencionalidade, frente à Constituição da OIT, aprovada, como já referido neste trabalho, na 29ª Conferência Internacional do Trabalho⁴⁷.

Assim, o TST manteve inalterada a decisão do TRT/3, a qual reforçou que, seguindo-se os precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), os tratados e convenções sobre direitos humanos de que o Brasil seja parte possuem, no mínimo, posição suprallegal⁴⁸, fazendo com que as normas ordinárias que os afrontem não sejam aplicáveis⁴⁹.

Nesse sentido, surge, além da Constituição, a norma paradigmática convencional, prevista na primeira parte da Declaração da Filadélfia de 1944, parte integrante da Constituição da OIT, a qual torna-se ponto impeditivo para que o trabalho humano seja tratado como mercadoria⁵⁰.

Dessa forma, os Ministros da 8ª Turma do TST mantiveram a decisão *a quo* que reconheceu a ilicitude do contrato entre as empresas, uma vez que fundado em norma ordinária visivelmente inconstitucional e inconvenção, conhecendo do agravo interposto pelas empresas Telemar Norte Leste S.A (tomadora de serviços) e Contax S.A

⁴⁶ Observa-se que o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho não foi levado em consideração na Câmara dos Deputados, ao aprovar o polêmico Projeto de Lei nº 4.330/2004, que permite que as empresas possam terceirizar a atividade fim. O projeto encontra-se em tramitação no Senado e, se aprovado, tornando-se lei, possivelmente será objeto de apreciação de constitucionalidade e convencionalidade pelo Judiciário. Projeto disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 29 abr 15.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁴⁸ Percebe-se que o principal argumento para a manutenção da decisão atacada foi a norma convencional prevista no Art. 1º da Declaração da Filadélfia, anexa à Constituição da OIT, a qual estabelece que “o trabalho humano não será tratado como mercadoria”. É possível verificar que, não obstante se possa entender pela inconstitucionalidade da terceirização manobrada no caso em julgamento, utilizando-se de uma construção argumentativa calcada em princípios constitucionais, sobretudo nos fundamentos da República, no texto constitucional, não há, expressamente, nada semelhante (que vede a utilização do trabalho como mercadoria, tal qual a norma convencional).

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014.

(prestadora de serviços), mas não lhe dando provimento, mantendo a decisão favorável ao trabalhador Maurício Carneiro Távora.

Percebeu-se, por fim, que, além dos fundamentos republicanos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos na Constituição, o TRT/3 buscou a vedação contida na norma internacional, que não encontra dispositivo semelhante na Constituição da República, sendo ponto fundamental para reconhecer a incompatibilidade e aplicar efeito paralisante à norma ordinária, realizando, assim, um controle interno difuso de convencionalidade no caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Como visto, o controle de convencionalidade é um instrumento que, muito embora timidamente, vem sendo desenvolvido por parte da doutrina e aplicado (em algumas decisões, como é o caso analisado no presente trabalho) por juízes e tribunais brasileiros. Ele decorre da necessidade de observância dos instrumentos internacionais de que o Brasil seja parte, uma vez que estes são incorporados ao direito pátrio, seja como normas com status materialmente ou formalmente constitucional.

A operacionalização desta espécie de controle ainda carece de estudos que elucidem aos operadores do direito a forma de sua aplicação, mormente em um sistema complexo como o brasileiro, que admite, além do controle concentrado de constitucionalidade – exercido pelo Supremo Tribunal Federal, em nível federal, e pelos Tribunais de Justiça dos Estados, em nível estadual – o controle difuso, aplicado pelos juízes e tribunais ordinários.

Nesse sentido, impera dizermos que a norma internacional, tenha ela status constitucional ou supralegal, deve ser levada em consideração, quando da apreciação da compatibilidade da legislação ordinária. Significa expressar que, além de seu controle frente à Constituição, deve ocorrer seu controle frente às convenções internacionais de que o Estado brasileiro seja parte (controle de convencionalidade).

