

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Vinícius Condé Carias

A TERCEIRIZAÇÃO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO:
um estudo à luz do princípio da proteção

Juiz de Fora

2014

Vinícius Condé Carias

A TERCEIRIZAÇÃO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO:
um estudo à luz do princípio da proteção

Trabalho de Conclusão de Curso na área de Direito do Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2014

Vinícius Condé Carias

A TERCEIRIZAÇÃO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO:
um estudo à luz do princípio da proteção

Monografia apresentada ao programa de Conclusão de Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora

Monografia aprovada em 28 de janeiro de 2014.

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles (UFJF)

Prof. Dorival Cirne de Almeida Martins (UFJF)

Prof. Me. Fernando Guilhon de Castro (UFJF)

Dedico este trabalho aos meus queridos pais, Vilsomar e Ivone, por todo o comprometimento e zelo com a minha educação e formação ética. Meu eterno reconhecimento e gratidão pelo carinho, pela dedicação e pela confiança em todas as fases da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Tamiris, pelo carinho, pela compreensão, pelo apoio incondicional e pelo companheirismo de sempre.

Agradeço, ainda, ao professor Flávio, por ter me dado a honra dessa oportunidade, pela orientação e pelos valiosos ensinamentos.

RESUMO

O presente trabalho concentra sua análise no enquadramento normativo da terceirização nas concessionárias de serviço público. Para melhor compreender a questão, serão analisados os principais aspectos do fenômeno da terceirização, do contrato de concessão de serviço público e do princípio da proteção. Será apresentado também o tratamento legal, bem como as posições doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Ao final, seu objetivo é demonstrar que a Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (BRASIL, 1993), principal disposição normativa atualmente vigente no tocante à terceirização, deve ser aplicada em detrimento do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), por se mostrar mais favorável ao trabalhador, ao promover importantes valores consagrados na Constituição Federal de 1988, especialmente a dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Palavras-chave: Terceirização. Concessionárias de Serviço Público. Princípio da Proteção. Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993).

ABSTRACT

This paper focuses its analysis on the regulatory framework of outsourcing in public utilities. In order to understand the issue, the main aspects of the phenomenon of outsourcing, the public service concession contract and the principle of protection are going to be analyzed. The legal treatment, as well as the doctrinal and jurisprudential positions on the topic, are also going to be presented. Then, the objective is to demonstrate that the Precedent 331 of the Superior Labor Court, the main legislative provision currently in force regarding outsourcing, should be applied to the detriment of art. 25, § 1º, of Law n. 8.987, due to the fact that the former is more favorable to the employee, to promote important values enshrined in the Federal Constitution of 1988, especially the dignity of the worker and the social value of work.

Keywords: *Outsourcing. Dealers of Public Service. Principle of Protection. Precedent 331 of the Superior Labor Court*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TERCEIRIZAÇÃO	10
2.1. Definição e características.....	10
2.2. Disciplina jurídica	11
2.3. A dicotomia atividade-meio <i>versus</i> atividade-fim.....	14
3. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	17
3.1. Serviço público.....	17
3.1.1. <i>Conceito</i>	17
3.1.2. <i>A prestação do serviço público</i>	18
3.2. Concessão do serviço público	19
3.2.1. <i>Conceito</i>	19
3.2.2. <i>Classificação das concessões de serviço público</i>	20
3.2.2.1. <u>Concessões comuns</u>	20
3.2.2.2. <u>Concessões especiais</u>	22
3.2.3. <i>Concedente</i>	24
3.2.3.1. <u>Direitos e obrigações do concedente</u>	25
3.2.4. <i>Concessionário</i>	25
3.2.4.1. <u>Direitos e obrigações do concessionário</u>	26
3.2.4.2. <u>A contratação de mão de obra</u>	27
4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO COMO MARCO TEÓRICO	29
4.1. Significado	29
4.2. Fundamento	30
4.3. Formas de aplicação	31
4.3.1. <i>Regra in dubio, pro operario</i>	31
4.3.2. <i>Regra da norma mais favorável</i>	32
4.3.3. <i>Regra da condição mais benéfica</i>	36
5. A TERCEIRIZAÇÃO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO	37
5.1. A previsão do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e a sua interpretação pela jurisprudência.....	37
5.2. A aplicação da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993) em detrimento do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), com base no princípio da proteção	43
5.3. O caso específico dos atendentes de <i>call center</i>	49
5.3.1. <i>A liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Recl. n. 10.132</i>	51
6. CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é objeto recorrente de discussões na ciência do Direito, especialmente no ramo trabalhista. Trata-se de um fenômeno inevitável e irreversível tanto no setor privado, quanto no âmbito do Poder Público, cujo propósito é diminuir os custos de produção de bens ou prestação de serviços, além de proporcionar ao tomador de serviços a possibilidade de concentrar seus esforços no desenvolvimento do núcleo essencial do seu empreendimento.

No entanto, o processo terceirizante, do ponto de vista social, acarreta a precarização do trabalho, ao se observar o aviltamento dos salários e, também, o desleixo com as normas de segurança e medicina do trabalho.

Nesse sentido, não se pode aceitar a terceirização “sem peias”, devendo o Estado, para tanto, impor limitações ao processo, de forma a garantir, de um lado, o direito à livre iniciativa, e, de outro, os direitos fundamentais dos trabalhadores, harmonizando, assim, os valores da ordem econômica e social estampados na Constituição da República de 1988.

Ocorre, contudo, que o legislador pátrio não tem dado o merecido tratamento ao tema. Diante disso, e ciente dos malefícios que a terceirização indiscriminada pode proporcionar ao trabalhador – parte hipossuficiente da relação de emprego e que, por tal razão, demanda uma proteção especial do Estado –, o Tribunal Superior do Trabalho cuidou de impor limites ao fenômeno da terceirização, por meio, inicialmente, da Súmula n. 256 (BRASIL, 1986), e, atualmente, da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), que se caracteriza por ser, atualmente, o principal dispositivo vigente na regulação da terceirização.

O famigerado enunciado sumular estabelece que o tomador de serviços está autorizado a terceirizar apenas serviços ligados à sua atividade-meio; *a contrario sensu*, o dispositivo veda a prática da terceirização em serviços ligados à atividade-fim. Com isso, busca-se a proteção ao obreiro, por ser a parte vulnerável da relação empregatícia, e, em última análise, promover a valorização do trabalho humano. Saliente-se que tal vedação se aplica tanto às empresas privadas, quanto aos entes da Administração Pública, Direta ou Indireta.

Não obstante essa vedação da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), o legislador infraconstitucional, desatento às conquistas sociais alcançadas com a edição da referida súmula pela Corte Trabalhista, permitiu que as concessionárias de serviço público contratassem terceiros para o “desenvolvimento de atividades inerentes” – art. 25 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995).

Nota-se, pois, um conflito entre o enunciado sumular do TST e o mencionado dispositivo legal. Enquanto o primeiro veda a prática da terceirização em atividades-fim, o segundo parece autorizar as concessionárias de serviço público a contratarem terceiros para a execução de atividades ligadas ao núcleo essencial do seu empreendimento, ou seja, atividades-fim.

A controvérsia é de fundamental importância, já que, por óbvio, dependendo da capitulação feita pelo operador do Direito, a terceirização nas concessionárias de serviço público poderá aumentar consideravelmente, gerando reflexos consideráveis na vida do trabalhador, já que o fenômeno terceirizante lhe é muito mais prejudicial do que a contratação direta pela concessionária.

A doutrina e a jurisprudência têm vacilado quanto ao melhor enquadramento normativo a ser dado à problemática, ora decidindo que as concessionárias de serviço público podem terceirizar suas atividades-fim, ora concluindo que essa prática terceirizante não é admitida pelo ordenamento justarabalista.

Em razão da relevância socioeconômica da controvérsia, o presente estudo dedicar-se-á à análise da terceirização nas concessionárias de serviço público, mediante exame dos aspectos principais da terceirização, da concessão do serviço público e do princípio da proteção, destacando o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

Seu objetivo é compreender a problemática à luz do princípio da proteção, para, ao final, assentar conclusão acerca do enquadramento normativo a ser dado à controvérsia exposta que melhor promova os valores consagrados na ordem jurídica trabalhista, em especial a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Obviamente, não se pretende aqui esgotar o assunto, mas tão somente fomentar a sua discussão.

Para tanto, o presente trabalho está dividido em quatro capítulos. No primeiro, são abordados os principais aspectos da terceirização, como a sua definição, a sua disciplina jurídica e a dicotomia atividade-meio *versus* atividade-fim. Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se o que se entende por serviço público, como se dá a sua prestação aos usuários, o contrato e as modalidades de concessão, o papel desempenhado pelo concedente e pela concessionária e a contratação de mão de obra. O terceiro capítulo, por sua vez, versa sobre o marco teórico: princípio da proteção; busca-se compreender o significado e o fundamento desse princípio, bem como as suas formas de aplicação. Por fim, no quarto capítulo, faz-se um cotejo dos diplomas normativos que regulam a terceirização das concessionárias de serviço público, à luz do princípio da proteção.

2. TERCEIRIZAÇÃO

2.1. Definição e características

Nas acertadas palavras de Alice Monteiro de Barros (2012, p. 357), “o fenômeno da terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, ou seja, de suporte, atendo-se a empresa à sua atividade principal”.

A terceirização, portanto, é o processo através do qual uma empresa transmite a outra a execução de certas atividades, cabendo a esta última a contratação direta de trabalhadores, cujos serviços serão prestados diretamente àquela primeira empresa. Em outras palavras, o trabalhador é contratado diretamente pela empresa prestadora de serviços para trabalhar nas atividades do tomador de serviços.

Maurício Godinho Delgado (2012, p. 435) ensina que:

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no modelo capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Percebe-se, pois, que a terceirização pressupõe a existência de um contrato de prestação de serviços – formado entre o tomador de serviços e a empresa prestadora – e de um contrato de trabalho – ajustado entre esta última e o obreiro.

A terceirização propicia o aumento da competitividade do negócio, pois, ao deixar sob a responsabilidade de um terceiro a execução de atividades periféricas, o tomador de serviços pode concentrar seus esforços no desenvolvimento do núcleo fundamental do seu empreendimento e, com isso, obter maior sucesso no seu ramo de atuação. Ademais, permite a diminuição dos custos de produção, já que as prestadoras de serviço oferecem salários menores do que aqueles recebidos pelos empregados do tomador de serviços.

Ao analisar o fenômeno, esclarece Martins (1997, p. 22):

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende com a terceirização a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.

“O processo terceirizante é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral” (DELGADO, 2012, p. 435), na qual a empresa empregadora é beneficiária direta dos serviços prestados pelo trabalhador. Na terceirização o beneficiário dos serviços do obreiro será o tomador, enquanto que o papel de empregador será exercido pela empresa terceirizante.

Por contrariar o modelo clássico de vínculo empregatício e, em decorrência, por se chocar com o espírito tutelar do Direito do Trabalho, por gerar a precarização do trabalho, a contratação de mão obra através da terceirização é admitida apenas de maneira excepcional por parte da doutrina e da jurisprudência justralhistas, conforme se demonstrará ao longo do presente estudo.

2.2. Disciplina jurídica

A terceirização é um fenômeno recente no Direito do Trabalho brasileiro, ganhando maior destaque apenas nas últimas três décadas do século XX.

