

A SUBCONTRATAÇÃO DE TRABALHADORES NO SETOR PÚBLICO

Rafael da Silva Marques

Juiz do Trabalho Substituto

Mestre em Direito e Doutorando em Direito do Trabalho

SUMÁRIO: Introdução; 1. A terceirização no serviço público; 2. Da normatividade – Uma visão crítica; 3. As reclamações 6.970 e 8.233; Conclusão; Fontes de Pesquisa.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo não é tratar da administração pública. É, isto sim, analisar a questão da subcontratação dentro da administração pública. Para tanto serão analisados além de dispositivos constitucionais e legais, a posição da doutrina e da jurisprudência a respeito, sem esquecer os termos da súmula 331, II e IV, do Tribunal Superior do Trabalho¹.

Este tema é polêmico. Em princípio, a terceirização pela administração pública, no Brasil, deve ser voltada ao planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, recorrendo, nestes casos, à execução indireta, repassada à iniciativa privada mediante contrato administrativo.

Mas será mesmo que a ordem jurídica brasileira autoriza a subcontratação por parte do poder público? Será que não há discriminação entre trabalhadores e servidores? Pode o poder público, encarregado de zelar pelo cidadão, “criar” cidadãos de “segunda classe”?

Estes serão os temas debatidos, de forma sucinta, neste ensaio.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 10, cabeça, do Decreto-Lei 200/67 preceitua que “a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada”, além do parágrafo sétimo do mesmo artigo, onde consta que “para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração

¹ II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - (...). IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução". É ele quem autoriza a terceirização por parte da administração pública.

Ambos dispositivos, reforçados pelo artigo 3º, parágrafo único, da Lei 5.645/70, este revogado, dão a noção do que é e quais são os limites à subcontratação de trabalhadores junto ao setor público.²

Os mais apressados poderiam até pensar que os ditos dispositivos de lei, por analogia, aplicar-se-iam à iniciativa privada.

É, contudo, enganosa esta conclusão. É que este artigo 10 do Decreto-Lei 200/67, fala apenas da descentralização administrativa. Prevê, portanto, a exceção, contratação por interposta pessoa, o que exige, por regra de hermenêutica, interpretação restrita. A norma cria uma exceção à regra geral, e que deve ser aplicada apenas nos seus estritos limites.

Note-se que o fato de a analogia ser defendida para os casos de equiparação salarial entre os empregados da tomadora e os terceirizados se justifica por ser interpretação protetiva³. Registre-se que a exposição de motivos da CLT, itens 19 e 21⁴, concretiza o caráter protetivo da norma celetista, o que permite esta interpretação.

De outro lado, a interpretação extensiva à atividade privada geral desta norma que autoriza a terceirização no serviço público encontra impedimento no que consta do artigo 7º, cabeça e I, da CF/88. Nesse artigo está estampado que "*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social: I – relação de emprego (...)*", entendendo-se, utilizando-se de interpretação mais benéfica, a relação de emprego direta para com o tomador, sem intermediação de terceiros.

² Art. 3º, par. único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, parágrafo 7º, do Decreto-Lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

³ OJ-SD11-383 TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, "A", DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, "a", da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

⁴ 19. Assim, sem fazer injúria ao bom senso geral, exemplificarei, entretanto: o contrato individual do trabalho pressupõe a regulamentação legal de tutela do empregado, não lhe podendo ser adversa; a organização sindical pressupõe igualmente a condição de emprego ou o exercício de profissão e a constituição da empresa; o contrato coletivo de trabalho seria, por sua vez, inviável sem a prévia formação sindical das classes.

21. Para melhor compreensão, dividiu a Comissão o Título II do anteprojeto em dois Títulos, visando a tornar ainda mais intuitivo o esquema da Consolidação: ocupando-se essas duas divisões, respectivamente, "Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho" e "Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho", que constituem exatamente os princípios institucionais e básicos da proteção do trabalho.

Retornando à terceirização junto ao setor público, é interessante que se faça referência ao fato de que, mesmo existindo dispositivo na lei de licitações⁵, que exonere o ente público de qualquer parcela trabalhista não-paga pelo prestador, não deve ele ser aplicado por inconstitucionalidade. É que o disposto no artigo 37, parágrafo sexto, da CF/88⁶, impõe a responsabilidade à administração pelos danos causados por seus agentes a terceiros, norma esta em parte repetida pelo inciso IV da Súmula 331 do TST e Súmula 11 do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região⁷.

