

CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO

Professor Emérito da PUC/MG e

da UnB – Universidade de Brasília

Advogado

**CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO DE
ELETRICIDADE E TELECOMUNICAÇÕES. LEI 8.987/1995, ART. 25, § 1º, e
LEI 9.472/1997, ART. 94, II. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADES
INERENTES, ACESSÓRIAS OU COMPLEMENTARES. DECISÃO DO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NO SENTIDO DA ILICITUDE DE
TAL TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331-TST.**

P A R E C E R

Carlos Mário da Silva Velloso *

SUMÁRIO: I. A exposição e a consulta. II. Síntese da controvérsia. III. A natureza jurídica das súmulas de jurisprudência. IV. A gênese da Súmula 331-TST. V. Reflexões críticas sobre a Súmula 331-TST. VI. Breves considerações sobre a concessão de serviços públicos: a Constituição Federal e as Leis 8.987/1995 e 9.472/1997. VII. Análise do caso concreto. VII.1. A inobservância do postulado da reserva de Plenário; VII.2. A licitude da terceirização de atividades inerentes, acessórias e complementares; VII.3. A identificação da atividade fim da concessionária de telecomunicações; VII.4. A identificação da atividade fim da concessionária de energia elétrica. VIII. Conclusões. IX. Resposta à consulta.

*Professor Emérito da Universidade de Brasília, UnB, e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e Teoria Geral do Direito Público. Professor Emérito da Escola da Magistratura Federal da 1ª Região (TRF/1ªR., Brasília, DF). Professor de Direito Constitucional Tributário no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Doutor *honoris causa* pela Universidade de Craiova, Romênia, e pelo Centro Universitário da Cidade do Rio de Janeiro. Advogado: OAB/MG nº 7.725; OAB/DF nº 23.750.

I. A exposição e a consulta.

1. Trata-se de consulta formulada pela Federação Brasileira de Telecomunicações e pela Associação Brasileira de Distribuidoras de Energia Elétrica. Informam que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em decisão majoritária, proferida em sede de embargos de divergência em recurso de revista, reputou ilegal a postura de concessionária de energia elétrica em terceirizar atividades de construção e reforma de redes de energia elétrica e sua manutenção de rotina e emergência.

1.1. Dizem que a Colenda 1ª Subseção Especializada em Dissídios Individuais, ao julgar os ERR 568.341/1999, chegou a essa conclusão a partir da dicção do inciso I, de sua Súmula 331, afastando a aplicabilidade do artigo 25 da Lei 8.987/1995, que possibilita a terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares, proclamando, por maioria:

“RECURSO DE EMBARGOS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM - EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA - EXEGESE DO ART. 25 DA LEI Nº 8.987/95 - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano,

prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.”

1.2. Informam que o Tribunal registrou a complexidade da questão, “*em face da delimitação do que vem a ser, na terceirização, atividade-fim e atividade-meio, e do alcance das expressões utilizadas pelo legislador ordinário ao se reportar a serviços inerentes e serviços acessórios e suas implicações com a legislação trabalhista.*”, anotando ser indispensável a ponderação dos “*aspectos de natureza econômica e social, tendo como pano de fundo a nova realidade do mundo globalizado, que demanda a especialização no meio produtivo*”. Invocam lição de Luís Roberto Barroso, no sentido de que, variadas vezes, para a obtenção da resposta constitucionalmente adequada, ao magistrado “*já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do*

processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.”¹.

1.3. Assinalam que a Corte consignou a inaplicabilidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que autoriza as concessionárias a terceirizar atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão:

“(...) Essa legislação disciplina a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 08, de 1995, atualizada com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 9.986/2000 e 9.691/98.

De fato, a Lei Geral de Telecomunicações, em seus diversos dispositivos, cuida dos serviços de telefonia em suas singularidades, e, em especial, no que concerne ao seu art. 210 - STF - ADIN 1668/98 - negando a suspensão da eficácia do referido dispositivo -, quanto às concessões, às permissões, às autorizações e às respectivas licitações, cuja dicção afasta da órbita de incidência de suas relações jurídicas as Leis nºs 8.666/93, 9.074/95 e 8.987/95, com importantes reflexos hermenêuticos para o caso em exame, pois, ante a letra do art. 71 da Lei nº 8.666/93, em tese, o contratado é o responsável exclusivo pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da licitação, hipótese não contemplada no art. 94 da LGT, pois não há subconcessão de serviços.”.

1.4. Assim, firmada a premissa de que o caso haveria de ser balizado pelo cotejo do artigo 25 e parágrafos, da Lei 8.987/1995 e a Consolidação das Leis do

¹Barroso, Luís Roberto, “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito” (“A Constitucionalização do Direito - Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas”, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Coordenadores, RJ, Lumen Juris, 2007, pp. 213-14).

Trabalho (CLT), anotam a insuficiência, para o desate da lide, dos elementos de interpretação e dos critérios para a solução de conflitos normativos.

1.5. Sustentam que o Tribunal identificou uma “*lacuna de colisão*”² entre valores e princípios do ordenamento jurídico, assentando ser indispensável “*delinear os fundamentos que virão da exclusão, na hipótese concreta, de uma ou de outra dessas normas*”.

1.6. Consignam as Consulentes, ainda, que a Colenda Corte invocou a sua Súmula 331, para, com base nela, preconizar como atividade-fim os serviços de construção e reforma de redes de energia elétrica, sua manutenção de rotina e emergência, proclamando a tese da inviabilidade de terceirização de serviços não caracterizáveis como atividade meio.

1.7. Nesse contexto, ordenou-se à concessionária que, no prazo de seis meses, não mais terceirizasse serviços de construção e reforma de redes de energia elétrica, sua manutenção de rotina e emergência.

1.8. Realçam as Consulentes que os preços dos serviços são condicionados à estrita observância das leis de concessão e que a viabilidade do empreendimento vincula-se à manutenção do inicial equilíbrio econômico dos contratos, salientando que a tese sufragada pela Corte do Trabalho acarretará sérias distorções nas respectivas políticas tarifárias, provocando desarranjos financeiros.

1.9. Registrando, finalmente, que a terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão é expressamente permitida pelo

² Canaris, Claus Wilhelm, “*Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*”, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2002, 3ª Edição, pp. 218-224.

artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/1995 e pelo artigo 94, II, da Lei 9.472/1997, formulam a seguinte consulta:

- a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho impede que concessionárias de serviço público terceirizem atividades inerentes, acessórias ou complementares?

II. Síntese da controvérsia.

2. Reside a controvérsia, em síntese, no perquirir se poderia o Tribunal Superior do Trabalho negar aplicação ao estabelecido nas Leis 8.987/95, art. 25, § 1º, e 9.472/97, art. 94, II, que autorizam, expressamente, que as concessionárias contratem com terceiros a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão. A Corte invoca, para o fim de negar aplicação aos mencionados dispositivos legais, o enunciado de sua Súmula 331.

2.1. Estou em que a solução dada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, presumindo a ilicitude da contratação nos moldes das Leis 8.987/1995 e 9.472/1997, não é correta, *data venia*. É o que tentaremos demonstrar, a seguir.