De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, por ter sido elaborada em uma época na qual as empresas não se socorriam desse fenômeno, não cuidou do tema de maneira específica. Explica Delgado (2012, p. 436) que “isso se explica pela circunstância de o fato social da terceirização não ter tido, efetivamente, grande significação socioeconômica nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos de 1930/1940”.

Somente ao final da década de 60 e início dos anos 70 é que se pode dizer que o fenômeno da terceirização passou a receber uma regulamentação legal. Trata-se do Decreto-Lei n. 200 (BRASIL, 1967) e da Lei n. 5.645 (BRASIL, 1970). Embora tais diplomas normativos não designassem o fenômeno com o epíteto “terceirização”, fato é que eles permitiam ao poder público descentralizar a execução de atividades executivas, o que, sem dúvida, confunde-se com o processo terceirizante.

Nota-se, desse modo, que as primeiras referências legais sobre o fenômeno da terceirização ocorreram no âmbito da Administração Pública. Por outro lado, no segmento privado do mercado, a terceirização não recebeu a mesma atenção do legislador nacional.

Os primeiros diplomas legais com o propósito de regular a terceirização no âmbito da iniciativa privada foram a Lei n. 6.019 (BRASIL, 1974) e a Lei n. 7.102 (BRASIL, 1983). O

primeiro se refere à contratação de trabalho temporário, enquanto o segundo regulamentava especificamente a terceirização do trabalho de vigilância bancária, sendo posteriormente alterado pela Lei n. 8.863 (BRASIL, 1994), que passou a permitir a terceirização da atividade de “vigilância patrimonial de qualquer instituição e estabelecimento público ou privado, inclusive segurança de pessoas físicas, além do transporte ou garantia do transporte de qualquer tipo de carga” (DELGADO, 2012, p. 440).

Como se pode notar, a regulamentação legal da terceirização no setor privado ainda era incipiente, restrita às hipóteses previstas nas leis supracitadas. Em contrapartida, o processo terceirizante acentuava-se e generalizava-se no âmbito da iniciativa privada a partir dos anos setenta, fato que induziu os tribunais trabalhistas a uma intensa atividade interpretativa sobre tal fenômeno, com o objetivo de compreender a sua natureza e, assim, determinar como a ordem jurídica deve discipliná-lo.

Nesse passo, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou, em 1986, a Súmula n. 256, que informava:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Da leitura do enunciado da súmula infere-se que algumas orientações de suma importância foram claramente fixadas. De fato, o TST estabeleceu que as hipóteses de contratação terceirizada eram excepcionais, admissíveis apenas nos casos contemplados nas Leis ns. 6.019 (BRASIL, 1974) e 7.102 (BRASIL, 1983). Dessa forma, a regra era que a contratação de mão de obra deveria ocorrer nos moldes trazidos pela CLT (BRASIL, 1943), ou seja, por meio do acordo bilateral entre empregado e empregador.

Anos depois, já sob a vigência da Constituição de 1988, o TST procedeu à revisão da referida súmula, ao editar, em 1993, a Súmula n. 331, que originalmente era composta de quatro itens:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (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 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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

Esse enunciado sumular representou um grande avanço no que se refere à regulação da terceirização, pois a tratou de forma mais minuciosa do que a Súmula n. 256 (BRASIL, 1986). A nova súmula, nessa linha, ao permitir a terceirização das atividades de conservação e limpeza e de atividades-meio, incorporou as hipóteses dessa forma de contratação previstas no Decreto-Lei n. 200 (BRASIL, 1967) e na Lei n. 5.645 (BRASIL, 1970). A par disso, o TST, em consonância com o princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público, vedou o reconhecimento de vínculo direto de emprego entre o trabalhador terceirizado e os entes integrantes da Administração Pública.

Em que pese a relevância dos avanços mencionados, a alteração mais importante trazida pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993) foi a distinção entre “atividade-meio” e “atividade-fim”. Nesse sentido pontua Delgado (2012, p. 448):

No corpo dessas alterações uma das mais significativas foi a referência à distinção entre atividades-meio e atividades-fim do tomador de serviços – referência que, de certo modo, podia ser capturada no texto dos dois antigos diplomas sobre a reforma administrativa na década de 1960: art. 10, caput, Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70 – e que, em certa medida, harmonizava-se com o conjunto normativo da nova Constituição de 1988. Essa distinção (atividades-meio versus atividades-fim) marcava um dos critérios de aferição da licitude (ou não) da terceirização perpetrada.

Registre-se que o texto da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993) sofreu alterações posteriores por parte do Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido acrescentados os incisos V e VI, que estão positivados da seguinte forma:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Cabe ressaltar que na década de 1990 houve significativas alterações legislativas no tocante à terceirização. “Com as privatizações das entidades estatais no Brasil, despontaram leis reguladoras de certos segmentos e atividades objeto das privatizações” (DELGADO, 2012, p. 442), tais como a Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), conhecida como “lei de concessões”, que trata do regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e a Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997), que trata do regime de concessão e permissão dos serviços de telecomunicações, conhecida como “lei geral das telecomunicações”.

A lei de concessões trouxe previsão expressa quanto à possibilidade de terceirização no âmbito das concessionárias de serviço público, nos termos do § 1º do seu art. 25, que assim dispõe:

§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 (BRASIL, 1995).

Da mesma forma, a lei geral das telecomunicações (BRASIL, 1997) traz previsão idêntica ao dispositivo supracitado, permitindo, pois, que as concessionárias do setor de telecomunicações contratem terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, como se observa em seu art. 94, inciso II.

Os mencionados dispositivos, como se depreende da sua leitura, parecem ter ampliado as hipóteses de terceirização consagradas na Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), sobretudo quando permitem que as concessionárias de serviço público contratem terceiros para o desenvolvimento de “atividades inerentes”, o que gerou - e ainda tem gerado - grande discussão na doutrina e na jurisprudência justralhistas, razão pela qual o presente trabalho concentra sua análise neste ponto.

2.3. A dicotomia atividade-meio *versus* atividade-fim

Como visto, a grande novidade trazida pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993) foi a distinção entre “atividades-meio” e “atividades-fim”, cuja função era - e ainda é até hoje - aferir a licitude da terceirização promovida pelo tomador de serviços.

Nesse passo, o item III do enunciado sumular considera lícita apenas a terceirização das atividades-meio; *a contrario sensu*, veda a contratação de terceiros para o exercício de atividades-fim.

Para a compreensão do fenômeno, é imprescindível analisar os conceitos de atividades-fim e de atividades-meio.

Segundo o eminente Delgado, as atividades-fim são:

as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial e econômico. São, portanto, atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (2012, p. 450).

Ao revés, define atividades-meio como:

aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que não se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador de serviços, nem compõem a essência dessa dinâmica ou contribuem para a definição de seu posicionamento no contexto empresarial e econômico mais amplo. São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços (2012, p. 450)

Em síntese, pode-se dizer que atividade-meio é aquela de mero suporte, que não integra o núcleo, ou seja, a essência, das atividades empresariais do tomador, sendo atividade-fim, portanto, aquela que a compõe (GARCIA, 2012, p. 349).

Essa distinção entre atividade-fim e atividade-meio surgiu como forma de proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego – o trabalhador – da postura das empresas de buscarem a todo custo o lucro, não se importando com a condição humana do obreiro.

Ao longo dos anos, as empresas, para sobreviverem num mercado cada vez mais globalizado e perverso, precisaram reduzir seus custos de produção e aumentar a sua produtividade e competitividade. Para tanto, encontraram no processo terceirizante uma forma de alcançar essas metas.

Analisando-se a terceirização sob o prisma econômico, não há como negar que esse fenômeno é inevitável e irreversível, haja vista ser fruto de uma imposição do capitalismo sobre as empresas, obrigando-as a diminuir seus custos de produção e, principalmente, concentrarem seus esforços na busca de novas tecnologias, para ofertar maiores e melhores produtos e serviços aos consumidores. Somente atendendo a essa exigência é que as empresas conseguirão sobreviver no atual mercado globalizado e altamente competitivo.

No entanto, a fórmula da terceirização, ideal do ponto de vista do capitalismo, gera a precarização do trabalho humano, por se observar, por exemplo, o aviltamento dos salários, conforme esclarece Castro (2012, p. 109) ao pontuar que “o salário recebido pelo terceirizado equivale à metade daquele do trabalhador não terceirizado, o que dá a medida da desigualdade que o modelo estabelece e que exige uma reflexão sob a premissa do Estado Democrático de Direito”.

Essa precarização do trabalho contraria os valores consagrados na Constituição de 1988, notadamente a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano. Diante desse cenário, deve-se ter em mente que a terceirização encontra limites no ordenamento juslaboral.

Ao analisar os limites da terceirização, Delgado (2012, p. 445) assevera que:

Os limites da Constituição ao processo terceirizante situam-se no sentido de seu conjunto normativo, quer nos princípios, quer nas regras assecuratórias da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da valorização do trabalho e especialmente do emprego (art. 1º, III, combinado com art. 170, caput), da busca de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), do objetivo de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), da busca da promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Logo em seguida, conclui com maestria o Ministro do TST:

Nessa moldura lógica e sistemática da Constituição, não cabem fórmulas de utilização do trabalho que esgarcem o patamar civilizatório mínimo instituído pela ordem jurídica constitucional e legal do país, reduzindo a valorização do trabalho e do emprego, exacerbando a desigualdade social entre os trabalhadores e entre estes e os detentores da livre iniciativa, instituindo formas novas e incontáveis de discriminação, frustrando o objetivo cardinal de busca do bem-estar e justiça sociais. Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira (DELGADO, 2012, p. 445)

Portanto, num cenário de Estado Democrático de Direito, no qual se defende a garantia e a proteção dos direitos fundamentais, entre os quais se inserem os direitos sociais, é digna de aplausos a distinção entre atividade-fim e atividade-meio criada pela Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), pois ela garante o respeito à dignidade do trabalhador e a valorização do trabalho humano, de modo que a sua não observância mostra-se um retrocesso social, algo inadmissível num Estado Social, como é o brasileiro.

3. A CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1. Serviço público

3.1.1. Conceito

Não há consenso na doutrina acerca do conceito de serviço público, uma vez que este, enquanto atividade material destinada a satisfazer as necessidades coletivas, varia de acordo com as necessidades e as condições socioeconômicas de cada sociedade, o que depende do contexto histórico em que se situa o serviço público.

Por essa razão, o conceito sofreu profundas alterações ao longo dos anos. De início, pensava-se que serviço público era toda e qualquer atividade prestada pelo Estado e que somente este poderia, com exclusividade, prestá-lo. Não era admitida, pois, a sua delegação a particulares.

Contemporaneamente, a noção de serviço público está inserida na função administrativa, motivo pelo qual as funções legislativa e judicial são excluídas do seu conceito. Todavia, conforme pondera Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 240-241),

(...) o conceito de serviço público não abrange todas as funções administrativas do Estado, até porque o serviço público é função administrativa que consiste numa atividade *material* do Estado, que se realiza através de disponibilização de utilidades ou comodidades materiais aos cidadãos-administrados, situação que o distingue, por exemplo, do poder de polícia administrativo, que também é função administrativa, mas que corresponde a atividade *jurídica* do Estado, realizada por meio de atos administrativos.

Além disso, o Estado não detém mais a exclusividade na prestação do serviço público. Na maioria dos casos, ele pode ser prestado por particulares, por delegação do Estado e mediante o seu controle.

