

## Limites da terceirização por concessionárias de serviços públicos



A lei de concessões e permissões de serviços públicos (8.987/95) permite,

no artigo 25, § 1º, que a concessionária contrate com terceiros (terceirize) o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido. Quando a terceirização tiver por objetivo a contratação de mão de obra, ela sofre limitações, seja no âmbito das empresas privadas, seja no âmbito da Administração Pública. Pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, a terceirização, sob a forma de fornecimento de mão de obra, somente é válida para (i) execução de trabalho temporário (item I), e (ii) de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (item III). Nesses casos, uma vez observados os requisitos da Súmula, não se forma vínculo com o tomador de serviços. Também não se forma vínculo quando a contratação seja efetuada pela Administração Pública, como tomadora do serviço, porque, neste caso, haveria afronta à exigência de concurso pública prevista no artigo 37, II, da Constituição.

A Lei 8.987/95, no artigo 25, determina que 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 atenua essa responsabilidade. O § 1º do mesmo dispositivo permite que, sem prejuízo da responsabilidade a que se refere o artigo, a concessionária contrate com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

O que o § 1º permite não é a subconcessão, mas a subcontratação, ou seja, a *terceirização feita pela concessionária*. A subconcessão tem a mesma natureza pública do contrato de concessão e, por isso mesmo, implica a outorga, ao concessionário, de determinadas prerrogativas próprias do concedente, como as de promover desapropriações, instituir servidões, gerir recursos públicos utilizados na prestação dos serviços, exercer o poder de polícia sobre os bens objeto da concessão e outros. As normas a que se submete o contrato de concessão são normas de direito público, o que faz da concessão um *contrato administrativo*

---

e não um contrato de direito privado. A subconcessão é um contrato celebrado à imagem da concessão a que se vincula. Por isso mesmo, a subconcessão se faz por contrato administrativo e não por contrato de direito privado. Além disso, a lei exige expressa autorização do poder concedente e licitação, sob forma de concorrência, para a subconcessão.

Na contratação de terceiros prevista no artigo 25, § 1º, não há subconcessão; o que a lei prevê é a contratação de terceiros para a prestação de serviços ou de obras; em vez do exercer diretamente todas as atividades ligadas ao contrato de concessão, o concessionário contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de prestação de serviços e de empreitada disciplinados pelo Código Civil (quando a concessionária for empresa privada) ou pela Lei nº 8.666/93 (quando a concessionária for empresa estatal). Se a subcontratação for feita por empresa privada, o contrato é de direito privado; se for feita por empresa estatal, o contrato é administrativo.

É o que resulta do artigo 25, § 2º, repetido no artigo 31, parágrafo único, da Lei 8.987/95. Não se estabelece qualquer relação entre o terceiro contratado e o poder concedente, de tal modo que toda a responsabilidade pela execução da concessão continua em mãos do concessionário. E não há na lei qualquer exigência de que tais contratos sejam autorizados pelo poder concedente; o concessionário independe dessa autorização, mas ele é que responde perante o poder concedente pela prestação do serviço adequado, tal como estabelecido nas normas regulamentares e no contrato. Mesmo a licitação não é exigida para a celebração de tais contratos (a menos que a concessionária seja empresa estatal, regida que é pela Lei 8.666/93).

Na subcontratação prevista no artigo 25, § 1º, ao contrário do que ocorre na subconcessão, o contratado não se sub-roga nos direitos e obrigações da concessionária, exatamente pelo fato de que é esta última que responde perante o poder concedente por todos os prejuízos causados ao mesmo, aos usuários ou a terceiros. Toda a gestão operacional do serviço público continua em mãos do poder concedente. A empresa contratada com fundamento no artigo 25, § 1º, não assume a gestão do serviço público, mas a execução material de atividades ligadas ao serviço público. Não é concessão nem subconcessão, mas simples contrato de prestação de serviços (empreitada). É forma lícita de terceirização.

A distinção entre subconcessão e subcontratação é relevante para entender-se por que nesta última se admite a subcontratação de “atividade inerente” ao serviço concedido, ou seja, de atividade que está por sua própria natureza ligada ao objeto da concessão. É que o fato de ser objeto de subcontratação não significa que o subcontratado vai gerir o serviço com as prerrogativas próprias de uma concessionária ou de uma subconcessionária. Por isso, deve ser afastada a doutrina que rejeita a possibilidade de subcontratação de atividade fim. Não é possível adotar-se interpretação que transforme em letra morta a expressão utilizada no dispositivo legal. Qualquer interpretação que dê à expressão “atividade inerente” o mesmo significado de atividade acessória ou complementar deixa sem aplicação uma prerrogativa outorgada pelo próprio legislador.