III. A natureza jurídica das súmulas de jurisprudência.

3. Nos anos 1960, o Supremo Tribunal Federal, por iniciativa do saudoso ministro Victor Nunes Leal, passou a veicular a sua jurisprudência dominante sobre determinados temas em breves verbetes denominados súmulas. Assim, forte na sucessão de decisões acerca de determinada norma ou conjunto de normas, surgiram as súmulas da Suprema Corte. Enfatize-se, entretanto, que a súmula não cria direitos, não ostentando eficácia de lei, cingindo-se, anotou Athos Gusmão Carneiro, a

apresentar-se “*como um eloqüente convite a que uma determinada exegese passe a ser adotada pelos operadores do Direito, a bem da desejável estabilidade da vida jurídica.*”³.

3.1. Na realidade, consubstanciando um repertório de precedentes que traduzem o entendimento do Tribunal sobre uma dada questão jurídica, as súmulas ostentam caráter explicativo e informativo. Daí porque deve o operador do direito verificar, ao invocar a aplicabilidade de uma súmula de jurisprudência dominante a um caso concreto, se o suporte fático, que deu origem aos precedentes que levaram à sua edição, é idêntico. Com efeito, não há como pretender imprimir a inteligência contida em específica súmula, fruto de peculiar suporte fático, a fatos materialmente distintos, donde o cuidado de se verificar as circunstâncias fáticas e jurídicas que assemelhem ou diferenciem um caso concreto e a moldura que ensejou a veiculação de uma súmula. Insista-se: súmula de jurisprudência dominante não traduz norma abstrata dotada de eficácia normativa; ao revés, representa o resumo de consolidada exegese conferida pelo Tribunal a uma determinada questão jurídica, ontologicamente ligada aos fatos que lhe são subjacentes.

3.2. Não tendo força de lei, a súmula só pode ser aplicada quando não há dúvida quanto à identidade entre os suportes fáticos dos seus precedentes e os do caso concreto. Não verificada a similitude, impossível decidir-se pela incidência da súmula, porquanto inviável julgar-se igualmente hipóteses desiguais, distintas. Se o juiz entender possível que a interpretação tirada de um conjunto de fatos e diplomas jurídicos possa ser estendida a hipóteses diferentes, terá ele atuado como legislador, com ofensa à Constituição, porque estariam sendo vulnerados os postulados da separação dos poderes, da legalidade e do devido processo legal.

³ Carneiro, Athos Gusmão “*O Papel da Jurisprudência no Brasil: a súmula e os precedentes jurisprudenciais: relatório ao Congresso de Roma*”, in “*Doutrina do STJ*”, Edição Comemorativa – 15 anos, Brasília, STJ, pp. 327/346.

3.3. Bem por isso, a EC 45/2004, ao acrescentar o artigo 103-A à Constituição, assinalou que a súmula vinculante terá por objeto “*a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas*”, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, ensejando insegurança jurídica e multiplicação de processos. Relevante, portanto, a limitação contida na expressão “*normas determinadas*”: quis a Constituição afastar a possibilidade da edição de súmulas sem antecedente base legal, como se o Judiciário pudesse editar uma prescrição abstrata, inovando a ordem jurídica. Evidenciando a imprescindibilidade de anterior previsão normativa para que se exteriorize um resumo da inteligência da Corte sobre específica questão jurídica, a EC 45/2004 estabeleceu que, “*sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei*”, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula vinculante poderá ser provocada pelos legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade. É dizer: a Constituição Federal explicita que a súmula vinculante, e, como corolário natural, a súmula de jurisprudência dominante, dependem de lei, não sendo admissível sua edição dissociada de um particular regramento normativo.

3.4. Anote-se, portanto, que súmula de jurisprudência dominante não traduz norma abstrata, dotada de eficácia normativa; ao contrário, limita-se a traduzir o resumo de iterativa interpretação conferida pelo Tribunal a uma determinada questão jurídica frente a um peculiar suporte fático.

3.5. Vale invocar o decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 594-DF:

“CONSTITUCIONAL. SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO. SÚMULA Nº 16, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I. A Súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada.

II. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.”⁴

3.6. Destaco do voto que proferi, dado que, quando do citado julgamento, tinha eu a honra de integrar a Corte Suprema:

“(…) Nas Ordenações Manoelinas, depois substituídas pelas Ordenações Filipinas, que tiveram vigência, no Brasil, no campo criminal, até o Código Criminal de 1830 e, no cível, até o Código Civil de 1916, os Assentamentos, que a Casa de Suplicação expediria -- a Casa de Suplicação do Brasil, com as atribuições da Casa de Suplicação de Lisboa, foi criada em 1808 -- tinham força de lei. O anteprojeto de Código de Processo Civil, de autoria do Ministro Alfredo Buzaid, pretendeu restabelecer os Assentos ‘com força de lei’. Isto, entretanto, não vingou. Leciona, a propósito, JOSÉ MOURA ROCHA: ‘tratando do assunto, mestre ilustre da processualística nacional, Prof. MONIZ DE ARAGÃO, lembrava parecer-lhe duvidosa ‘a legitimidade constitucional da atribuição que o anteprojeto pretende outorgar aos Tribunais, de editar assentos com força de lei. Isso seria exercer função peculiar ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas.’ A corrente de se ver nas Súmulas caráter de obrigatoriedade como inconstitucional, viria a prevalecer e, sendo assim, ‘O Projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei...’ e fixaria uma nova feição inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante. Na verdade, predominando tal orientação temos nas Súmulas uma predominância, não uma obrigatoriedade.’ (JOSÉ DE MOURA ROCHA, ‘A importância da Súmula’, em Revista Forense, 257/91-98).

A conclusão do eminente professor pernambucano parece-me correta. As Súmulas não obrigam, simplesmente predominam. É de

⁴ADI 594-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, “DJ” 15.04.94; em www.stf.jus.br.

VICTOR NUNES LEAL a afirmativa no sentido de que a Súmula não tem ‘efeitos que se pudessem comparar com os da lei’, já que os seus efeitos, ‘restritos ao processo judicial, são bem modestos’, convindo ressaltar a sua flexibilidade, já que podem ser alteradas, como lembrou o Ministro SEABRA FAGUNDES, em parecer que emitiu, em 22.10.63, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: Fórmula feliz, se nos afigura a da sua adoção em texto de regimento, como o vem de fazer o Supremo Tribunal, através da Súmula de Jurisprudência (...). Ainda mais quando se faz acompanhar, como nesse texto, de normas que permitem rever os critérios jurisprudenciais, tidos por estáveis. A flexibilidade dessa fórmula concilia as vantagens da estabilidade relativa da jurisprudência, com as sugestões do estudo e dos fatos sociais novos para sua revisão.’ (M. SEABRA FAGUNDES, Parecer; ap. VICTOR NUNES LEAL, ob. cit. Pág. 7).