Diante disso, pode-se conceituar serviço público como toda atividade material prestada pelo Estado ou por seus delegados, regulada pelo regime de direito público, com o objetivo de satisfazer as necessidades da coletividade.

Esse conceito também é adotado por Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 106), que define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.

Corroborando tal entendimento, ensina Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 241):

(...) serviço público é uma atividade administrativa e material, prestada pelos órgãos da Administração direta do Estado ou por suas entidades da Administração indireta ou, ainda, por empresas privadas que atuam por delegação do Estado (...) consistente em utilidades ou comodidades materiais, criadas por lei, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados, sujeita a regime total ou parcialmente público. O serviço público é, portanto, função administrativa exercida pelo Estado ou por seus delegados, que consiste em prestações materiais específicas ou genéricas que propiciam para os administrados benefícios das mais variadas ordens (telecomunicação, energia elétrica, transporte coletivo, gás canalizado, fornecimento de água, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, etc.).

3.1.2. A prestação do serviço público

A Constituição de 1988 atribuiu a titularidade dos serviços públicos, em regra, ao Estado, conforme se depreende do *caput* do seu art. 175, que dispõe: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. No entanto, autoriza o texto constitucional que o Poder Público transfira a titularidade da prestação do serviço público à iniciativa privada.

Portanto, o serviço público pode ser executado diretamente pelo Estado ou este pode delegar a sua prestação a outras pessoas, por meio das concessões ou permissões de serviços públicos.

Registre-se que o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, tal como previsto no dispositivo constitucional supracitado, está atualmente disciplinado pela Lei n. 8.987, de 13.2.1995, que regula de maneira geral as concessões e as permissões do serviço público; pela Lei n. 9.074, de 7.7.1995, que estabelece normas sobre a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; e pela Lei n. 11.079, de 30.12.2004, que, ao disciplinar a concessão especial dos serviços públicos, instituiu o regime de “parceria público-privada”.

Cabe aqui uma ressalva importante. Embora os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos não sejam idênticos, cada um possuindo suas peculiaridades, a dificuldade encontrada pela doutrina administrativista para diferenciá-los é tamanha que o presente trabalho não irá adentrar no mérito da questão.

De fato, seguindo a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (2010), pode-se afirmar que, sob a égide da legislação atual, os institutos da concessão e da permissão de serviços públicos estão mal disciplinados, sendo tarefa difícil identificar alguma diferença

significativa entre eles. Por isso, afirma o nobre jurista que “é mais lógico admitir-se que entre a permissão e a concessão não mais se vislumbram diferenças do que tentar identificar pontos incongruentes, inócuos e não convincentes” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 453).

Como o foco do presente estudo não é a distinção entre os institutos, mas sim analisar em específico o fenômeno da terceirização no âmbito das concessionárias de serviço público, não será analisado o instituto da permissão do serviço público. Em que pese a sua importância, a complexidade do tema exige um estudo aprofundado, não sendo este o propósito deste trabalho.

3.2. A concessão do serviço público

3.2.1. Conceito

A definição legal de concessão de serviço público está prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.987:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (BRASIL, 1995)

A doutrina não é unânime na delimitação dos contornos da concessão dos serviços públicos. Não obstante, nas precisas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 701):

Concessão de serviço público é o instituto do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.

Trata-se, portanto, de um contrato administrativo por meio do qual a Administração Pública delega a prestação de serviços públicos a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, mediante remuneração paga, em regra, pelo usuário.

3.2.2. Classificação das concessões de serviço público

Orientando-se pelo magistério do Professor José dos Santos Carvalho Filho (2010), as concessões de serviço público dividem-se em duas categorias: concessões comuns e concessões especiais.

3.2.2.1. Concessões Comuns

As concessões comuns estão disciplinadas na Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995a) e subdividem-se em duas modalidades: a) concessões de serviços públicos simples; b) concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública.

A característica marcante delas reside no fato de que “o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário; todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 394).

a) Concessões de serviços públicos simples

De início, vale registrar que o epíteto “simples” é usado porque essa é a modalidade clássica de serviço delegado pela Administração Pública. Aliás, por tal razão, é utilizada como paradigma no presente trabalho.

A concessão de serviço público simples é “o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 397).

Como a atividade é de interesse público, em tese incumbe ao Estado prestá-la. Contudo, este decide transferir a execução para particulares, obviamente sob sua fiscalização. Como o serviço público será prestado aos membros da coletividade, caberá a estes remunerá-lo, em benefício do executor.

Nessa relação jurídica o Poder Público é chamado de “concedente”, enquanto o executor do serviço, de “concessionário”. Dessa relação decorrem outras relações jurídicas, como as que vinculam o concedente ao usuário e este ao concessionário. O importante é entender que na concessão de serviço público há a participação do concedente, do concessionário e do usuário.

Quanto ao objeto da concessão simples, ele pode ser analisado sob dois aspectos: um mediato e um imediato. Carvalho Filho (2010, p. 397-398) ensina que:

Mediatamente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam.

O objeto imediato é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade.

b) Concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública

Por sua vez, a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública está definida na Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), em seu art. 2º, III, como

(...) a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou 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;

Em outras palavras, “é o contrato administrativo através do qual o Poder Público ajusta com pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de determinada obra pública, por sua conta e risco, delegando ao construtor, após a conclusão, sua exploração por determinado prazo” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 400).

O Poder Público busca, nessa modalidade de concessão, transferir para a iniciativa privada os vultosos gastos que as obras públicas demandam. Em contrapartida, o concessionário poderá explorá-la para recuperar os recursos investidos. Além disso, a coletividade se beneficia da obra e, ao final do prazo da concessão, a Administração Pública volta a explorá-la.

A partir do conceito externado infere-se que essa modalidade de concessão compreende uma duplicidade de objeto.

O primeiro deles se caracteriza pelo contrato firmado entre o concedente e o concessionário, por meio do qual este se obriga a executar determinada obra pública. Por “execução de obra pública” entende-se “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público”, como prescreve o art. 2º, III, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995).

O segundo objeto se refere ao serviço público de exploração da obra pública. O concedente, após a conclusão da obra, transfere a sua exploração, por prazo determinado, ao concessionário. A remuneração do serviço será realizada pelos usuários, mediante tarifa, em benefício de quem construiu a obra e agora explora o serviço dela decorrente. Não há, portanto, qualquer tipo de contraprestação pecuniária por parte do Poder Público.

3.2.2.2. Concessões especiais

As concessões especiais estão disciplinadas na Lei n. 11.079 (BRASIL, 2004) e têm como característica principal o fato de o concessionário receber determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de *parcerias público-privadas*.

Segundo Carvalho Filho (2010, p. 462), o contrato de concessão especial sob regime de parceria público-privada pode ser conceituado como:

(..) o acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Trata-se, portanto, de um acordo firmado entre o Poder Público e o concessionário privado, cujo objeto será a delegação de um serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos, normalmente de grande porte. O custo da prestação do serviço público ficará a cargo do concessionário, o qual será devidamente ressarcido no curso do contrato, mediante a contraprestação pecuniária por parte da Administração.

A contratação sob o regime de parceria público-privada tem como principais motivos a falta de disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado e a busca pela eficiência da gestão atingida no setor privado.

Da mesma forma que as concessões comuns, as concessões especiais comportam duas modalidades: concessões patrocinadas e concessões administrativas.

a) Concessões patrocinadas

A Lei n. 11.079 (BRASIL, 2004) traz, em seu art. 2º, § 1º, a seguinte definição:

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A partir do conceito legal, extrai-se que:

“a concessão patrocinada nada mais é do que uma concessão de serviços públicos ou de obras públicas, conforme conceito da Lei n. 8.987/95, portanto, uma delegação da prestação de serviços públicos, precedida ou não de obra pública, feita pelo poder concedente à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, quando envolver, adicionalmente, duas fontes de recursos: a tarifa cobrada dos usuários e a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (MARINELA, 2012, p. 560).

O objeto dessa modalidade de concessão é a prestação de serviços ou obras públicas. Como essa prestação se destina à coletividade, cabe a esta remunerar o serviço por meio da tarifa. No entanto, ao contrário das concessões comuns, além do pagamento de tarifa pelo usuário, o Poder Público deverá obrigatoriamente participar do pagamento dos investimentos feitos pelo concessionário, por meio de determinada contraprestação pecuniária. São exemplos desse tipo de concessão os serviços de construção e manutenção de rodovias e ferrovias.

b) Concessões administrativas

A concessão administrativa é o “contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”, de acordo com o art. 2º, § 2º, da Lei n. 11.079 (BRASIL, 2004).

Apesar da expressa previsão legal, não é fácil visualizar o funcionamento dessa modalidade de concessão. É certo que se trata de uma concessão, não só pelo nome, mas porque o *caput* do art. 2º categoricamente afirma que as PPP são contratos de concessão. No entanto, na “concessão administrativa”, a Administração é usuária dos serviços prestados pelo

parceiro privado. Ocorre que a definição legal não esclarece a natureza do serviço prestado pelo concessionário, isto é, não está dito que o objeto da concessão administrativa é a prestação de serviço público. Ademais, não cuidou o diploma legal de explicar o que se entende por “usuária direta ou indireta”.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2012), não é cabível a cobrança de tarifa na concessão administrativa. No que diz respeito ao seu objeto, esclarece a eminente professora que tanto pode ser a prestação de um serviço à Administração (não ser um serviço público), quanto a prestação de um serviço público, hipótese em que a Administração será “usuária indireta”. Essa situação – a prestação de um serviço público – ocorreria nas hipóteses em que não fosse possível cobrar tarifas dos usuários dos serviços públicos.

Em que pesem as divergências doutrinárias quanto ao tema, importa saber que na concessão administrativa, diversamente do que ocorre com a concessão patrocinada, não há a remuneração pelo sistema de tarifas a cargo dos usuários, uma vez que o pagamento do serviço ou obra é efetuado diretamente pelo concedente.

3.2.3. Concedente

A Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) considera como poder concedente “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão” (art. 2º, I).

Portanto, em regra cabe aos entes políticos firmarem contratos de concessão, desde que seja observada a competência constitucional para a prestação do serviço público. Em outras palavras, um ente político só pode delegar a prestação do serviço público cuja titularidade lhe tenha sido outorgada pela Constituição.

Para os serviços que não receberam tratamento constitucional, a competência para exercê-los e para a sua possível delegação deve respeitar a órbita de interesse. Com efeito, sendo o interesse nacional, a competência será da União; se for regional, dos Estados; se for municipal, dos Municípios (MARINELA, 2012, p. 543).

Contudo, ensina Carvalho Filho (2010, p. 405) que a celebração de alguns contratos de concessão tem sido delegada, em caráter de exceção, a autarquias, especialmente algumas agências reguladoras, passando tais entes a ostentar a qualificação de concedentes. Por exemplo, a Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997) delegou à ANATEL (Agência Nacional de

Telecomunicações), agência reguladora, o poder de celebrar e gerenciar contratos de concessão dos serviços de telefonia sob o regime público.

3.2.3.1. Direitos e obrigações do concedente

A Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) estabelece, em seu art. 29 e seguintes, os direitos e obrigações do poder concedente, definindo seus encargos, regras para a fiscalização e possibilidade de intervenção na concessão.