No âmbito da Justiça do Trabalho, tem sido feita uma aproximação entre a norma do artigo 25, § 1º, da lei de concessões e a Súmula 331, do TST, discutindo-se se “atividade inerente”, passível de subcontratação, confunde-se com “atividade-fim”, insuscetível de terceirização.

A Súmula 331, do TST, somente considera válida a contratação, com intermediação de mão de obra, no caso de trabalho temporário, disciplinado pela Lei 6.019/74. Em outras hipóteses, somente admite esse tipo de contratação para a execução de atividade meio, desde que não exista personalidade e subordinação. Já o artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/95 permite a terceirização (considerada como prestação de serviço) de atividade inerente ao serviço concedido, sem que se possa concluir que em qualquer situação haveria terceirização considerada ilícita diante da Súmula 331, do TST. Ela será perfeitamente lícita, se o contratado executar o serviço diretamente, com seus próprios empregados. E será considerada ilícita e, portanto, alcançada pelos efeitos da sentença judicial proferida na ação civil pública, se o contrato, ainda que denominado de prestação de serviço, tiver por objeto o fornecimento de mão de obra para a tomadora do serviço (concessionária). No primeiro caso, a própria empresa contratada executa o serviço com seus empregados; no segundo, a contratante executa o serviço com empregados da contratada, caracterizando-se a intermediação de mão de obra coibida pela justiça do trabalho.

Cabe aqui uma observação quanto à aproximação feita, pela jurisprudência trabalhista, entre *atividade inerente*, prevista no artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/95, e *atividade fim*, alcançada pela Súmula 331, do TST. Não me parece que seja possível identificar, em qualquer situação, as duas expressões. A primeira refere-se ao “*serviço concedido*”; é o que está expresso no referido dispositivo legal, ao permitir a subcontratação de “*atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido*”. A segunda refere-se à atividade do tomador do serviço (concessionária do serviço concedido). Por outras palavras, a Lei 8.987 refere-se à atividade inerente ao “*serviço concedido*”, enquanto a Súmula refere-se à “*atividade fim da empresa tomadora do serviço*”. Nem sempre a atividade inerente ao objeto do contrato coincide com a atividade fim da empresa tomadora (no caso, a concessionária de serviço público).

Por exemplo: se o contrato de concessão atribuir, expressamente, à concessionária um rol de atividades inerentes, complementares ou acessórias, todas elas fazem parte do serviço concedido à concessionária. Mas esta pode não ter em seu estatuto social a previsão de todas as atividades delegadas pelo contrato de concessão. Exatamente por isso, a concessionária que se utilizar do poder de subcontratar, com fundamento no artigo 25, § 1º, da Lei 8.987/95, ao assumir a posição de tomadora da atividade subcontratada com terceiros, está contratando uma *atividade inerente, complementar ou acessória ao serviço concedido* e que pode não estar inserida entre as atividades fins mencionadas em seu Estatuto Social. Exatamente por isso é que faz a subcontratação. Em um contrato de concessão de rodovia, por exemplo, podem estar previstas atividades complementares ou a execução de projetos associados que proporcionem outra fonte de receita para a concessionária (conforme permitido pelo artigo 11 da lei de concessões), como a exploração de publicidade ou de serviços de exploração comercial nas faixas de domínio da rodovia. São atividades inerentes ao objeto do contrato (já que dizem respeito ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão), mas podem não estar inseridas entre as atividades fins da empresa concessionária. Exatamente por isso, ela contrata com terceiros a execução de tais atividades. Seria um exemplo típico de atividade inerente ao objeto do contrato de concessão, mas que não se confunde com a atividade fim da empresa concessionária.

Por isso mesmo, pode-se afirmar que nem sempre a atividade inerente ao serviço concedido se confunde com a atividade fim da concessionária. Para a Justiça do Trabalho o que interessa verificar é se a subcontratação permitida pelo artigo 25, § 1º, constitui *atividade fim ou atividade meio da tomadora do serviço*

(no caso, a concessionária de serviço público), para fins de aplicação da Súmula 331, do TST.

**Date Created**

31/03/2016