Assim visualizada a questão, pode-se afirmar que a Súmula da Jurisprudência Predominante não tem as características de ato normativo. Ela simplesmente dá maior estabilidade à jurisprudência, conferindo maior segurança aos julgamentos, porque propicia decisões uniformes para casos semelhantes, além de acelerar o andamento dos processos, conforme ressaltou o Ministro Aliomar Baleeiro, em trabalho que escreveu sobre o Supremo Tribunal Federal (‘O Supremo Tribunal Federal’, em Rev. Brasileira de Estudos Políticos, nº 34, julho/72, págs. 9-47, 30). (...).”

3.7. Em criterioso estudo sobre os limites constitucionais à edição de súmulas por Cortes Superiores, Luis Roberto Barroso perfilhou semelhante entendimento⁵:

⁵“Limites Constitucionais à edição de Súmula por Tribunal Superior”, inédito, junho de 2008.

“(...) 35. As súmulas, como já se referiu, correspondem justamente ao entendimento reiteradamente manifestado por Tribunal Superior diante de casos equiparáveis – isto é: situações-tipo –, cujas características comuns autorizam a universalização da solução adotada por meio do enunciado sumular. Uma vez que o conteúdo da súmula corresponda ao que se acaba de enunciar – isto é: à solução reiteradamente adotada pela Corte diante de uma situação-tipo –, parece correto afirmar que a garantia do devido processo legal, por força da qual se assegura às partes o direito de terem seus argumentos de fato considerados pelas autoridades judiciárias, não chega a ser esvaziada. E isso porque, embora uma parte em particular já não possa discutir os fatos que a envolveram de forma exaustiva diante dos órgãos jurisdicionais, outras partes, envolvidas em circunstâncias de fato similares, já o fizeram, e a verdade é que as decisões que deram origem à súmula examinaram justamente situações de fato equiparáveis.”

IV. A gênese da Súmula 331-TST.

4. A consulta cogita da correta compreensão do âmbito de incidência da Súmula 331-TST. É preciso, portanto, rememorar a origem desta. Para esse mister, valho-me do voto do ministro Guilherme Caputo Bastos, exarado no acórdão dos ERR 568.341/1999:

“(...) De toda sorte, enquanto a questão não é definida pelo Poder Legislativo, é certo que, à falta de dispositivo legal específico que delimitasse o instituto da terceirização de mão-de-obra, coube à jurisprudência buscar forma de tutelar juridicamente os interesses dos trabalhadores de empresas terceirizadas que, não raro, viam-se envolvidos em contratos de trabalho cujo vínculo de emprego mostrava-se indefinido em razão do referido modelo trilateral. (...)”

“(...) A discussão se deu, sim, em torno da validade ou não da locação de serviços, ‘sob a ótica do trabalhador’, haja vista o fato de que a prestação dos serviços pelos empregados terceirizados se dava em empresa distinta daquela que lhes havia contratado. É dizer, apenas a relação jurídico-trabalhista foi investigada.

O argumento central da empresa prestadora de serviços era que ‘as hipóteses previstas nas Leis 6.019/74 e 7.102/83 não seriam as únicas a permitir a exceção, pois o Ministério do Trabalho, por Portarias, teria alcançado os serviços de conservação de elevador (Portaria MTb nº 3.071/83), de transporte de passageiros (Portaria MTb nº 3071/83), de manutenção hidráulica e elétrica e de manutenção de máquinas e equipamentos’, o que ‘geraria um ‘mínimo incalculável de desempregos e transtornos administrativos’.

Tal movimento mostra, desde tempos remotos, não só a necessidade de se tutelar juridicamente a questão da terceirização, bem como a certeza de que a radicalização, em um sentido ou noutro, não atende ao interesse geral.

Tal precedente, como sabido, deu ensejo à Resolução nº 04/86, DE SETEMBRO DE 1986, que editou a Súmula nº 256 do TST, de seguinte teor:

*‘SÚMULA Nº 256, TST.
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e
21.11.2003*

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974 e 7.012, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.’

Como se vê, vale pontuar, por hora, que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, cristalizada na Súmula nº 256, firmou-se no sentido de que “o contrato celebrado com o empregador para que preste serviços essenciais à atividade de outra empresa não subsiste, ante o ordenamento jurídico vigente, se não houver lei dispondo diretamente a respeito”, estabelecendo-se o vínculo de emprego, por força do princípio da realidade, entre a empresa tomadora dos serviços e o trabalhador.

Ocorre, é certo, que a realidade socioeconômica é dinâmica e, também assim o é, a jurídica. O avanço da utilização da prática da terceirização por inúmeras categorias profissionais e a complexidade das relações jurídicas trabalhistas daí advindas, aliadas à ausência de dispositivo legal específico que as desse suporte, mereceram novo estudo por parte do TST que, por meio da Súmula nº 331, deu novos contornos ao tema, senão vejamos. Este o teor original do referido Enunciado nº 331, de DEZEMBRO DE 1993 (Res. 23/1993):

*‘SÚMULA Nº 331, TST.
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e
21.11.2003.*

I - A contratação de trabalhadores por empresas interpostas é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

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

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.012, de 20.06.1983) e de

conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

No que se refere ao item I da Súmula nº 331 é interessante notar que a Corte manteve-se coerente com o posicionamento adotado quando do advento da Súmula nº 256, qual seja, mostra-se necessário a existência de dispositivo legal específico a autorizar a terceirização da mão-de-obra. É dizer, afora os casos do exercício de trabalho temporário (previsto pela Lei nº 6.019/74), 'a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços.'

Quis o Tribunal, contudo, cindir o teor único da Súmula nº 256 e tratar em itens diferentes os trabalhadores temporários (Lei nº 6.019/74) e os empregados das empresas de vigilância (Lei nº 7.012/83). Nesse sentido, manifestou-se, novamente a Corte acerca da possibilidade da terceirização dos serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio, o que restou consignado no item III da Súmula 331.

No que toca ao item II da Súmula nº 331, a análise dos precedentes que lhe deram ensejo mostra que o advento da Súmula nº 256 veio 'para evitar a ocorrência de fraudes e não para impedir os contratos legais' (RR 44058/92.6). Ocorre que, no âmbito dos órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, vários instrumentos legais foram baixados para permitir-se a terceirização de mão-de-obra.

Argumentava-se que, inexistindo fraude, não haveria falar em ilegalidade da contratação de empresa interposta, o que afastaria a responsabilidade solidária dos entes públicos (RR 42286/91.9), haja vista que ‘o Decreto-lei 200/67, aplicável no que couber aos Estados e Municípios, autoriza e legitima, no art. 10, §7º, a celebração pelas entidades públicas, de contrato para a realização material de tarefas executivas’ (RR 41974/91.0). É de se afastar, em casos tais, a aplicação da Súmula nº 256.

Daí a redação final do item II da referida Súmula no sentido de que a ‘a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional’.

Embora a referida redação deixe clara a ausência de vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, das autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, iniciava-se, aí, a possibilidade de se responsabilizar tais entes, subsidiariamente, ao adimplemento dos débitos trabalhistas, em decorrência das culpas in vigilando e eligendo.