Entre os encargos do concedente, destacam-se os seguintes: regulamentar o serviço concedido, cumprindo e fazendo cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; fiscalizar permanentemente a prestação do serviço; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários; estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; incentivar a competitividade; e estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Por outro lado, a concessão, por ser um contrato administrativo, tem como característica natural a desigualdade entre as partes, de modo que a Administração (concedente) ocupa uma posição de supremacia em relação ao concessionário. Em decorrência disso, incidem na concessão as chamadas “cláusulas exorbitantes”, que “são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 404).

É por essa razão que a Administração Pública, ao delegar o serviço público, possui algumas prerrogativas, a saber: poder de inspeção e fiscalização; poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; poder de intervir na concessão em ocasiões excepcionais, para proteger o interesse público; poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente (MELLO, 2010, p. 728-729).

3.2.4. Concessionário

A lei das concessões (BRASIL, 1995) não admitiu a delegação de serviços públicos a pessoas físicas, mas somente a pessoas jurídicas ou consórcios de empresas, interpretação que se extrai do seu art. 2º, incisos II e III.

Na concessão, como ocorre a transferência da titularidade para prestação de serviço, o concessionário assume a execução do serviço para prestá-lo em nome próprio e por sua conta e risco. É essa circunstância – de o concessionário prestar o serviço em nome próprio – que diferencia a concessão de serviço público dos contratos de prestação de serviços propriamente ditos, nos quais o contratado presta o serviço em nome do Estado.

3.2.4.1. Direitos e obrigações do concessionário

No contrato de concessão, o concessionário possui inúmeros direitos e garantias. A principal é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que “consiste em um conjunto de direitos e encargos do contratado que, quando da formalização do contrato, parecem equivalentes, não podendo essa equivalência ser alterada” (MARINELA, 2012, p. 545-546). Desta forma, o equilíbrio estabelecido no momento da celebração do contrato deve ser mantido durante toda a sua execução.

Além disso, o concessionário não pode ser obrigado a realizar atividades estranhas ao objeto da concessão, já que são reconhecidos “o direito de lucro e a garantia de obediência a todas as limitações legais, instituídas ao poder concedente” (MARINELA, 2012, p. 546).

Noutro giro, o art. 31 da Lei n. 8.987/95 (BRASIL, 1995) estatui as obrigações do delegatário do serviço público:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

- I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
 - II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;
 - III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;
 - IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
 - V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;
 - VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;
 - VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e
 - VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.
- (...)

Outrossim, como o concessionário executa o serviço por sua conta e risco, cabe-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”, nos termos do art. 25 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995).

Essa previsão está consentânea com a Constituição (BRASIL, 1988), que estabelece, em seu art. 37, § 6º, que as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos – caso das concessionárias – respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Para Marinela (2012, p. 546-547),

Essa responsabilização segue, em regra, a teoria da responsabilidade objetiva, visando proteger a vítima, exigindo-se para a sua indenização somente a prova da conduta danosa, do dano efetivamente causado e do nexo causal entre ambos, dispensada a demonstração do elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Vale salientar ainda que, conforme atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, “a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço” (RE 591874/MS).

Por fim, quanto à responsabilidade do concedente, em razão dos atos praticados pelos agentes das concessionárias, aplica-se a teoria da responsabilidade subsidiária. Desta forma, o Estado somente será responsabilizado caso a concessionária não tenha condições financeiras de ressarcir os danos causados a terceiros. Segundo MARINELA (2012, p. 548),

A aplicação dessa teoria é justificável por tratar-se de serviço público em que a responsabilidade por sua prestação é do Poder Público e se ele decide transferi-la e escolhe a quem vai fazê-lo, não pode, ao final, eximir-se de quaisquer danos causados em consequência dessas medidas.

3.2.5. A contratação de mão de obra

Conforme já visto anteriormente, a concessionária presta o serviço público que lhe foi delegado por sua conta e risco. Por isso, “o concedente nenhuma responsabilidade tem no que se refere às contratações firmadas pelo concessionário” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 431).

No caso de contratação de trabalhadores, a concessionária celebrará contratos de trabalho, de acordo com a legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer vínculo entre os trabalhadores e o poder concedente, nos termos previstos no art. 25, § 2º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995).

Portanto, a concessionária pode escolher livremente seus empregados. Além disso, a Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) admite que as concessionárias de serviço público se utilizem da terceirização, ao prever expressamente, em seu art. 25, § 1º, que “a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”.

4. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

4.1. Significado

Explica Martinez (2012) que há relações jurídicas em que os sujeitos estão em postura de igualdade substancial e, por conseguinte, em posição de equivalência contratual. Diante dessas relações, espera-se que o Estado não privilegie um contratante em detrimento de outro: ao revés, deve garantir que a autonomia da vontade de cada sujeito seja preservada.

No entanto, tal cenário muda quando há um evidente desnível de forças e oportunidades entre os contratantes. Nesses casos, deve o Estado criar mecanismos de proteção à parte mais vulnerável da relação.

É justamente esse panorama de desigualdade contratual que se vislumbra na relação de emprego, muito bem apontado por Luísa Gomes Martins (2010, p. 54-55):

A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder de dar ordens, comandar e dirigir toda a execução do trabalho executado pelo trabalhador. (...)

O trabalhador mantém também uma dependência econômica em relação ao empregador. Ainda que tal dependência não seja critério para existência de uma relação de emprego, sem dúvida é usada como parâmetro para identificar a subordinação. Em geral, o trabalhador coloca seus serviços à disposição de outrem porque depende do salário para sua sobrevivência ou, pelo menos, o conforto de sua família depende desse pagamento.

Nesse sentido, a necessidade econômica do empregado impede que ele faça exigências quando da contratação, ou mesmo durante a execução do contrato, e, quando do fim da relação, não possui o poder de barganha para exigir o pagamento devido, restando-lhe somente recorrer ao Judiciário. (...)

Além da vulnerabilidade econômica apontada, o empregado apresenta vulnerabilidade física, pois sua mão-de-obra não pode ser destacada de sua pessoa. Assim, submete-se durante a execução do trabalho a riscos de danos físicos e mentais, estando à mercê de seu ambiente de trabalho.

É inegável, portanto, que na relação de emprego o trabalhador encontra-se em posição de inferioridade face ao empregador. Por essa razão, o Estado, através do Direito do Trabalho, cria em seu favor uma rede de proteção, compensando assim, no plano jurídico, a desigualdade fática existente entre os sujeitos da relação laboral.

Nesse contexto, Américo Plá Rodríguez (1978, p. 28) ensina que:

O princípio de proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador.

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Com base nas lições do saudoso jurista uruguaio, pode-se concluir que o princípio da proteção informa a necessidade de se garantir à parte hipossuficiente da relação empregatícia – o trabalhador – um tratamento privilegiado, em detrimento do empregador, com vistas a compensar, no plano jurídico, a desigualdade existente entre eles no plano fático.

Essa também é a opinião de Delgado (2012, p. 193):

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

4.2. Fundamento

O fundamento do princípio da proteção repousa na origem e no próprio fundamento do Direito do Trabalho.

Garcia (2012) conta que o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, teve como marco a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, em substituição à força humana. Diante da necessidade de pessoas para operar tais máquinas, impôs-se a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado.

Nesse cenário, os trabalhadores foram submetidos a péssimas condições de trabalho, em ambientes de trabalho insalubres e perigosos, e a excessivas jornadas de trabalho, além de intensa exploração do trabalho infantil e feminino. Não bastasse isso, os salários eram irrisórios, mal davam para a subsistência do trabalhador e de sua família. Essa condição de miserabilidade levou os trabalhadores a se reunirem em sindicatos, organizando movimentos grevistas e ações de sabotagem ou de boicote, com vistas a buscar reajustes salariais e melhores condições de trabalho.

Martins (2010) narra que o Estado, em um primeiro momento, recusou-se a regular as relações de trabalho, tendo, inclusive, reprimido as reivindicações dos trabalhadores. Tal postura se apoiava na política do liberalismo econômico, segundo a qual ao Estado caberia tão somente garantir o direito de liberdade às pessoas, não devendo se intrometer nas relações contratuais.

Ocorre que essa liberdade irrestrita, defendida pelo liberalismo, possibilitou a exploração desenfreada dos trabalhadores, inclusive de mulheres e crianças, por parte dos empresários. Diante disso, e com o aumento da pressão dos sindicatos, o Estado “deixa seu estado de abstenção e passa a intervir nas relações de trabalho, impondo limitações à liberdade das partes, para a proteção do trabalhador, por meio de legislação proibitiva de abusos do empregador, como forma de preservar a dignidade do homem no trabalho” (GARCIA, 2012, p. 96).

Nesse cenário, os países europeus criaram diversas leis para limitar o poder do empregador e, assim, proteger o trabalhador. “Surgia, dessa forma, o direito do trabalho como um conjunto de legislação protetora, objetivando a tutela da classe operária diante do patronato. Esse ramo do direito, portanto, visa compensar a inferioridade econômica do trabalhador atribuindo-lhe superioridade jurídica” (MARTINS, 2010, p. 61).

Plá Rodriguez (1978, p. 30) resume com exatidão o fundamento do princípio da proteção:

O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho.

Historicamente, o Direito do Trabalho surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração. Inclusive, mais abusivas e iníquas.

O legislador não pode mais manter a ficção de igualdade existente entre as partes do contrato de trabalho e inclinou-se para uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador como uma proteção jurídica a ele favorável.

O Direito do Trabalho responde fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.

4.3. Formas de aplicação

Plá Rodriguez (1978) leciona que o princípio da proteção se expressa sob três formas distintas: a regra *in dubio, pro operario*, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.

4.3.1. Regra *in dubio, pro operario*

A regra *in dubio, pro operario* consiste no “critério segundo o qual, no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 43).

Noutros termos, essa regra informa que o intérprete, ao se deparar com uma norma trabalhista que possua duas ou mais interpretações possíveis, deve optar por aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Essa regra justifica-se pelo fato de a relação entre os sujeitos do pacto laboral ser marcadamente desigual, sendo finalidade precípua do Direito do Trabalho, conforme já analisado, oferecer uma teia de proteção à parte mais débil dessa relação - o trabalhador -, com o propósito de compensar juridicamente essa desigualdade fática.

De outra banda, ao se reconhecer esse caráter especial do ramo juslaboral, rechaça-se o princípio admitido no direito privado, segundo o qual os casos duvidosos devem resolver-se a favor do devedor (*in dubio, pro reo*). Isso porque, na relação empregatícia, o trabalhador, “justamente em consequência de sua debilidade, se acha, na maioria dos casos, na situação de parte credora” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 43).

Assim, o espírito protetor do Direito do Trabalho garante que, em caso de dúvida na interpretação de uma norma, deve prevalecer o sentido que for mais favorável ao obreiro.

No entanto, a aplicação da regra *in dubio, pro operario* não pode ser ilimitada, devendo obedecer a duas condições: “a) somente quando exista dúvida sobre o alcance da norma; e b) sempre que não esteja em desacordo com a vontade do legislador” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 45).

O nobre jurista uruguaio ensina que o intérprete deve ter em mente que a aplicação da regra em análise:

(...) pressupõe uma dúvida autêntica, ou seja, que só deve aplicá-la quando efetivamente uma norma é suscetível de ser interpretada de diversas maneiras, isto é, quando há uma verdadeira dúvida.

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar essa regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 45).

4.3.2. Regra da norma mais favorável

A regra da norma mais favorável impõe que, “existindo mais de uma norma jurídica válida e vigente, aplicável a determinada situação, prevalece aquela mais favorável ao empregado, ainda que esta norma esteja em posição hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico” (GARCIA, 2012, p. 97).