Dentre os Tribunais Superiores brasileiros, o Tribunal Superior do Trabalho vem se destacando na aplicação do controle de convencionalidade, principalmente ao se utilizar das Convenções Internacionais da OIT como fundamento para suas decisões. Foi assim ao reconhecer a possibilidade de percepção simultânea dos adicionais de insalubridade e periculosidade e, no caso analisado neste trabalho, ao julgar inconveniente norma ordinária que, em tese, permitia a terceirização de atividade fim.

Conforme apontado, a Declaração da Filadélfia, parte integrante da Constituição da OIT, veda terminantemente que o trabalho humano seja tratado como mercadoria. Se fosse permitida a terceirização de atividade fim, entendeu o TST, corroborando com o TRT/3, que se estaria dando este tratamento à mão de obra humana. Isso revela outro ponto visível no cenário brasileiro: a falta de interlocução entre os Poderes.

Dizemos isso porque, ao apreciar o polêmico projeto de lei nº 4.330/04, que versa sobre a possibilidade de terceirização de atividade-fim, este posicionamento do Tribunal não foi levado em conta pela Câmara dos Deputados.

Por derradeiro, verificamos que no *case* Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax, o Tribunal Superior do Trabalho brasileiro, corroborando com a decisão proferida pelo TRT/3, manteve a decisão que, com o objetivo de proteção ao trabalhador, aplicou o controle de convencionalidade em reverência ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro por ocasião da ratificação da Constituição da OIT, dando interpretação convencional ao dispositivo legal (inciso II, do artigo 94, da Lei nº 9.472/94), no sentido de que não se pode abstrair qualquer sentido que venha a permitir a terceirização de atividade-fim.

5. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso del derecho convencional internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno en el periodo 2006-2010. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 39, n. 1, p. 149-187, abr. 2012.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 45, n. 135, 2012.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Manual de la Constitución reformada**. t. 1. Buenos Aires: Ediar, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 180-195, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 3. ed. Brasília: STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR nº TST-AIRR-1269-81.2013.5.03.0011**. Rel. Min. Dora Maria da Costa. 8ª Turma. Julgamento em: 30 abr. 2014. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2014&numProcInt=66108&dtaPublicacaoStr=05/05/2014%2007:00:00&nia=6064615>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 13.990, de 12 de janeiro de 1920**. Promulga o Tratado de Paz entre os países aliados, associados e o Brasil de um lado e de outro a Alemanha, assinado em Versailles em 28 de junho de 1919. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D13990.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 25.696, de 20 de outubro de 1948**. Promulga a Constituição da OIT (versão atualizada), mandando executar os Atos firmados em Montreal, a 09 de outubro de 1946, por ocasião da 29.ª Sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-25696-20-outubro-1948-454771-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº 02/2015**. Código de ética e disciplina da OAB. Brasília: OAB, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Julgamento em 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Julgamento em 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Relatoria/showDocument.asp?DocumentID=155>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

EMPÓRIO DO DIREITO. **Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade**. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **Por una justicia dialógica**. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014. [epub].

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo D. Varella (Coord). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 4, p. 10-90, 2013. Disponível em: <[http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20\(6\).pdf](http://www.brazilianjournal.org/Past_issues_files/RDI%20-%20As_relacoes_de_sistema%20(6).pdf)>. Acesso em: 11 set. 2015.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Tópicos de convencionalidade**: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015. [epub].

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1. n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40518>.

LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9. n. 27, p. 9-37, sept./dic. 1989.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 43, pro homine 2013. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1488681/Rev.43_Art.4/94b0e824-e2ae-4456-90bb-3922c1aeef35>. Acesso em: 30 abr. 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 4 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Pena de morte na Indonésia e FGTS no Brasil — a distinção necessária. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, Coluna de 15 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/direitos-fundamentais-pena-morte-indonesia-fgts-brasil-distincao-necessaria>>. Acesso em: 30 abr. 2015.