Merece destaque, aqui, ao fato de que tal prática tornou-se corrente no âmbito dos entes públicos que, por determinação constitucional, artigo 37, II, exige que a investidura em cargo público se dê, exclusivamente, após aprovação em concurso público, excetuando-se, é certo, os cargos em comissão. Daí a impossibilidade do reconhecimento de vínculo empregatício do empregado terceirizado com os entes públicos da administração direta, indireta e fundacional.

Por outro lado, embora nenhum dos precedentes que justificam a redação do item III da Súmula nº 331 tratem da questão referente à possibilidade de terceirização dos serviços ligados à atividade-meio das empresas, certo é que esta ressalva também foi incluída no

referido item. Com efeito, na redação dada à Súmula nº 331, decidiu-se que também não forma vínculo de emprego com o tomador os 'serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.'

Percebe-se, assim, que ao passo que a utilização da terceirização no mundo empresarial mostra-se como instrumento de fundamental importância a permitir que a empresa, minimizando os seus custos, possa fazer uso de mão-de-obra especializada, limita-se sua utilização, à falta de lei específica, à consecução das atividades-meio da empresa, quais sejam, aquelas que não estão ligadas diretamente ao objeto da atividade empresarial.

A contrario sensu, na ausência de dispositivo legal expresso, é vedada a utilização do instituto da terceirização nas atividades-fim das empresas, entendendo-se estas como sendo as atividades vinculadas ao objetivo principal da empresa. (...).”

4.1. Cotejada a origem da Súmula 331, em especial dos seus incisos I e III, vê-se que o Tribunal Superior do Trabalho presume a ocorrência de fraude contra o trabalhador na terceirização de mão-de-obra, excetuadas as seguintes hipóteses: (a) trabalho temporário; (b) serviços de vigilância; (c) serviços de conservação e limpeza; e, (d) serviços vinculados à atividade-meio, desde que especializados e ausentes personalidade e subordinação direta. É relevante registrar que a Súmula 331-TST não cuidou de demandas envolvendo terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares de concessionárias de serviço público.

4.2. Na realidade, a existência de decisões sobre esse tema se fazia impossível, eis que as Súmulas 256 e 331 vieram a lume, respectivamente, em 1986 e 1993, ao passo que os diplomas normativos autorizando a terceirização de atividades inerentes, acessórias ou complementares, surgiram em 1995 e em 1997. É relevante,

portanto, registrar: a Súmula 331-TST foi editada anteriormente às Leis 8.987/1995 e 9.472/1997. Aliás, no voto do ministro Caputo Bastos, retro transcrito, foi ressaltada a inexistência, quando da edição da citada súmula, de lei específica, falta que deu causa a que a utilização da terceirização ficasse condicionada “à *consecução das atividades meio da empresa, quais sejam aquelas que não estão ligadas diretamente ao objeto da atividade empresarial.*”

4.3. Acresça-se que a nota contida no inciso III, da Súmula 331-TST, no sentido de que não forma vínculo de emprego a contratação de serviços especializados para atividade meio, inexistentes personalidade e subordinação – a dizer que eventual contratação de obreiros para o desempenho de outras atividades configuraria fraude – não decorreu de antecedente previsão legal ou de uma única específica decisão da Corte.

V. Reflexões críticas sobre a Súmula 331-TST.

5. Certo é que, ausentes disciplina legal sobre o tema e precedentes que lhe dessem apoio, o Tribunal, ao preconizar, de maneira genérica e abstrata, a ofensa a direito do obreiro em face de terceirização de mão de obra, agiu como se legislador fosse. Em outras palavras: a Corte editou súmula dissociada de um específico regramento normativo, pretendendo emprestar eficácia normativa ao que se limita a traduzir uma síntese da interpretação judicial sobre uma específica questão jurídica.

5.1. Não é demais ressaltar que a amplitude conferida aos incisos I e III, da Súmula 331, demonstra a intenção de conferir-se caráter de abstração e generalidade ao entendimento declinado nesse verbete, tornando possível sua incidência nas mais variadas hipóteses, mesmo aquelas ainda não examinadas pelo Tribunal, deixando-se de lado a basilar noção de que a súmula há de refletir o magistério jurisprudencial sobre concretas questões jurídicas.

5.2. De fato, falar que *“a contratação de trabalhadores por empresas interpostas é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços”*, ou, ainda, que *“não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”*, nada mais é que lançar prescrições jurídicas de índole abstrata e genérica, aplicáveis a inúmeros fatos da vida. E tudo isso contrariamente às leis que autorizam a terceirização.

5.3. Nesse contexto, não tenho dúvida em reafirmar que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho agiu como se legislador fosse: sob o pretexto de editar uma súmula de jurisprudência dominante, externou comandos genéricos, hábeis a regular uma multiplicidade de situações concretas, sem antecedente base normativa, com ofensa à Lei Maior.

5.4. No mencionado estudo sobre os limites constitucionais à edição de súmulas por Tribunais Superiores, Luis Roberto Barroso, examinando a Súmula 331 do TST, manifestou igual opinião, concluindo que esse verbete *“equipara-se a um dispositivo de lei: em vez de guardar relação com as situações que motivaram sua edição, assume a forma de um regramento geral, extensível a situações que não tenham sido analisadas de forma específica segundo o devido processo legal”*⁶.

5.5. Assim, parece-nos evidente a impropriedade da invocação da Súmula 331-TST como óbice a que concessionárias de serviço público celebrem contratos de prestação de serviços tendo por objeto a realização de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão.

5.6. Em verdade, estabelecer que *“a contratação de trabalhadores por empresas interpostas é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos*

⁶ Barroso, Luís Roberto, ob. cit.

serviços” ou que “não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”, é inovar a ordem jurídica com cominações jurídicas abstratas e genéricas. Além dessa postura não se revelar consentânea com a exata função do Poder Judiciário, esse papel não cabe, no sistema jurídico brasileiro, à súmula de jurisprudência dominante. E a inovação teria ocorrido com desconsideração às Leis 8.987/1995, art. 25, § 1º, e 9.472/1997, art. 94, II, cujos dispositivos autorizadores da terceirização, não foram declarados inconstitucionais.

VI. Breves considerações sobre a concessão de serviços públicos: a Constituição Federal e as Leis 8.987/1995 e 9.472/1997.

6. Doutrinariamente, embora pequenas discrepâncias de somenos importância possam ocorrer, não há divergências na conceituação de serviço público: *“todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob formas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”* – Hely Lopes Meirelles⁷; *“toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”* – Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸; *“toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum”* – José Cretella Júnior⁹; ou, ainda, *“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído*

⁷ Meirelles, Hely Lopes, *“Direito Administrativo Brasileiro”*, SP, Malheiros, 2001, 26ª Edição, p. 311.

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *“Direito Administrativo”*, SP, Atlas, 2001, 13ª Edição, p. 98.

⁹ Cretella Júnior, José, *“Comentários à Constituição Brasileira de 1988”*, RJ, Forense, 1993, 1ª Edição, p.4.073.

em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” – Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰.