E o mesmo autor traz um exemplo claro de aplicação dessa regra:

(...) se o acordo coletivo confere ao empregado direito trabalhista superior àquele previsto na Constituição Federal, é o primeiro que deve ser aplicado, por ser mais benéfico ao polo mais fraco da relação jurídica. Aliás, isso atende ao próprio mandamento constitucional de melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, caput, da CF/1988) (GARCIA, 2012, p. 97).

Nota-se que a aplicação dessa regra parte do pressuposto da existência de uma antinomia entre normas trabalhistas. A rigor, esse problema seria facilmente resolvido pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade. Com efeito, entre normas de hierarquia diferente, aplica-se a de grau superior; entre normas de igual hierarquia, aplica-se a mais recente; por fim, a norma especial prevalece sobre a norma geral.

No entanto, Plá Rodriguez (1978, p. 54) ensina que “é justamente a aplicação do princípio da norma mais favorável que torna questionável o pressuposto e que outorga ao Direito do Trabalho, sob este aspecto, caráter peculiar”. Na verdade, “não se aplicará a norma correspondente dentro de uma ordem hierárquica predeterminada, mas se aplicará, em cada caso, a norma mais favorável ao trabalhador”.

Portanto, “no direito do trabalho, será aplicada a norma mais favorável ao trabalhador, sem obediência à ordem hierárquica que há entre normas. Por esse critério devem ser interpretadas as normas provenientes de todas as diferentes fontes do direito do trabalho” (MARTINS, 2010, p. 115).

Ao contrário do Direito Comum, no qual se constata a existência de uma hierarquia rígida e inflexível entre as fontes normativas, no direito do trabalho, como bem aponta Delgado (2012, p. 175),

(...) a pirâmide normativa constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice dominante a norma que mais se aproxima do caráter teleológico do ramo justabalhista. À medida que a matriz teleológica do Direito do Trabalho aponta na direção de conferir solução às relações empregatícias segundo um sentido social de restaurar, hipoteticamente, no plano jurídico, um equilíbrio não verificável no plano da relação econômico-social de emprego -, objetivando, assim, a melhoria das condições socioprofissionais do trabalhador -, prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central justabalhista. (...)

E prossegue o eminente Ministro do TST:

O princípio direcionador basilar do Direito do Trabalho, que melhor incorpora e expressa seu sentido teleológico constitutivo, é, como visto, o princípio da norma

mais favorável ao trabalhador. Assim, aplicar-se-á ao caso concreto – sendo naquele caso hierarquicamente superior – a norma mais favorável ao empregado. O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável – ainda que apreendido segundo um critério permanente -, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador (DELGADO, 2012, p. 75).

Em resumo, sendo aplicável a uma dada situação mais de uma norma trabalhista válida e vigente, deve o operador do Direito do Trabalho optar pela norma mais favorável ao trabalhador. Isso não implica a revogação da norma menos favorável, mas mero preterimento no caso concreto (DELGADO, 2012).

Todavia, a aplicação da regra da norma mais favorável encontra limites em normas proibitivas oriundas do Estado, as quais, por serem de ordem pública, necessariamente devem ser respeitadas. Com efeito, a prevalência dessas normas ocorre quando o interesse público exige sacrifícios momentâneos de vantagens aparentes, em benefício de determinadas categorias econômicas ou mesmo dos trabalhadores em geral.

A grande questão na aplicação dessa regra é: como se determina qual é a norma mais favorável? A dificuldade nessa tarefa reside no fato de, muitas vezes, uma mesma norma conter algumas disposições favoráveis e outras prejudiciais ao trabalhador. Diante disso, questiona-se: as normas devem ser comparadas em seu conjunto ou se comparam os dispositivos de cada instrumento normativo?

Há, pois, duas teorias clássicas para solucionar a controvérsia: a da acumulação e a do conglobamento.

A teoria da acumulação propõe o fracionamento do conteúdo dos textos normativos, sustentando que “podem ser extraídas de cada norma as disposições mais favoráveis” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 58). Desse modo, aplicam-se as disposições mais favoráveis ao trabalhador de cada norma, independentemente de sua origem.

Essa teoria mostra-se claramente mais vantajosa ao trabalhador. Contudo, ela é alvo de críticas, pois, ao permitir a criação de uma verdadeira “colcha de retalhos”, compromete a noção de Direito como sistema (DELGADO, 2012).

Ao revés, a teoria do conglobamento não propõe um fracionamento de preceitos ou institutos jurídicos. Segundo ela, “as normas devem ser comparadas em seu conjunto” (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 58), prevalecendo, assim, o caráter unitário de cada sistema normativo, o que exclui a possibilidade de aplicação simultânea de disposições de normas diferentes. Apenas será mais favorável a norma que globalmente for mais benéfica à classe obreira. É a teoria adotada pela maioria da jurisprudência (CASSAR, 2011, p. 103).

A vantagem dessa teoria reside no fato de ela manter a harmonia e o equilíbrio entre as disposições de cada norma cotejada, privilegiando, desse modo, a sistematicidade do Direito.

A partir dessas teorias – da acumulação e do conglobamento – surgiram outras duas: a teoria da incindibilidade das cláusulas e a teoria da incindibilidade dos institutos. “A primeira determina a comparação entre as cláusulas das normas coletivas, as cláusulas do contrato individual e a lei. A segunda implica a comparação entre os institutos ou temas do direito do trabalho” (MARTINS, 2010).

Conforme ensina Plá Rodriguez (1978, p. 59),

Dada a diversidade de conceitos que pode conter a expressão “cláusula”, assim como a forma muito diferente de distribuir uma negociação em cláusulas e a função bastante variada que cada uma delas pode cumprir, parece mais racional e lógico estabelecer a comparação entre os institutos, que pressupõem necessariamente uma unidade conceitual e orgânica.

E arremata o jurista uruguaio:

Parece ser esta a posição mais razoável: o conjunto que se leva em conta para estabelecer a comparação é o integrado pelas normas referentes à mesma matéria, que não se pode dissociar sem perda de sua harmonia interior. Mas não se pode levar a preocupação de harmonia além desse âmbito (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 60)

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que a aferição da norma mais favorável deve ser feita à luz da “teoria da incindibilidade dos institutos”, segundo a qual a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria.

Embora não seja a teoria adotada pela jurisprudência majoritária, ela se mostra a mais adequada no enfrentamento de um eventual conflito entre normas, já que garante a harmonia no tratamento do instituto ou matéria do direito do trabalho. Não é por outra razão que essa teoria “tem sido a mais aceita na doutrina” (CASSAR, 2011, p. 103).

Saliente-se, por fim, que o parâmetro para se verificar a norma mais favorável não deve ser o trabalhador considerado individualmente, mas sim a “coletividade interessada (categoria, por exemplo) ou o trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento” (DELGADO, 2012, p. 180).

4.3.3. Regra da condição mais benéfica

A regra da condição mais benéfica “pressupõe a existência de uma situação concreta, anteriormente reconhecida, e determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável” (PLÁ RODRIGUEZ, p. 60).

Do exposto, pode-se dizer que essa regra determina que “as cláusulas contratuais mais vantajosas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior ainda mais favorável, mantendo-se intocadas (direito adquirido) em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa” (GODINHO, 2012, p. 197).

A regra da condição mais benéfica foi incorporada pela legislação trabalhista, como se depreende do art. 468 da CLT (BRASIL, 1943), que prevê, *in verbis*: “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

No cenário jurisprudencial, é exemplo de aplicação da regra em comento o item I da Súmula n. 51 do TST (BRASIL, 2005), ao dispor que “as cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”.

5. A TERCEIRIZAÇÃO NAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Depois da abordagem feita nos capítulos anteriores sobre os aspectos principais da terceirização, da concessão do serviço público e do princípio da proteção, passa-se ao estudo da terceirização nas concessionárias de serviço público, destacando, principalmente, o tratamento legal e jurisprudencial sobre o tema, a possibilidade e o limite dessa forma de contratação e a necessidade de aplicação da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), como forma de proteger a parte vulnerável da relação de emprego – o obreiro – e, em última análise, de garantir a valorização do trabalho humano e a dignidade do trabalhador, valores consagrados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

5.1. A previsão do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e a sua interpretação pela doutrina e jurisprudência

No capítulo II, viu-se que o Poder Público pode transferir à iniciativa privada a titularidade da prestação do serviço público, por meio do contrato de concessão. Em assim sendo, a concessionária presta o serviço público por sua conta e risco, eximindo-se o concedente de qualquer responsabilidade no que se refere às contratações por ela firmadas.

No caso de contratação de mão de obra, a concessionária celebrará contratos de trabalho, de acordo com a legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer vínculo entre os trabalhadores e o poder concedente, nos termos previstos no art. 31, parágrafo único, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995).

Outrossim, o mesmo diploma legal admite que a concessionária não apenas contrate diretamente seus empregados, mas também se utilize da terceirização, ao prever, em seu art. 25, § 1º, que **“a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados”** (BRASIL, 1995, grifo nosso).

Ao se referir a atividades “acessórias e complementares”, o dispositivo permite que a concessionária terceirize suas atividades-meio, pois acessório ou complementar é aquilo “que se junta ao principal, suplementar, adicional, anexo, que tem importância menor; secundário, dispensável” (HOUAISS, 2009). Nesse ponto, não se vislumbra qualquer conflito com a ordem jurídica trabalhista, já que a previsão está em consonância com a Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993).

No entanto, a problemática surge quando se analisam o significado e o alcance da expressão “atividades inerentes”. Há quem defenda que ela tem significado distinto da expressão “atividades-fim”. Nesse diapasão, o Ministro João Batista Brito Pereira, nos autos do processo n. RR-1023-33.2011.5.05.0421, no qual atuou como relator, expressou o seguinte:

O art. 25, § 1º, da Lei 8.987/1995, ao estipular a responsabilidade da empresa concessionária pela prestação dos serviços públicos (art. 175 da Constituição da República), permite a terceirização de atividade inerente à atividade-fim, na medida em que a expressão “inerente”, constante da lei, segundo Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico): “*exprime o qualificativo o que vem unido ou o que está ligado à coisa. É pertinente, é próprio, é inato*”. “*O inerente vem junto com a coisa, nasce com a coisa. Não é mero atributo dela: é elemento congênito, que com ela surgiu, para mostrar sua qualidade, seu caráter ou seu estado. É o que é originário*”.

Trata-se, pois, de terceirização de atividade inerente à atividade-fim, situação que não se confunde com terceirização de atividade-fim. Isto é, relacionada à atividade-fim. No caso, terceirização de atividade relacionada ao fornecimento de energia elétrica.

Por outro lado, há outros que sustentam serem as expressões sinônimas – posição com a qual concordamos, *data venia*. Segundo HOUAISS (2009), inerente é aquilo “que existe como um constitutivo ou uma característica essencial de alguém ou de algo”. Portanto, atividade inerente é aquela que constitui a essência do empreendimento, ou seja, é a atividade-fim.

Essa também é a opinião de Helder Santos Amorim (2009, p. 227):

A primeira intelecção, literal, do enunciado conduz ao raciocínio de que, na execução do serviço concedido, a concessionária pode terceirizar não apenas as atividades-meio, na linha de permissão da Súmula n. 331 do TST, mas quaisquer atividades relacionadas à execução do serviço público, independentemente da sua natureza instrumental ou finalística.