Como visto, em princípio, é possível a terceirização de certas atividades pelo poder público, transferidas à iniciativa privada mediante contrato licitatório, ficando, contudo, a respectiva esfera da administração responsável de forma subsidiária por eventuais parcelas não-pagas, consoante decisões reiteradas dos tribunais laborais.

O tema da licitude da terceirização junto à administração pública, contudo, é polêmico. É por isso que, a partir de agora, faz-se referência à doutrina que discute o tema, especialmente Sérgio Pinto Martins e Jorge Luiz Souto Maior.

Sobre a terceirização na administração pública, Sérgio Pinto Martins assevera que é lícita esta forma de contratação, por interposta pessoa, tendo o erário como tomador dos serviços, de acordo com os preceitos legais existentes. Ele assevera que a terceirização junto à administração poderia gerar a corrupção, principalmente por não exigir o concurso público. Ele faz o contraponto e acrescenta que há concorrência pública para a contratação dos serviços. E conclui que o Estado se beneficia desta forma de prestação de serviços, pois que destina parte de sua atividade não-essencial a empresas mais competentes e com um custo menor, diminuindo o déficit estatal.⁸

O autor acrescenta que o Estado já terceiriza a coleta de lixo, transporte público, por sistema de concessão ou permissão, além de mediar o consumo de água, gás, energia elétrica, isso na distribuição das contas e assistência técnica ao consumidor junto às referidas áreas. Para ele, “*verifica-se até mesmo a terceirização da frota de veículos da Administração Pública. Pode-se contratar um sistema de rádio-taxi, uma central para alugar veículo. Em certos casos, isso já foi feito, dada a manutenção dispendiosa dos veículos públicos*”.⁹

⁵ Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

⁶ Art. 37. (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁷ “RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8666/93. A norma do art. 71, par. 01, da Lei 8.666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da administração pública, direta e indireta, tomadoras dos serviços. Resolução Administrativa nº 007/99. Publicado no DJE de 11/05/99”.

⁸ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

⁹ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 141/142.

Pinto Martins faz referência à legislação já referida neste estudo, mas acrescenta que o artigo 18 da Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, admite a terceirização no serviço público, isso porque menciona que os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra, isso quando se referem à substituição de servidores e empregados públicos, contabilizar-se-ão, para fins de despesas, como “*outras despesas de pessoal*”, o que confirma que a lei admite a subcontratação objeto desta investigação.¹⁰

Assim, conclui Pinto Martins, “*não há dúvida de que a terceirização de serviços pode ser feita na Administração Pública. Entretanto, não se pode fazer terceirização de mão-de-obra na Administração Pública, pois favorece o nepotismo e as nomeações políticas, ferindo a exigência do concurso público*”, ou seja, apenas terceirização de serviços e não de mão de obra.¹¹

Há, contudo, quem entenda não ser possível a terceirização no serviço público. Jorge Souto Maior aduz que a terceirização nada tem a ver com as exigências do serviço público, salvo se se entender que o Estado deve produzir riqueza a partir da exploração do trabalho alheio, sendo este “alheio” os próprios membros da sociedade que o Estado se propõe a organizar e proteger. Note-se - adiciona o autor -, que o modelo toyotista, de onde surge a terceirização, é uma técnica que visa a potencializar a exploração da mão de obra, prática esta que não faz parte daquelas atinentes aos deveres do Estado.¹²

Para Souto Maior, a eficiência administrativa não pode ser incrementada com a redução e precarização de direitos dos trabalhadores. Isso porque em assim agindo, o Estado passa a excluir estas pessoas desta mesma sociedade, colocando-as na condição de *subcidadania*. Registre-se que a terceirização por si, reduz e precariza direitos, pois que as empresas prestadoras oferecem serviços, por licitação de melhor preço às custas da redução dos ganhos dos trabalhadores, acabando, muitas vezes por descumprir com suas obrigações, deixando os trabalhadores a mercê de um processo judicial no qual o poder público se utiliza da mais variada gama de recursos para evitar o pagamento do que deve e mais, do que deveria ter feito de forma correta, contratação de pessoal por concurso público.¹³

Ainda, a terceirização no setor público exige, também, se analise a questão da moralidade administrativa. Ela traz o interesse eleitoral. Há a possibilidade de contratação de pessoas sem o concurso público, em troca de votos em eleições. Garante o voto a determinado candidato quando dos pleitos eleitorais, o que, evidentemente, fere o princípio da moralidade administrativa constante do artigo 37, cabeça, da Constituição brasileira de 1988.¹⁴

Souto Maior crê que a terceirização no setor público tem o mesmo caráter que no setor privado, de uma certa represália por parte dos empregadores frente

¹⁰ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 143.