6.1. Não há controvérsia quanto à possibilidade de o particular prestar serviços públicos, na qualidade de delegatário do Poder Público, sob o regime de concessão ou de permissão, certo que, para tanto, deverá preencher os rigorosos critérios de habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal declinados nos editais de licitação.

6.2. Nesse contexto, a Carta da República, ao disciplinar a Ordem Econômica e Financeira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos existência digna, estatuiu, no artigo 175, incumbir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Seu parágrafo único, incisos I, II, III e IV, estabelecem caber à lei dispor sobre (a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, (b) os direitos dos usuários, (c) a política tarifária, e (d) a obrigação de manter serviço adequado.

6.3. Na linha da disposição constitucional, foi editada a Lei 8.987/1995 – o Estatuto das Concessões de Serviço Público – que, a teor dos incisos II e III, do artigo 2º, se subdividem em: (a) delegação da prestação de serviço público, mediante concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; e, (b) construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, mediante concorrência, à pessoa jurídica ou

¹⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Curso de Direito Administrativo”, SP, Malheiros, 2004, 17ª Edição, p. 620.

consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

6.4. Regulando uma das principais obrigações das concessionárias, a Lei 8.987/1995 prescreve que toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, satisfeitas condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. É explicitado, ainda, que a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §§ 2º e 3º, art. 31, I).

6.5. Disciplinando a política tarifária, a Lei 8.987/1995, além de prever sua fixação consoante a proposta vencedora da licitação (art. 9º), estabeleceu a possibilidade da revisão das tarifas, com o intuito de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 9º, § 2º). Assim, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, à exceção dos impostos sobre a renda, comprovado seu impacto, implicará revisão da tarifa, para mais ou para menos (art. 9º, § 3º). Ainda sobre o tema, a Lei 8.987, de 1995, estatui que o Poder Público há de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, quando alterações unilaterais possam modificá-lo (art. 9º, § 4º), destacando que sempre que forem atendidas as condições do pacto, considera-se mantida sua estabilidade financeira (art. 10).

6.6. Após, são descritas as cláusulas essenciais dos contratos de concessão (art. 23 e incisos)¹¹, assinalada a responsabilidade das concessionárias pela execução dos serviços, art. 25 e parágrafos:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º: Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º. A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.”

6.7. Quanto aos encargos das concessionárias, a Lei 8.987/1995 dispôs, no parágrafo único do artigo 31, que *“as contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação*

¹¹ I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e, XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.”.

6.8. O Estatuto das Concessões prevê a possibilidade de subconcessão, precedida de concorrência, nos termos do contrato de concessão, desde que autorizada pelo poder concedente (art. 26), bem como a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária, com prévia anuência do poder concedente, atendidas as exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço (art. 27, § 1º, I).

6.9. No tocante às concessionárias de telecomunicações, a Emenda Constitucional 8, de 1995, alterou a redação do inciso XI, do artigo 21, da Lei Maior, estabelecendo competir à União *“explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.”.*

6.10. Veio a lume a Lei 9.472/1997, estatuinto que é dever do Poder Público garantir à população acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas; estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários; fortalecer o papel regulador do Estado; criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo; e, criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País (art. 2º, I, II, III, IV, V e VI).

6.11. A Lei 9.472/1997 conceituou como *telecomunicação* a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza (art. 60, § 1º), e como *estação de telecomunicação* o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis (art. 60, § 2º). Definiu a Lei Geral das Telecomunicações, em seguida, art. 61, como *serviço de valor adicionado* a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações (art. 61), ressaltando, que serviço de valor adicionado não constitui *serviço de telecomunicações*, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição (art. 61, § 1º).

6.12. A Lei 9.472, de 1997, estabelece, ademais, que a concessionária se sujeita aos riscos empresariais, remunerando-se pela cobrança de tarifas ou por outras receitas alternativas, respondendo diretamente por suas obrigações e pelos prejuízos que causar (art. 83, parágrafo único), sendo-lhe facultado, com vistas ao cumprimento dos seus deveres (art. 94 e incisos):

“I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º. Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º. Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.”

6.13. No que diz com os mecanismos de reajuste e revisão das tarifas, estabelece a Lei Geral das Telecomunicações que, além do delineado nos contratos de concessão: (a) a redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária (art. 108, § 1º); (b) os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas serão compartilhados com os usuários (art. 108, § 2º); (c) os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços, serão transferidos integralmente aos usuários (art. 108, § 3º); e (d) a oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará revisão do contrato. (art. 108, § 4º).

6.14. A breve referência às mencionadas disposições do Estatuto das Concessões e à Lei Geral de Telecomunicações deixa claro que se tratam de regramentos específicos, de caráter especial, mediante os quais as concessionárias de serviços públicos submetem-se, nas relações com o poder concedente, a regime jurídico público e, no trato com os particulares, a regime jurídico comum. Ambos os diplomas normativos retratam a opção constitucional de viabilizar a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, ensejando o oferecimento de alternativas para a satisfação das necessidades de toda a coletividade. É dizer: com o concurso da iniciativa privada busca-se a realização do desenvolvimento nacional,

eliminando-se desigualdades sociais e promovendo-se o bem de todos, objetivos fundamentais da República – CF, art. 3º, II, III e IV. Daí a participação do empresário na prestação do serviço público por sua conta e risco, garantindo-se, em contrapartida, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, compatibilizando-se interesse público e interesse privado.

VII. Análise do caso concreto.

VII. 1. A inobservância do postulado da reserva de Plenário.

7.1. Registre-se, primeiro que tudo, que a decisão da 1ª Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, nos ERR 568.341/1999, viola a cláusula constitucional da reserva do Plenário (C.F., art. 97).

7.1.1. É que o artigo 97 da Constituição Federal estatui que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do Órgão Especial, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, convindo registrar que a Corte Suprema considera declaratória de inconstitucionalidade a decisão que recusa aplicar leis ou atos normativos a casos concretos: *“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.”* (Súmula Vinculante nº 10-STF).

7.1.2. No caso, por apertada maioria, a 1ª Subseção Especializada em Dissídios Individuais tem deixado de aplicar o § 1º, do artigo 25, da Lei 8.987/1995, e o art. 94, II, da Lei 9472/97, entre outros argumentos, por ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana, princípio que, dado à sua grandeza, não pode tornar-se panaceia jurídica para solução das mais diversas e variadas questões.

Todavia, não houve declaração de inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais, nem isso seria possível no órgão fracionário no qual a questão foi discutida e decidida.

7.1.3. Segundo o seu Regimento Interno, são órgãos do Tribunal Superior do Trabalho: o Tribunal Pleno (com 27 ministros), o Órgão Especial (com 17 ministros), a Seção Especializada em Dissídios Coletivos (com 9 ministros), a Seção Especializada em Dissídios Individuais (com 21 ministros), subdividida em duas Subseções (com 14 ministros) e as Turmas (com 3 ministros).

7.1.4. Considerando que a decisão não foi do Tribunal Pleno, nem do Órgão Especial, mas de uma Subseção Especializada -- aliás, por apertada maioria, oito ministros formaram a corrente majoritária, deixando de aplicar o § 1º, do artigo 25, da Lei 8.987/1995, restando vencidos seis ministros -- evidente a ofensa ao artigo 97, da Constituição Federal (Súmula Vinculante 10-STF).