Em seguida, conclui o ilustre Membro do Ministério Público do Trabalho:

(...) ao referir-se a atividades “inerentes” ao serviço público concedido, a regra legal faz uso da mais abrangente qualificação já utilizada pelo ordenamento jurídico para referir-se a atividades passíveis de terceirização, pois inerente é tudo aquilo “que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa”, servindo para designar qualquer atividade, seja acessória, instrumental ou mesmo integrante do fluxo operacional do serviço executado (AMORIM, 2009, p. 227).

Cabe ressaltar que a lei geral das telecomunicações (BRASIL, 1997) traz previsão idêntica ao dispositivo em análise, permitindo, pois, que as concessionárias do setor de

telecomunicações contratem terceiros para o “desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”, como se observa em seu art. 94, inciso II.

Em princípio, os mencionados dispositivos parecem ter ampliado as hipóteses de terceirização consagradas na Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), admitindo que as concessionárias de serviço público contratem terceiros para o desenvolvimento de atividades-fim.

Diante disso, indaga-se: as concessionárias de serviço público podem terceirizar suas atividades-fim, nos termos da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), ou apenas suas atividades-meio, nos moldes estipulados pela Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993)?

Doutrinariamente, há quem defenda que, se a lei das concessões (BRASIL, 1995), autorizada pelo art. 175 da Constituição de 1988 a regulamentar as atividades desenvolvidas pelas concessionárias, permitiu a terceirização das atividades-fim, não pode o operador do Direito interpretá-la de modo diferente, sob pena de violação ao princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição (BRASIL, 1988). Sustenta-se, ainda, que a Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) trouxe regulamentação específica no âmbito dos contratos de concessão, fato este que afasta a aplicação da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993).

Essa é a opinião do advogado José Alberto Couto de Maciel (2008, p. 145):

A possibilidade de terceirização na atividade-fim das empresas de telecomunicações, assim como nas demais empresas que atuam no regime de concessão ou permissão, decorre do art. 175 da Constituição, e está devidamente autorizada pela Lei nº 8.987, de 13.02.95, uma vez que tais empresas, exatamente por prestarem serviços públicos, de relevância e segurança nacional, têm de exercer tais serviços de forma que atendam satisfatoriamente todo o país, quer através de rede, ou mediante satélites, ou conforme os sistemas de maior celeridade e economia ora atualizados, o que só pode ser feito mediante a terceirização das próprias atividades inerentes, essenciais ou complementares, inclusive as adicionais.

(...)

Assim, proibir a terceirização nos serviços de telecomunicações e em outras concessionárias do serviço público, quer seja em razão da Súmula nº 331 do TST, inaplicável na hipótese, quer seja por razões outras, é violar, de forma flagrante, o art. 175 da Constituição Federal.

Seguindo os mesmos passos, Clíssia Pena Alves de Carvalho (2009, p. 29-33), em sua tese de mestrado, defende que:

A possibilidade de terceirização na atividade-fim das empresas de telecomunicações, assim como nas demais empresas que atuam no regime de concessão ou permissão, decorre do artigo 175 da Constituição, e está devidamente autorizada pela Lei n. 8.987 de 13/02/1995.

(...)

O aparente antagonismo entre a Súmula e os dispositivos da LGT e da Lei de Concessões poderia ser resolvido mediante a aplicação do princípio da prevalência da norma especial sobre a norma geral para os casos que ela regula, tal como resulta do artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Afinal, não foi à toa que o parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal autorizou a adoção de regime especial para as concessionárias de serviços públicos, o que significa dizer que a tutela do interesse público, nessa relação, autoriza afastar a aplicação da Súmula 331.

(...)

A terceirização autorizada pela legislação especial aplicável às concessionárias visa, evidentemente, reduzir o custo do serviço a ser prestado, em observância ao princípio da modicidade tarifária. Caso todo e qualquer empregado da empresa concessionária seja trabalhador com contrato regido pela CLT, é evidente que o custo da empresa será sobrelevado. Não há dúvida nenhuma de que o valor da tarifa será muito menor quando a empresa, ao invés de contratar um empregado, contratar uma empresa terceirizada, mediante contrato de natureza civil, para que esta execute determinada atividade. É muito mais barato para a concessionária executar determinadas atividades via prestadores de serviço do que efetivar um sem número de empregados próprios. Importante lembrar que o beneficiário do serviço é o consumidor, que acaba por pagar um preço menor pelos serviços que lhe são entregues. Em razão desse coeficiente é que a legislação veio a permitir que as empresas concessionárias de serviços públicos terceirizassem, inclusive, as atividades inerentes ao objeto da concessão.

(...)

Assim, proibir a terceirização nos serviços de telecomunicações e em outras concessionárias do serviço público, quer seja em razão da Súmula 331 do TST, inaplicável na hipótese, quer seja por razões outras, é violar de forma flagrante o artigo 175 da Constituição Federal.

Em sede jurisprudencial, no julgamento do processo n. TST-RR-2162-67.2011.5.03.0003, referente a um caso em que se debatia a possibilidade da terceirização do serviço de *call center* pela concessionária do serviço de telefonia, o Ministro Ives Gandra Martins Filho (relator) entendeu que o art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e o art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997) autorizam a terceirização de atividades-fim. Em seu voto, consignou:

(...) a validade da terceirização de um serviço pela concessionária de serviço telefônico não depende da sua caracterização como atividade-fim ou atividade-meio, pois as referidas leis autorizam a terceirização tanto de atividades acessórias e complementares, como, **inclusive, inerentes, o que semântica, etimológica e ontologicamente, significam atividades essenciais ou fim da empresa.** (grifo nosso)

Essa posição também foi apontada pelo Ministro João Batista Brito Pereira, relator do processo n. TST-RR-1521-90.2010.5.03.0043, ao apreciar um caso semelhante ao mencionado anteriormente – debate sobre a possibilidade da terceirização do serviço de *call center* pela concessionária do serviço de telefonia. No caso, ao analisar as atividades desenvolvidas pela reclamante como atendente de *call center*, o Ministro defendeu, em seu

voto, que “(...) mesmo que se considerassem as atividades desenvolvidas pela reclamante em serviços de *call center* atividades-fim da empresa de telecomunicações, ainda assim seria permitida, aos olhos da Lei Geral das Telecomunicações, a terceirização.”

E ainda complementa o Ministro João Batista:

Uma vez disciplinada a terceirização pelas Leis 9.472/1997, art. 94, inc. II (Telecomunicações), e 8.987/1995, art. 25, § 1º (Lei Geral de Concessões), não há lugar para incidência da Súmula 331 do TST, que foi aprovada para suprir a ausência de norma disciplinadora dessa questão.

Nota-se, pois, que ambos os Ministros do TST entendem que o art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e o art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997) autorizam as concessionárias de serviço público a contratarem terceiros para a execução de suas atividades-fim. Com isso, consideram que a previsão específica das referidas leis afasta a incidência da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), de modo que não pode o intérprete distanciar-se da vontade do legislador, sob pena de violação ao princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, II, da Constituição (BRASIL, 1988).

Não obstante as previsões dos diplomas legais supramencionados tenham produzido influência em certos tribunais, a ampla maioria da jurisprudência trabalhista do país, inclusive a larga maioria das oito turmas do TST e a própria Seção de Dissídios Individuais da mesma Corte Superior, adotou o posicionamento de que as concessionárias de serviço público devem respeitar o critério de terceirização exposto na Súmula n. 331 (BRASIL, 1993). Vale dizer, elas só podem contratar terceiros para o desempenho de atividades-meio, ao passo que, para o exercício de atividades-fim, devem contratar trabalhadores, por meio de vínculo empregatício.

Eis o teor de alguns julgados da Seção de Dissídios Individuais I do TST, que apontam a direção da jurisprudência dominante:

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 derrogar 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. (grifo nosso)

Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.

(TST-E-RR - 586341-58.1999.5.18.0001. Relator: Min. Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 28/05/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16/10/2009)

EMBARGOS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AGENTE DE COBRANÇA. EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA.

A c. SDI firmou o entendimento de que o vínculo de empregado que trabalha em atividade-fim, de empresa de concessão pública de serviços, se forma diretamente com a concessionária, quando não for possível distinguir ou desvincular essa atividade da atividade-fim de prestação dos serviços e, ainda, porque a interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/1995 e 94, II, da Lei n.º 9.472/1997 não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas concessionárias a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades fins. (grifo nosso)

(E-ED-RR-2938-13-2010-5-12-0016, julgado em 8.11.2012.) Ressalva do Relator. Recurso de embargos conhecido e desprovido.

(E-ED-RR - 36600-21.2011.5.21.0003, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 08/08/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 27/09/2013)

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DE LINHAS TELEFÔNICAS. TERCEIRIZAÇÃO. ILICITUDE. SÚMULA Nº 331, I, DO TST.

A possibilidade prevista pelo artigo 94, II, da Lei n.º 9472/97 de "contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço", não corresponde à autorização legislativa para a terceirização da atividade-fim das empresas prestadoras do serviço de telefonia. Assim, é ilícita a terceirização dos serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas, porque se inserem no desenvolvimento da atividade-fim das empresas de telefonia. Nesse contexto, o vínculo empregatício do trabalhador que presta serviços de instalação e manutenção de linhas telefônicas é formado diretamente com a empresa de telefonia, tomadora dos serviços nos termos da Súmula 331, I, do TST. Precedentes de todas as e. Turmas deste c. Tribunal. (grifo nosso)

Recurso de embargos conhecido por contrariedade à Súmula nº 331, I, do TST e provido.

(E-RR - 127240-39.2006.5.03.0135, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/12/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 19/12/2013)

Da mesma forma, a posição da doutrina trabalhista majoritária é no sentido de ser proibido às concessionárias de serviço público contratarem terceiros para o exercício de suas atividades-fim, por lhes ser aplicável a Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), a qual autoriza apenas a terceirização de atividades-meio.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2012, p. 443):

(...) Sustenta a jurisprudência hegemônica que a Lei n. 8.987/95, em seu art. 25, §1º, e a Lei n. 9.472/97, em seu art. 94, II, construídas depois do advento da Súmula 331 do TST, não tiveram o objetivo e o poder de provocar verdadeira regressão precarizante na ordem econômica, social e jurídica brasileiras, ao largo de todo o universo coerente de princípios, regras e institutos da Constituição da República e de seu segmento jurídico nuclear, o Direito do Trabalho. Os dois preceitos legais teriam de ser lidos, evidentemente, em conformidade com a Constituição e com o Direito do Trabalho, uma vez que não há espaço no mundo do Direito e do Estado Democrático de Direito para a ideia primitiva de verdadeiros corsários normativos a desrespeitar a integralidade e a unidade coerentes de toda a ordem jurídica.

Para Amorim (2009, p. 229):

(...) embora possa ter constituído a primeira pretensão do legislador ordinário alargar ao máximo o campo de incidência da terceirização na órbita dos serviços públicos concedidos, certamente com vistas a conferir ao ente concessionário a maior flexibilidade possível na busca por produtividade e eficiência econômica, tal ilação encontra sério obstáculo numa medida de proporcionalidade constitucional da terceirização no serviço público, desafiando interpretação da norma conforme a Constituição, sob pena de sua ilegitimidade.