¹¹ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, *ibidem*.

¹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional”, Em *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, n° 273, setembro de 2006, p. 14/15.

¹³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...)”, cit., p. 15.

¹⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...)”, cit., p. 18.

aos trabalhadores e suas postulações. É por isso que acaba sendo conveniente à administração pública terceirizar ao invés de nomear servidores concursados, pois se algum deles causa “problemas”, basta simples telefonema à empresa prestadora que o “problema” está resolvido. Para o autor, “*dizer que a terceirização não causa nenhum dano ao trabalhador e sobre tudo aos servidores públicos, enquanto classe de trabalhadores, é desconhecer a realidade ou não querer enxergá-la, por desinteresse ou comprometimento*”.¹⁵

O passo seguinte é fazer uma análise da questão da terceirização no serviço público sob o aspecto normativo e legal. O autor utilizado será Jorge Souto Maior, com contraponto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho.

2. DA NORMATIVIDADE – UMA VISÃO CRÍTICA

Inicia-se este capítulo com a transcrição, em texto, do que consta no artigo 37, cabeça e incisos I e II, da Constituição brasileira de 1988¹⁶. Estes dispositivos tratam dos princípios da administração pública, cargos, empregos e funções públicas, bem como da forma de investidura no cargo ou emprego público, que depende de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Dos dispositivos supra se pode concluir que a execução das tarefas por parte do poder público devem ser precedidas de concurso público por parte dos servidores¹⁷. É por isso que a contratação de trabalhadores ou empresas por meio de licitação fere o dispositivo constitucional do concurso público constante do artigo 37, II, da Constituição Federal de 1988.¹⁸

Souto Maior já rebate, de antemão, a crítica de que o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição brasileira de 1988¹⁹ autorizaria a terceirização no momento em que preceitua que, por licitação, poder-se-á contratar obras, *serviços*, compras e alienações. Para o autor, este dispositivo não pode ser lido de forma isolada, senão em consonância com o que dispõem os incisos I e II do mesmo artigo, não se podendo admitir contradição entre eles. O fato de o ente público poder contratar

¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), *ibidem*.”

¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...).

¹⁷ Faz-se a referência que a exigência do concurso público dá-se em razão do princípio da igualdade e da moralidade administrativa. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11. ed., 2007, p. 263.

¹⁸ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), *cti.*, p. 19.

¹⁹ Art. 37. I – (...); XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

trabalhadores por meio de interposta pessoa traria a ineficácia dos incisos a pouco mencionados, isso porque ficaria sob a conveniência do administrador a escolha entre abrir o concurso ou contratar uma empresa para tanto.²⁰

A posição do juslaborista paulista não é unânime.

Aloísio Zimmer Júnior assevera que dentre os “*serviços*” estão aqueles nominados comuns, atinentes à informática, assistência hospitalar, atividades auxiliares como de ascensorista, copeiro, jardineiro, filmagem, fotografia, tradução, entre outros, de onde se pode concluir ser permitida a terceirização por parte do poder público destas funções.²¹

Já Odete Medauar, diz que a doutrina faz a divisão entre *serviços comuns*, aqueles em que para a execução não é exigida qualquer habilitação específica, como por exemplo limpeza; técnico-profissionais, onde se exige habilitação específica, que é o caso da manutenção de elevadores por exemplo; e *técnico-profissionais especializados*, executados por profissionais de notória especialização, consoante, neste último caso, artigo 13 da Lei 8.666/93^{22, 23}.

Ao que parece os argumentos de Souto Maior são mais sólidos. Isso porque a forma de contratação de pessoal dá-se por concurso público de provas ou de provas e títulos. De outro lado, em havendo trabalho permanente, será empregador aquela empresa ou tomador beneficiado destes serviços, o que impediria a terceirização. As contratações por licitação, portanto, possíveis de se enquadrarem como serviços, seriam aquelas que não fazem parte da dinâmica do poder público, dinâmica esta que não se confunde com atividade-meio ou atividade-fim.

De outro lado, o artigo 6º, II, da Lei 8.666/93 que define o que é serviço, preceitua que serviço é “*toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais*”, de onde se pode concluir não ser possível a contratação de mão-de-obra por parte do poder público por interposta pessoa, já que nenhuma das hipóteses diz respeito a tarefas a *serem realizadas de forma permanente*, senão eventuais ou temporárias, mesmo em se tratando do conceito de conservação ou manutenção, já que os demais itens elencados, todos, *dizem respeito a atividades não-permanentes*.