VII. 2. A licitude da terceirização de atividades inerentes, acessórias e complementares.

7.2. Como se viu do precedente indicado pelas Consulentes, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho no sentido da inviabilidade de concessionária de energia elétrica contratar empresa para a realização de serviços de construção e reforma de redes de energia elétrica, sua manutenção de rotina e emergência, ao argumento de tratar-se de atividades vinculadas à atividade fim da empresa, distinguindo onde a Lei 8.987/95, art. 25, §1º, e a Lei 9.472/97, art. 94, II, não distinguem.

7.2.1 Depreende-se do entendimento da Corte, que o oferecimento, por terceiro, de mão-de-obra para tais serviços, transformaria a força de trabalho em

mercadoria, pulverizaria as responsabilidades trabalhista e previdenciária, tornaria precária a relação empregatícia e enfraqueceria a categoria dos eletricitários em eventuais negociações coletivas. Em última análise, portanto, admitindo a existência de desigualdade entre os empregados da empresa contratada e os da empresa contratante, presume-se que contratos dessa espécie implicariam prejuízos para os obreiros, raciocínio também aplicável às concessionárias de telecomunicações.

7.2.2. Com o devido respeito, essas conjecturas, despidas de segura base empírica, vão longe demais, particularmente quando em exame a peculiar situação das concessionárias de serviço público. Explica-se: a concessão de serviço público é um contrato administrativo pelo qual a Administração delega a um particular a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, obtendo remuneração em decorrência da exploração do serviço concedido, certo que o particular só se habilita a prestar o serviço após lograr êxito em concorrência pública, na qual são rigorosamente aferidas capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço.

7.2.3. É dizer: o núcleo do objeto contratual – a responsabilidade pela prestação do serviço concedido – é do concessionário. Todavia, é intuitiva a impossibilidade do desempenho de todas as atividades pertinentes, direta e indiretamente, à concessão, razão por que há de se valer da colaboração de terceiros. Exatamente por isso, a Lei 8.987/1995, art. 25, § 1º, e a Lei 9.472/1997, art. 94, II, aludem ao concurso de terceiros, autorizam a denominada terceirização.

7.2.4. Marçal Justen Filho é enfático em assinalar¹²:

¹² Justen Filho, Marçal, “*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*”, SP, Dialética, 2003, pág. 520/522.

“IX.5.1) O regime jurídico da terceirização (subcontratação em sentido restrito)

Como já exposto, a terceirização ou subcontratação em sentido restrito configura-se quando o concessionário recorre aos préstimos de terceiro para colaboração na execução direta ou indireta das prestações necessárias ao fornecimento do serviço público, sem transferir ao terceiro a responsabilidade e o controle do empreendimento.

O concessionário continua a gerir o empreendimento, desempenhando as tarefas em nome próprio, perante os usuários e o poder concedente. Mas recorre a terceiros, que executam certas prestações, mediante remuneração realizada pelo próprio concessionário.

A terceirização ou subcontratação em sentido próprio é indispensável, necessária e inevitável. Tal como antes exposto, é impossível ao concessionário executar por si só e mediante o concurso apenas de seus empregados, todas as utilidades que a prestação do serviço público demanda.

7.2.5. Fácil compreender, portanto, ter a Lei 8.987/1995, art. 25, § 1º, e a Lei 9.472/1997, art. 94, II, partido da premissa da *impossibilidade material* da execução direta de todas as atividades que tornam exequível o serviço público concedido. O concessionário, então, sem repassar ao terceiro a responsabilidade pela gestão e controle do empreendimento, socorre-se do seu auxílio para a execução das atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Em síntese, o legislador se preocupou com o oferecimento de meios para que a *engrenagem* pudesse, de fato, funcionar, de modo adequado e satisfatório ao interesse público.

7.2.6 Vale rememorar: a Lei 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal, artigo 25, §1º, e a Lei 9.472, de 1997, que disciplina a

organização dos serviços de telecomunicações, regulamentadora da Emenda Constitucional nº 8, de 1995, artigo 94, II, estabelecem:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - (...)

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

7.2.7. O que está na lei, Lei 8.987/95, art. 25, §1º, é exatamente isto: a cabeça do artigo 25 estatui que à concessionária incumbe a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade. É dizer, a concessionária assume a responsabilidade pela execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder pelos prejuízos causados, e o § 1º acrescenta que, sem prejuízo da responsabilidade referida na cabeça do art. 25, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades

inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

7.2.8. A conclusão que deflui dos citados dispositivos legais é que, ressalvada a responsabilidade da concessionária, vale dizer, a responsabilidade pela execução do serviço concedido, pode a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Este, o serviço concedido, é o serviço público constante do contrato de concessão concedido mediante licitação, certo que assim dispendo o art. 25 e seu § 1º, assim o fez na linha do determinado na Constituição, art. 175.

7.2.9. A lei, pois, tornou legítima a terceirização dos serviços atinentes a atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Ora, atividades inerentes são todas as atividades atinentes ao serviço concedido, ou a este intrínsecas, pertinentes e relativas. Todas, inclusive as atividades ditas essenciais, dado que a lei não distingue. E tanto é correta essa interpretação, que refere-se a lei, em seguida, a atividades acessórias ou complementares. E o art. 31, parágrafo único, também sem fazer a distinção pretendida pelo Tribunal do Trabalho, simplesmente e amplamente dispôs que *“as contratações, inclusive de mão de obra, feitas pela concessionária, serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os TERCEIROS contratados pela concessionária e o poder concedente.”*

7.2.10 E o que está no art. 94, II, da Lei 9.472, de 1997, no que toca, especificamente, às telecomunicações, não é diferente; é, substancialmente, a mesma coisa que está no art. 25, §1º, da Lei das Concessões, na linha da Lei Maior, Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

7.2.11. Destarte, os que fazem a distinção entre atividades não distinguidas pela lei, simplesmente estão sendo mais rigorosos do que a lei, estão indo além da lei, fazendo as vezes de legisladores. Dito de outra forma, estão descumprindo a lei, certo que esse descumprimento somente seria possível se os dispositivos legais acima citados tivessem sido declarados, pelo órgão jurisdicional competente, inconstitucionais.

7.2.12. O legislador, força é reconhecer, autorizou, expressamente, que o titular da concessão terceirizasse as atividades que tornam factível a realização do serviço concedido, sem mencionar ou se referir a atividade meio, atividade fim ou atividade essencial, apenas ressaltando que ao concessionário cabe a responsabilidade pela gestão e pelo controle do empreendimento (Leis 8.987/1995, art. 25, § 1º, e 9.472/1997, art. 94, II).