Nesta interpretação conforme a Constituição, (...) a significação das “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço público concedido” é condicionada pela ponderação constitucional: uma atividade que compõe o fluxo operacional de um determinado serviço público concedido (v.g., a atividade de ligamento, desligamento e religamento de energia elétrica em domicílios, no contexto de um serviço de distribuição de energia elétrica), embora seja inerente ao serviço executado, não comporta terceirização à luz da Constituição, pois extrapola o sentido legítimo da terceirização na iniciativa privada, fundada na focalização da empresa em sua especialidade, nem condiz com a “função social da prestação do serviço público” (...)

Desta forma, a atividade passível de terceirização pelas entidades concessionárias é aquela acessória e instrumental, que não compõe o fluxo burocrático do serviço concedido, sob pena de lesão a ordem proporcional dos princípios constitucionais.

5.2. A aplicação da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993) em detrimento do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), com base no princípio da proteção.

Conforme apontado no capítulo I, não se discute que o processo terceirizante, como mecanismo adotado pelas empresas para competirem e sobreviverem no mercado, é algo inevitável e cada vez mais presente nos dias atuais. De fato, ele permite que as empresas

diminuam seus custos com mão de obra, já que o valor gasto com a contratação de empresas prestadoras de serviço é menor se comparado com a contratação direta de trabalhadores. Ademais, com a terceirização, as empresas concentram seus esforços no desenvolvimento da sua atividade principal, alcançando uma melhor produtividade e, por conseguinte, sobrevivência no mercado altamente competitivo.

No entanto, a terceirização, do ponto de vista social, acarreta a precarização do trabalho, já que o trabalhador terceirizado, sabidamente, recebe salários menores e está mais sujeito a acidentes de trabalho. Aliás, o Ministro Ives Gandra Martins Filho, em seu voto como relator no processo n. TST-RR-2162-67.2011.5.03.0003, já citado anteriormente, consignou os efeitos perversos da terceirização:

- a) mera redução de custos das empresas tomadoras dos serviços, com sensível redução de salários (e outros direitos laborais) para os trabalhadores, sendo que parte do que lhes seria devido vai para o intermediador de mão de obra;
- b) não integração do trabalhador na empresa em que efetivamente presta serviços e que é a real beneficiária de seus esforços;
- c) descuido das normas de segurança e medicina do trabalho por parte das empresas terceirizadas em relação a seus empregados (sem contar o fato de que as empresas principais não se preocupariam com esse aspecto), o que tem ocasionado aumento considerável dos acidentes de trabalho;
- d) precarização da relação de trabalho, com altos índices de rotatividade da mão de obra terceirizada, a par da inadimplência reiterada das empresas contratadas pelo setor público, sem a responsabilização da administração pelos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados, o que transferiria os riscos da atividade econômica para o empregado.

Nesse quadro, o Estado brasileiro - como Estado Democrático e Social que é - não pode permitir o enriquecimento dos empresários à custa da exploração dos trabalhadores, sob pena de ofensa a valores consagrados na Constituição (BRASIL, 1988), notadamente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Diante disso, deve o Estado impor limites ao processo de terceirização, garantindo, de um lado, o direito à livre iniciativa, e, de outro, o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Com base nisso, o Tribunal Superior do Trabalho ocupou-se de regulamentar o processo de terceirização, através, inicialmente, da Súmula n. 256 (BRASIL, 1986) e, atualmente, da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993). Sem sombra de dúvidas, o ativismo da Corte Trabalhista foi necessário para a proteção e garantia dos direitos dos trabalhadores, já que “o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio” (DELGADO, 2012, p. 438).

Desse modo, a terceirização encontra-se regulada pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), sobretudo no que diz respeito aos seus limites. Esse enunciado sumular considerou válidas apenas quatro práticas terceirizantes: trabalho temporário - Lei n. 6.010 (BRASIL, 1974); serviços de vigilância especializada - Lei n. 7.102 (BRASIL, 1983); serviços de conservação e limpeza e serviços ligados à atividade-meio do tomador – item III da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993).

Maurício Godinho Delgado ensina que, excetuadas as quatro situações tipo acima descritas,

(...) não há na ordem jurídica do país preceito legal a dar validade trabalhista a contratos mediante os quais uma pessoa física preste serviços não eventuais, onerosos, pessoais e subordinados a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, CLT), sem que esse tomador responda, juridicamente, pela relação laboral estabelecida (2012, p. 451).

Tanto o setor privado quanto a Administração Pública devem observar as orientações traçadas pelo TST no famigerado enunciado sumular, notadamente em seu item III, que admite apenas a contratação de terceiros para o desenvolvimento de atividades-meio; *a contrario sensu*, veda a terceirização de atividades-fim.

Assim, em princípio, as concessionárias de serviço público – pessoas jurídicas de direito privado – estão sujeitas ao critério de terceirização estabelecido pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993). Não bastasse isso, por força do art. 31, parágrafo único, da Lei n. 8.987, de 1995, elas devem contratar mão de obra segundo a legislação trabalhista (entendida em sentido amplo), da qual faz parte a mencionada súmula.

De outra banda, a lei das concessões (BRASIL, 1995) admite que as concessionárias contratem terceiros para o desenvolvimento de “atividades inerentes”. Em tese, pois, o diploma legal estaria autorizando essas delegatárias a terceirizarem suas atividades-fim.

Tem-se, portanto, um embate: as concessionárias podem terceirizar suas atividades-fim, por força da lei das concessões (BRASIL, 1995), ou elas só podem terceirizar suas atividades-meio, em respeito à Súmula n. 331 (BRASIL, 1993)?

A controvérsia deve ser analisada à luz do princípio da proteção, em especial a regra da norma mais favorável, segundo a qual, “existindo mais de uma norma jurídica válida e vigente, aplicável a determinada situação, prevalece aquela mais favorável ao empregado, ainda que esta norma esteja em posição hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico” (GARCIA, 2012, p. 97).

No capítulo III, ressaltou-se que a aplicação dessa regra parte do pressuposto da existência de uma antinomia entre normas trabalhistas, pressuposto que, no caso em discussão, encontra-se presente. Vale dizer, no caso da terceirização nas concessionárias de serviço público há o conflito entre duas fontes normativas: de um lado, a Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995); de outro, a Súmula n. 331 (BRASIL, 1993).

Cabe destacar que a doutrina mais abalizada defende o papel da jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho. Delgado (2012, p. 168) pondera:

No sistema jurídico romano-germânico (ao qual se filia o Brasil), percebem-se duas posições principais acerca da classificação da jurisprudência no quadro das fontes jurídicas: a primeira, tradicional e dominante, que tende a não acatar a jurisprudência como fonte de normas jurídicas; a segunda, mais moderna, ponderando que a jurisprudência tem um indissimulável papel jurígeno (criador do Direito). Em certos ramos – como o Direito do Trabalho – esse papel seria até mesmo determinante à compreensão da própria estrutura e dinâmica do conjunto do ramo jurídico enfocado.

(...)

A vertente moderna constrói sua concepção menos sobre uma abstração estritamente teórica em torno da natureza jurídica da jurisprudência do que sobre um exame sistemático da dinâmica jurídica concreta. A pesquisa científica dessa dinâmica conduziria, inevitavelmente, à percepção de que as interpretações dos tribunais acerca da ordem jurídica ganham iniludível identidade própria, emergindo como nítidos atos-regra incidentes sobre as situações futuras semelhantes. Nessa linha, as decisões singulares não seriam, de fato, fontes do Direito, por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade. Contudo, as posições judiciais adotadas similar e reiteradamente pelos tribunais ganhariam autoridade de atos-regra no âmbito da ordem jurídica, por ser afirmarem, ao longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais, abstratos válidos *ad futurum* – fontes normativas típicas, portanto.

Essa também é a posição de Amauri Mascaro Nascimento, que é taxativo ao afirmar que “jurisprudência é, sabidamente, fonte de direito” (NASCIMENTO, 1994, p. 90 *apud* DELGADO, 2012, p. 168).

Diante disso, e considerando que o simples exame da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993) demonstra a sua qualidade como comando geral, impessoal e abstrato, pode-se afirmar que o citado enunciado constitui uma fonte do Direito do Trabalho, tanto é que o TST utiliza-o como tal no julgamento de casos referentes à terceirização.

Vale frisar que não há qualquer incongruência na comparação entre a referida súmula e a lei das concessões (BRASIL, 1995). Ao contrário do positivismo, no qual se sustentava o papel meramente descritivo da jurisprudência, no neoconstitucionalismo se reconhece o “papel criativo e normativo da atividade jurisdicional” (DIDIER JR, 2010, p. 25). Ao lado disso, essa nova fase do pensamento jurídico tem como um dos seus principais marcos a

expansão e a consagração dos direitos fundamentais, que “impõem ao Direito positivo um conteúdo mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana” (DIDIER JR, 2010, p. 25).

Assim, não pode o intérprete do Direito fazer uma análise meramente formal dos diplomas normativos, resolvendo eventual controvérsia somente com base na pirâmide hierárquica kelseniana. Ao revés, a atenção dada à forma deve ficar em segundo plano, de modo que se deve dar importância à efetivação dos direitos fundamentais.

Nesse passo, havendo duas fontes normativas disciplinando a terceirização nas concessionárias de serviço público, deve-se determinar qual delas caracteriza-se como a mais favorável aos trabalhadores. Para tanto, devemos analisar o fenômeno à luz da teoria da incidência dos institutos, segundo a qual a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria.

Não há dúvidas de que as regras sobre a terceirização estabelecidas na Súmula n. 331 (BRASIL, 1993) são mais favoráveis aos trabalhadores do que a única regra sobre o mesmo tema prevista na lei das concessões – art. 25, § 1º (BRASIL, 1995). De fato, este dispositivo legal autoriza a terceirização em atividades-fim, ao passo que a supracitada súmula veda tal prática, admitindo tão somente a terceirização em atividades-meio.

Até mesmo a doutrina administrativista rende-se ao critério de terceirização estabelecido pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993). São precisas as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (FORTINI, 2012, p. 49-50):

O problema que envolve a terceirização é o que diz respeito à natureza das funções terceirizadas.

Muitas são as atribuições inerentes a determinada pessoa jurídica. Algumas delas, porém, integram seu núcleo fundamental, vale dizer, representam as atribuições básicas, assim consideradas aquelas para as quais a pessoa foi instituída. Tais misteres é que, em última instância, mobilizaram a sua criação. Ao mesmo tempo em que lhe constituem a causa, servem-lhe também como objeto. Sem tais finalidades, a própria pessoa se esvaziaria: são, pois, *atividades-fim*.

Outras atribuições, contudo, a despeito de serem importantes para a busca das metas alvitadas, não integram o núcleo fundamental da entidade. Sua característica é a de serem *atividades-meio*, ou seja, aquelas que traduzem os instrumentos de apoio necessários à consecução dos objetivos. Cuida-se de típicas atividades de apoio, sobre as quais a empresa vai consolidando seus passos com os olhos voltados para as metas que estabeleceu.

De acordo com o pensamento dos estudiosos da área de Administração, a terceirização só deveria processar-se em relação às atividades-meio, dado seu caráter de apoio às atividades-fim. A transferência delas a outra pessoa jurídica assumiria ares de mero suporte administrativo e logístico como meio de acelerar e tornar mais eficaz o processo de consecução dos objetivos.