A leitura do que preceitua a norma do artigo 37, XXI, da Constituição brasileira de 1988 e artigo 6º, II, da Lei 8.666/93 deve ser realizada sem se perder de vista o que

²⁰ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 19.

²¹ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007, p. 378.

²² Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: I. estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; II. pareceres, perícias e avaliações em geral; III. assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV. fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V. patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI. treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII. restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

²³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, cit., p. 210.

preceitua o artigo 37, II, da CF/88, de onde se conclui que, para fins de trabalho permanente, apenas é possível a contratação por concurso público.

Ainda, permitir-se a contratação de pessoal por licitação feriria os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade. É que se poderia criar uma espécie de “curral eleitoral” onde os prefeitos e outros administradores, em troca de votos em eleições, acabariam por contratar empresas de prestação de serviços, exigindo a admissão deste ou daquele empregado, por parte da tomadora dos serviços, ferindo os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade quando da contratação de pessoal.

Ainda, Souto Maior agrega que não se pode entender que sob a lógica do inciso XXI do artigo 37 da CF/88 se poderia contratar ou implementar atividade permanente da administração. Se assim fosse, qual seria o limite, pergunta-se ele. O que fazem os juízes senão a prestação de serviço público ao jurisdicionado? Ele conclui que mesmo que o Decreto-Lei 200/67, em seu artigo 10, autorize a execução de tarefas executivas, não pode fazê-lo sem a observância dos preceitos constitucionais (concurso público) e nem versar sobre aquilo que diz respeito à dinâmica permanente da administração.²⁴

O autor paulista vai mais além. Faz referência expressa aos artigos 6º, II e 8º da Lei 8.666/93²⁵, e aduz que estes dois dispositivos preceituam, em conjunto, que a contratação dos serviços deve ocorrer de forma temporária, isso porque, quanto ao artigo 8º, a norma preceitua expressamente a possibilidade de prorrogação e prazos para execução.²⁶

Souto Maior, na parte final de seu estudo, faz um alerta. Para ele a defesa teórica da possibilidade de terceirização junto à administração pública tem permitido apenas a contratação de empregados de menor “status” social, com enriquecimento das empresas prestadoras, ou melhor de seus proprietários. Não há benefício ao poder público, salvo a falsa impressão de redução de custos, que se obtém com a diminuição do custo da mão-de-obra²⁷, repassando o lucro pela intermediação de mão-de-obra apenas à empresa prestadora e seus sócios.

Registre-se que mesmo se invocando o que preceitua o parágrafo primeiro do artigo 18 da Lei Complementar 101/2000, ainda assim a terceirização seria inconstitucional. Este artigo não pode ferir o que dispõe o artigo 37, II, da CF/88, que exige o concurso público, e nem permitir se disponibilize, por terceiros, pessoal permanente junto à administração.

Tanto é verdade que Sérgio Pinto Martins, preocupado com a questão do concurso público e do nepotismo, acaba criando uma diferenciação em terceirização de serviços e terceirização de mão-de-obra, a fim de sustentar que, no caso daquela,

²⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 20.

²⁵ “Art. 8º. A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução”.

²⁶ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 22.

²⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Terceirização na administração pública: (...), cit., p. 24.

há permissivo legal para a adoção da subcontratação por parte da administração, o que não ocorre no último caso.²⁸

Note-se que Pinto Martins equivooca-se em fazer esta distinção, pois que a *terceirização de serviços* nada mais é do que o *fornecimento de mão-de-obra permanente à administração*, como por exemplo pessoal de vigilância e limpeza, entre outros. Apenas destaca-se que as contratações para prestação de determinadas tarefas como manutenção de prédios, informática, cursos de aperfeiçoamento, estas não permanentes são possíveis, consoante já versado supra, sendo elas as reais atividades nominadas como *serviços*.

Contudo, decisões do Supremo Tribunal Federal agasalham a possibilidade de terceirização no serviço público, inclusive enfrentando a questão da inconstitucionalidade, rejeitando-a quando se trata de responsabilidade subsidiária.²⁹

Por fim, há que se dizer que mesmo que os tribunais entendam possível a subcontratação junto ao serviço público, esta prática deve ser, mesmo que aos poucos, erradicada. E cabe aos sindicatos de servidores e aos juristas exigir que o Estado se abstenha de efetuar contratação por interposta pessoa, respeitando preceitos básicos da Constituição Federal e direitos fundamentais do cidadão trabalhador.