7.2.13. Assim visualizada a questão, a interpretação que nos parece possível há de ser aquela que impeça a terceirização da gestão e do controle da concessão. Noutras palavras, somente o que disser respeito a esses específicos aspectos é que não pode ser exercido por terceiros; todas as demais atividades que compõem a *engrenagem* do serviço público concedido, inerentes, acessórias ou complementares, podem ser terceirizadas¹³. Daí a lição de Luiz Alberto Blanchet, a dizer que “*a expressão ‘atividades inerentes ao serviço concedido’, utilizada no § 1º, não se confunde com atividades integrantes do serviço concedido (isto é, a gestão e o controle do empreendimento), pois são consideradas inerentes por serem inseparáveis do serviço concedido, e o termo ‘inseparáveis’ subentende a existência de algo que tem existência autônoma da qual não se pode separar a atividade inerente e este algo autônomo é o*

¹³ Essa parece ser a opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirma : “*Não se confunde com a sub-concessão a mera contratação de terceiros, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 25 da Lei 8.987 para o ‘desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados’, sempre obedientes ‘às normas regulamentares da modalidade do serviço concedido’. É certo que nisto não se poderá absorver parte importante ou significativa da prestação do serviço, sob pena de tal ‘terceirização’ desvirtuar o caráter intuitu personae da concessão e fraudar o sentido da licitação que a tenha precedido.*” (“*Curso de Direito Administrativo*”, SP, Malheiros, 2010, 27ª edição, p. 724)

próprio serviço concedido. A conclusão contrária seria ilógica, pois equivaleria a afirmar-se que ‘algo poderia ser inerente a si mesmo’.”¹⁴.

7.2.14. No mesmo sentido, explicitando não traduzir *atividade inerente* o núcleo do objeto contratual (a gestão e o controle do empreendimento), os ensinamentos de Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar¹⁵:

“Embora se considere a concessão como um contrato intuitu personae, a lei admite contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita.

A subcontratação parcial do objeto do contrato sempre foi admitida no direito administrativo, principalmente para as atividades acessórias ou complementares. É permitida expressamente no art. 72 da Lei 8.666/93.

Atividades acessórias ou complementares são aquelas que seguem e completam a principal, como a prestação de socorro mecânico na exploração de rodovias etc.

A inovação consiste em se permitir a subcontratação de atividades inerentes à concessão. Inerente significa ínsito, dentro do ser. No caso, atividade inerente é aquela diretamente relacionada com a própria execução do serviço (...).”

7.2.15. Certo, as Leis 8.987/1995 e 9.472/1997 introduziram um novo paradigma, afastando a inteligência jurisprudencial das Cortes Trabalhistas, que só

¹⁴ Blanchet, Luiz Alberto, “*Concessão de Serviços Públicos*”, Curitiba, Juruá Editora, 1999, 2ª edição, p.147.

¹⁵ Azevedo, Eurico de Andrade e Alencar, Maria Lúcia Mazzei de, “*Concessão de Serviços Públicos*”, SP, Malheiros, 1998, pp. 107/109.

admitem a contratação de terceiros para a consecução do que denominam de atividade meio, sem considerar a especialização e sem cogitar de pessoalidade e subordinação direta.

7.2.16. Anote-se que as Leis 8.987/1995 e 9.472/1997, art. 25, §1º, e art. 94, II, respectivamente, reconhecendo a impossibilidade material do desempenho, diretamente pelo concessionário, de atividades que cercam a adequada e eficiente prestação do serviço público concedido, admitem o concurso de obreiros terceirizados para a execução de atividades inerentes, acessórias e complementares, ressalvando, por óbvio, a gestão e o controle do empreendimento.

7.2.17. Vê-se, portanto, o que se diz sem quebra da reverência devida, que a Súmula 331-TST, lastreada em presunções, sem segura base empírica, não veicula correta compreensão dos temas que procurou disciplinar¹⁶. E, não custa relembrar, foi ela, a Súmula 331-TST, editada anteriormente às Leis 8.987/95 e 9.472/97.

VII. 3. A identificação da atividade fim da concessionária de telecomunicações.

7.3. O legislador, vale repetir e enfatizar, autorizou o concessionário do serviço público concedido a terceirizar as atividades que concretizam a oferta do serviço, ressalvando que ao concessionário cabe a responsabilidade pela gestão e pelo controle do empreendimento, não se referindo ou mencionando atividade meio, atividade fim ou atividade essencial. Referiu-se, sim, a atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, assim a todas às atividades que levam à concreção deste.

¹⁶ Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, em 24.11.2010, julgando a ADC 16-DF, motivada pela equivocada conclusão sintetizada no inciso IV, da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, julgou constitucional o artigo 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, confirmando a higidez dessa previsão legal, no sentido de que a inadimplência do contratado em relação a encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere ao Poder Público a responsabilidade por seu pagamento.

7.3.1. A terceirização, é sabido, constitui moderna técnica de estratégia de gestão administrativa. Através dela, a empresa se concentra nas atividades primordiais que se propôs desenvolver para o mercado consumidor. Outras atividades, ainda que vinculadas à essência de sua vocação, em menor ou maior grau, são desempenhadas por terceiros, consoante as respectivas especializações.

7.3.2. É importante mencionar que, quando empresas de telecomunicações realizavam todas as atividades necessárias ao seu funcionamento, e não apenas aquelas visceralmente integradas na sua atuação fundamental, a prestação desses serviços chegava às raias da inexistência. Apenas a título de exemplo: um telefone, quando existia, demorava meses para ser instalado em uma residência e mediante o pagamento de alto preço.

7.3.3. Essas deficiências vieram a ser solucionadas com o ingresso do empresariado no comando das empresas de telecomunicações, que, direcionando seus esforços na boa consecução do serviço concedido, passou a contratar prestadoras de serviços, especializadas, alcançando, com isso, eficácia operacional. Nesse modelo de gestão, em uma década saímos de situação de atraso tecnológico, com serviços precários, de elevado custo e restrito à parcela mais abastada da população, para um quadro de serviço universal, a custo acessível, consideradas a telefonia fixa e a telefonia móvel. Essa evolução, que constitui tendência que se verifica em todo o mundo civilizado, é que está provocando nos operadores do direito a necessidade de vislumbrar e reconhecer novos paradigmas diante da significativa mudança da atuação empresarial, num cenário de intensa e salutar competição.

7.3.4. Nesse contexto, amoldada à própria dicção da Lei 9.472/1997 (art. 60, § 1º), a atividade fim de uma concessionária de telecomunicações revela-se *na gestão e no controle da implantação e do aprimoramento da conectividade do sistema*, isto é, a

transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

7.3.5. Em outras palavras, a atividade fim de uma concessionária de telecomunicações consubstancia *a gestão e o controle da implantação e do aprimoramento da conectividade entre os seus usuários*, cabendo, na essência da prestação desse serviço, controlar, gerir e fazer trafegar informações de várias fontes, com qualidade, tornando-as inteligíveis nos pontos de partida e de chegada. Em conseqüência, todas as demais atividades vinculadas a esse núcleo a ser perseguido por uma concessionária de telecomunicações, atividades inerentes, acessórias ou complementares, podem ser desempenhadas, porque autorizadas pela lei, por terceiros.

7.3.6. Assim, para as concessionárias de telecomunicações, não constitui atividade fim, apenas para exemplificar: (a) ter ou operar redes metálicas; (b) ter ou operar redes de fibra ótica; (c) ter ou operar satélites; (d) ter ou manter estrutura física; (e) ter ou operar centrais telefônicas; (f) proceder à instalação ou mudança de linhas telefônicas; (g) proceder à manutenção preventiva ou corretiva em sistemas de comunicações; (h) ter ou manter funcionários em *call center*; ou (i) ter ou manter empregados para atendimento direto ao cliente, entre diversas outras atividades relacionadas à concessão.

7.3.7. Insista-se: a atividade fim de uma concessionária de telecomunicações é *a gestão e o controle da implantação e do aprimoramento da conectividade do sistema*, com qualidade e custo acessível. As demais atividades que circundam esse núcleo, compondo a complexa engrenagem desse serviço público, são passíveis de terceirização.

7.3.8. Esse entendimento, além de estar na linha da Lei 9.472/1997 e do interesse público subjacente à edição desse diploma legal, homenageia o primado constitucional da eficiência (CF, arts. 37, *caput* e 175, IV), nele não se antevendo ofensa aos postulados da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho (CF, art. 1º, III e IV).

7.3.9. Imaginar o contrário, sustentando-se a ocorrência de uma *fraude generalizada*, apenas porque se estaria locando mão de obra mediante terceirização, não é razoável, não é, “*data venia*”, correto. Trata-se, o que se diz com o respeito devido, simplesmente de conjectura, admitindo-se como regra o que é exceção: a má-fé, sendo inaceitável recusar aplicação e eficácia a específicos regramentos normativos (Lei 8.987/95, art. 25, §1º, Lei 9.472/97, art. 94, II).

VII. 4. A identificação da atividade fim da concessionária de energia elétrica.

7.4. As considerações postas no tópico anterior são aplicáveis, por óbvio, às concessionárias de energia elétrica. Nessa linha, a atividade fim direcionada aos serviços de distribuição ou transmissão de energia elétrica revela-se *na gestão e no controle da implantação e do aprimoramento da conectividade do sistema*, isto é, a interligação do sistema elétrico com a unidade consumidora. É dizer: no âmbito da distribuição e transmissão de energia elétrica, a atividade fim de uma concessionária consubstancia, do mesmo modo, *a gestão e o controle da conectividade entre as linhas de distribuição e os usuários*, cabendo, na essência da prestação desse serviço, controlar, gerir e fazer com que a energia elétrica chegue ao ponto de entrega com regularidade, continuidade, segurança e qualidade. As atividades irmanadas a esse núcleo a ser

perseguido pela concessionária de energia elétrica, sejam atividades inerentes, acessórias ou complementares, podem ser desempenhadas por terceiros.

7.4.1. Esse o quadro, força é convir que não se incluem, por exemplo, na atividade fim da concessionária de energia elétrica: (a) a distribuição aérea e subterrânea, e sua respectiva manutenção, de redes de transmissão; (b) a execução de atividades de operação, manutenção e inspeção de equipamentos, linhas e redes elétricas; (c) a implantação de linhas e redes elétricas; (d) a recuperação do sistema elétrico; (e) os serviços de instalação e substituição de ramal de serviço aéreo e ligação de consumidor; (f) desligar e a religar unidades consumidoras; (g) serviços de leitura (apuração dos registros de cada unidade de consumo, nos respectivos medidores); (h) realizar inspeções para detectar irregularidades pertinentes a consumo e instalações); (i) instalação de quadro de medição, ramal de ligação, medidor ou instalação interna da unidade consumidora; (j) serviços de atendimento a clientes; ou, ainda, (k) serviços de *call center* ou *telemarketing*.

7.4.2. Insista-se: a atividade fim de uma concessionária de energia elétrica consiste em *controlar e gerir a implantação e o aprimoramento da conectividade entre as linhas de distribuição e os usuários*, com regularidade, continuidade, segurança, qualidade e custo acessível. Atividades que circundam esse núcleo são passíveis de terceirização.

VIII. Conclusões.

8. Do exposto, parece-nos correta a conclusão no sentido de que é possível -- porque assim estabelecido nas Leis 8.987/1995, art. 25, § 1º, e 9.472/1997, art. 94, II, dispositivos legais com legitimidade constitucional -- a contratação de obreiros não integrantes dos respectivos quadros permanentes, por parte das concessionárias de serviço público de energia elétrica e de telecomunicações, para o

desempenho de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão, certo que a atividade fim das concessionárias de telecomunicações e de eletricidade consiste, verdadeiramente, *na gestão e no controle da implantação e do aprimoramento da conectividade do sistema.*

8.2. Registre-se, finalmente, que a terceirização de serviços é a tendência do nosso tempo, no qual a especialização constitui a tônica. Nada ocorre, no mundo do trabalho, sem um mínimo de conhecimento científico, sem, portanto, especialização. Uma grande empresa deve cuidar daquilo que constitui a sua razão de ser, assim das atividades essenciais e finalísticas do seu contrato social. Ela, para atingir os seus fins, há de contar com o concurso de empresas especializadas na prestação de serviços. Estas, nas diversas atividades inerentes, acessórias ou complementares, concorrem com a sua força de trabalho, executando serviços especializados, para que a tomadora dos serviços realize a atividade essencial, que constitui a sua razão de ser. Impedir que isto ocorra, em nome de pretensa proteção dos trabalhadores, gera conseqüências que redundam em detrimento dos próprios trabalhadores, além de impedir o desenvolvimento do conhecimento científico.

8.3. Certo é que uma empresa que se dedica, por exemplo, apenas, a realizar trabalhos de instalação de redes elétricas, esticando e enrolando fios, ou a de recuperar redes elétricas, ou instalar e recuperar telefones, é uma empresa que assim procede com conhecimento especializado, com base num mínimo de conhecimento científico. Isso, consideradas as variadas especializações que surgem no mundo do trabalho, gera mais empregos, dado que requer número cada vez maior de trabalhadores. A maior proteção destes, portanto, poderia vir com a terceirização. Dificultá-la, obstruir o seu curso, resultaria em prejuízo para os obreiros.

8.4. O homem é ele e suas circunstâncias, sentenciou Ortega e Gasset. Também o Estado é ele e suas circunstâncias e os novos tempos ostentam circunstâncias novas. O que, em décadas anteriores, representaria proteção ao trabalhador, hoje, em razão de circunstâncias novas, pode representar o contrário, porque impediria a criação de empregos, além de impedir a especialização dos serviços, especialização que redundaria em benefício para a coletividade.

IX. Resposta à consulta.

9. Forte nas razões aduzidas, dou resposta à indagação formulada pelas Consulentes, afirmando que a Súmula 331, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, não tem, “data venia”, o condão de impedir que concessionárias de serviço público terceirizem atividades inerentes, acessórias ou complementares ao objeto da concessão, exatamente como disposto nas Leis 8.987/95, art. 25, §1º, e 9.472/97, art. 94, II.

É o parecer.

Brasília, DF, 14 de abril de 2011.

Carlos Mário da Silva Velloso