3. AS RECLAMAÇÕES 6.970 E 8.233

Em recente processo de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal³⁰, foi debatida a questão da inconstitucionalidade do inciso IV da Súmula 331 do TST. O tema da reclamação foi a infringência, por parte deste inciso da Súmula 331 do TST, da cláusula de reserva de plenário prevista do artigo 97 da Constituição brasileira de 1988. Esta decisão será, a partir de agora, analisada.

Preceitua o artigo 97 da Constituição brasileira de 1988 que “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”, ou seja, sempre que um tribunal, quer regional, de estado ou mesmo superior for declarar inconstitucional uma lei ou ato normativo do poder público, deverá fazê-lo por voto da maioria absoluta dos seus membros. A este procedimento nomina-se “*reserva de plenário*”.

Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal, editou a Súmula Vinculante número 10. Nesta súmula consta que “*viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte*”.

Foi justamente com base no que consta desta Súmula Vinculante número 10 que o Ministro Ricardo Lewandowski, na reclamação 6.970, concedeu liminar, suspendendo decisão do Tribunal Superior do Trabalho que determinou a condenação do poder público a pagar, de forma subsidiária, parcela trabalhista empregado em caso de

²⁸ PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, cit., p. 143.

²⁹ AI 673024 AgR/PA - PARÁ AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski - Julgamento: 16.09.2008 - Órgão Julgador: Primeira Turma.

³⁰ Reclamação 6.970.

terceirização, consoante inciso IV da Súmula 331 do TST, que tem por fundamento a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/73, por força do artigo 37, parágrafo sexto, da Constituição brasileira de 1988. Ele concluiu que o TST não deliberou por maioria a adoção da súmula quanto à inconstitucionalidade, e suspendeu a decisão do tribunal laboral.³¹

Contudo, quando da apreciação do mérito, o Ministro reconsiderou sua decisão, julgando improcedente a reclamação, isso porque a edição do inciso IV da Súmula 331 do TST foi debatida e decidida pelo voto unânime dos ministros deste tribunal.³²

Daí se poderia concluir que, embora não haja decidido o Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não do artigo 71, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93, decidiu que é constitucional e não ferem a cláusula de reserva de plenário os termos do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Ocorre que este tema foi objeto de debates fervorosos na doutrina e jurisprudência brasileiras. Tanto é verdade que em decisão mais recente o Ministro Marco Aurélio Melo, do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática, entendeu de forma contrária ao Ministro Lewandowski e julgou procedente a reclamação para dispensar o poder público do pagamento das parcelas trabalhistas, fruto de condenação subsidiária, por violar, o item IV da Súmula 331 do TST, a cláusula de reserva de plenário, consoante Súmula Vinculante 10 do STF.³³

CONCLUSÃO

Os argumentos contra a terceirização no serviço público são vários. O que interessa é saber se o poder público vai prosseguir contratando trabalhadores em serviço permanente desta forma, criando trabalhadores de “segunda classe” dentro de seu espaço físico, justificando sua atitude em uma ilusória eficiência e economia de recursos.

O certo é que enquanto os administradores públicos não forem responsabilizados por esta flagrante discriminação, falsamente autorizada pelo ordenamento jurídico, a sociedade continuará, através de seus representantes e dos seus agentes de poder, chancelando a criação de cidadãos de “segunda classe”.

É tendo por base os direitos fundamentais e o valor social do trabalho, ambos como elementos-kerne do Estado e da democracia brasileiras, é que se poderá atingir um nível de interpretação razoável quanto à terceirização, ao ponto de evitar sua propagação e, aos poucos, reduzi-la. Note-se que o valor social do trabalho é fundamento da República, artigo 1º, IV, da CF/88 e fundamento da ordem econômica e social, artigos 170, cabeça e 193 da CF/88.

FONTES DE PESQUISA

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 11. ed., 2007.

PINTO MARTINS, Sérgio. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

³¹ Rcl 6.970. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em 13 de novembro de 2008.

³² Rcl 6.970. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, em 23 de abril de 2009.

³³ Rcl 8.233. Relator Ministro Marco Aurélio Melo, em 27 de abril de 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na administração pública: uma prática inconstitucional, Em *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre: HS Editora, nº 273, setembro de 2006.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Curso de Direito Administrativo*, Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2007.

www.stf.jus.br.

www.tst.jus.br.

www.trt4.jus.br.