A terceirização de atividades-fim, no entanto, retrata a distorção do modelo. Na verdade, não parece mesmo lógico transferir a terceiro tarefas que justificaram a própria criação da pessoa. Haveria nesse fato visível *contradictio*: cria-se algo com objetivo predeterminado para execução própria, e, após, traslada-se a execução a

outra pessoa. Se o próprio elemento (que é o núcleo central da pessoa) desaparece, fica prejudicada a própria pessoa, despida que está agora de seu motivo criador.

Registre-se, por oportuno, que a mencionada súmula foi criada em 1993. Portanto, antes da edição da lei das concessões, de 1995. O legislador infraconstitucional não se ateu às conquistas sociais proporcionadas pelo TST no enunciado sumular, dando azo a um verdadeiro retrocesso social, algo inadmissível num Estado Democrático e Social de Direito.

Pelo exposto, conclui-se que a terceirização nas concessionárias de serviço público deve obedecer às disposições da Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), de modo que tais delegatárias somente podem terceirizar suas atividades-meio, devendo, com relação às suas atividades-fim, firmar contratos de trabalho. Essa interpretação garante o respeito aos ditames constitucionais, especialmente os valores da dignidade do trabalhador e o valor social do trabalho.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade humana como:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da próxima existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2008, p. 28-29 *apud* BASILE, 2009, p. 28-29)

E conclui o ilustre autor:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (entre direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2008, p. 31 *apud* BASILE, p. 2009, p. 31).

Logo, ao trabalhador, enquanto ser humano, deve ser assegurado o respeito à vida e à integridade física e moral, as condições mínimas para uma existência digna e o reconhecimento dos direitos fundamentais. Nesse quadro, a melhoria da condição social dos obreiros engendrada pelo advento da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), notadamente com relação à dicotomia atividades-meio e atividades-fim, configura-se um direito social que não pode ser desrespeitado, sob pena de ofensa ao valor da dignidade da pessoa humana.

Cabe salientar, ainda, que, se a iniciativa privada, assim como a Administração Pública, seja direta ou indireta, só pode contratar terceiros para a execução de atividades-meio, em respeito à Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), por que razão poderiam as concessionárias de serviço público ampliar tal previsão, terceirizando também as atividades-fim?

Obviamente, não parece plausível a interpretação dada ao art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), no sentido de autorizar a terceirização de atividades-fim, já que, em última análise, permite que as concessionárias prestem o serviço público às custas de trabalhadores que, por força do fenômeno terceirizante, estão sujeitos a condições de trabalho mais precárias.

Antônio Rodrigues de Freitas Júnior destaca que:

hoje, portanto, mantém-se a vida com o labor, mas ele não é apenas atividade do *animal laborans*; transformou-se na forma de realização do homem, que realiza o seu trabalho não somente para atender às necessidades de sua existência. A partir do trabalho, o homem mantém sua vida e desenvolve suas potencialidades, agindo a participando da sociedade. Trabalhar é a forma com que a maioria das pessoas no globo terrestre encontra para buscar uma vida com dignidade. É indispensável, portanto, que não apenas seja assegurado o trabalho, mas este em condições dignas (FREITAS JUNIOR *apud* BASILE, 2009, p. 52-53).

Por isso, como forma de garantir aos trabalhadores condições dignas de trabalho, devem as concessionárias de serviço público observar os critérios de terceirização estipulados pela Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), pois esta norma mostra-se mais favorável ao trabalhador e, por isso, deve ser aplicada, em detrimento do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e do art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997).

5.3. O caso específico dos atendentes de *call center*

É tema de intenso debate no âmbito dos tribunais trabalhistas a terceirização das funções de *call center* realizada pelas concessionárias do setor de telecomunicações. A par da discussão acerca da interpretação que se dá ao sentido e alcance da expressão “atividades inerentes”, problema já enfrentado anteriormente, a divergência jurisprudencial cinge-se, ainda, ao enquadramento dessas funções como atividades-meio ou atividades-fim das empresas de teles.

O ilustre Ministro Ives Gandra Martins Filho, atuando como relator nos autos do processo nº TST-RR-2162-67.2011.5.03.0003, decidiu pela licitude da terceirização em

comento, ao considerar que a atividade exercida pelos atendentes de *call center* caracteriza-se como atividade-meio da concessionária de telefonia. Em seu voto, consignou:

Ora, o serviço de atendente de “call center” engloba diversas modalidades de intermediação da comunicação com os clientes, sendo utilizado com igual proveito por empresas que desempenham atividades econômicas de naturezas diversas, como bancos, hospitais e transportadoras, e evidentemente distinto da oferta de telecomunicação, efetiva atividade-fim das empresas concessionárias de telefonia, afigurando-se, portanto, passíveis de terceirização válida, como atividade-meio em empresa de telecomunicações.

Por outro lado, no julgamento do processo de autos nº TST-RR-2938-13.2010.5.12.0016, o douto Ministro José Roberto Freire Pimenta consignou que o serviço de *call center* é atividade-fim – e não atividade-meio – das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Em seu voto, asseverou o douto Ministro:

O serviço de call center é atividade-fim – e não atividade-meio – das empresas concessionárias de serviço de telecomunicações. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, que consagrou o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípua e essenciais, tem-se que a terceirização desses serviços de teleatendimento pelas empresas telefônicas configura intermediação ilícita de mão de obra, devendo ser reconhecido o vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços.

(...)

Com efeito, o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC). E, diante dessa exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de call center tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade, pois é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor, dentre tantas outras demandas, obtém informações, solicita e faz reclamações sobre os serviços oferecidos pela empresa. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de call center da atividade fim da concessionária de serviços de telefonia.

Em que pese a grande divergência existente – que, infelizmente, não será enfrentada no presente trabalho, por não ser este o seu propósito e por ela exigir aprofundados estudos, sob pena de se firmar uma conclusão temerária – a Seção de Dissídios Individuais I do TST uniformizou a sua jurisprudência sobre a temática, entendendo pela ilicitude da terceirização dos serviços de *call center* pelas empresas de telecomunicações, por considerar que os atendentes de telefonia executam atividades integrantes do núcleo do empreendimento das

empresas de teles, ou seja, atividades-fim. Nesse sentido, veja-se a ementa do julgado do processo de n. TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N.º 9.472/1997.

A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n.º 8.987/1995 e 94, II, da Lei n.º 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades fins. Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n.º 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido.

5.3.1. A liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na Recl n. 10.132

A controvérsia acerca da terceirização dos serviços de *call center* realizada pelas empresas de teles foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através da Recl. n. 10.132 MC/PR – Paraná.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes, em sede de juízo sumário de cognição, deferiu o pedido de medida liminar para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional (o que até o presente momento ainda não ocorreu), os efeitos do acórdão proferido pela 3ª Turma do TST, nos autos do processo n. TST-RR-6749/2007-663-09-00, que adotou o entendimento de que o art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997) não autoriza, por si só, a terceirização de atividades-fim pelas concessionárias do setor de teles.

No entender do Ministro, a decisão da 3ª Turma, ao afastar a aplicabilidade do citado dispositivo legal, estaria, em tese, descumprindo a Súmula Vinculante n. 10 (BRASIL, 2008), segundo a qual “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”.

Em que pese a sua importância, a decisão em comento mostra-se isolada e não teve o condão de afastar a jurisprudência dominante do TST sobre o tema. A propósito, nos autos do processo n. TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016, cuja ementa já foi transcrita anteriormente, o Ministro José Roberto Freire Pimenta asseverou em seu voto que:

A propósito, apesar da respeitável decisão monocrática proferida em 09/11/2010 no âmbito do Supremo Tribunal Federal, da lavra do ilustre Ministro Gilmar Mendes (Rcl 10132 MC/PR – Paraná), na qual, em juízo sumário de cognição e em caso idêntico a este, por vislumbrar a possibilidade de ter sido violada a Súmula Vinculante nº 10 daquela Corte, deferiu-se o pedido de medida liminar formulado por uma empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para suspender, até o julgamento final da reclamação constitucional, os efeitos de acórdão proferido por uma das Turmas do TST, que adotou o entendimento de que aqueles preceitos legais não autorizam, por si sós, a terceirização de atividades-fim por essas concessionárias de serviços públicos, **verifica-se que essa decisão, a despeito de sua ilustre origem, é, *data venia*, isolada. Com efeito, a pesquisa da jurisprudência daquela Suprema Corte revelou que foi proferida, mais recentemente, quase uma dezena de decisões monocráticas por vários outros Ministros do STF (Ministros Carlos Ayres Britto, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Luiz Fux) em que, em casos idênticos ao presente, decidiu-se, ao contrário daquele primeiro precedente, não ter havido violação da Súmula Vinculante nº 10, mas mera interpretação dessas mesmas normas infraconstitucionais e nem, muito menos, violação direta (mas, se tanto, mera violação oblíqua e reflexa) de qualquer preceito constitucional pelas decisões do TST** pelas quais, ao interpretarem aqueles dispositivos das Leis 8.987/95 e 9.472/97, consideraram que essas não autorizam a terceirização das atividades-fim pelas empresas concessionárias dos serviços públicos em geral e, especificamente, na área de telecomunicações, negando-se, assim, provimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento dos recursos extraordinários daquelas empresas. **(grifo nosso).**

Portanto, ainda prevalece o entendimento do TST no sentido de que a terceirização dos serviços de *call center* engendrada pelas empresas de teles é ilícita, tendo em vista que tais serviços caracterizam-se como atividades-fim dessas empresas, razão pela qual, por força da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), devem as concessionárias do setor de telecomunicações firmar contratos de trabalho com os atendentes de telefonia.

6. CONCLUSÃO

Diante do tratamento precário dispensado pelo legislador infraconstitucional à terceirização ao longo dos anos, o Tribunal Superior do Trabalho, ciente da relevância socioeconômica do fenômeno, estabeleceu, com acerto, por meio da Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), o critério de aferição da licitude (ou não) da terceirização. Mediante tal critério, o tomador de serviços, independentemente de sua natureza, está autorizado a terceirizar apenas os serviços ligados à sua atividade-meio; *a contrario sensu*, considera-se fraude a contratação de terceiros para a execução de serviços ligados à atividade-fim.

Ao revés, o legislador, em um dos raros momentos em que se debruçou sobre o tema, preceituou no art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995) e, mais tarde, no art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997), que as concessionárias de serviço público podem contratar terceiros para o desenvolvimento de “atividades-inerentes”, previsão que vai de encontro à vedação estipulada pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993).

Para resolver essa antinomia com justeza, o intérprete do Direito do Trabalho deve socorrer-se do princípio da proteção, em especial da regra da norma mais favorável, segundo a qual, em sendo aplicável a uma dada situação mais de uma norma trabalhista válida e vigente, o operador optará pela norma mais favorável ao trabalhador. Nessa tarefa, busca-se a norma que, em seu conjunto, disciplinar de maneira mais vantajosa o instituto ou a matéria em análise.

Nesse rumo, entendemos que a Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993) apresenta-se como a norma mais favorável ao trabalhador, pois o critério de aferição de licitude da terceirização – atividade-fim *versus* atividade-meio – harmoniza-se com os valores constitucionais da dignidade do trabalhador e da valorização social do trabalho. Ademais, ele se mostra uma relevante conquista social da classe obreira, pelo que a sua inobservância caracteriza-se um lastimável retrocesso social, algo que não se pode admitir num Estado Social, como é o brasileiro.

Não bastasse isso, os diplomas legais cotejados trazem, em contrapartida, apenas uma única regra a respeito do instituto da terceirização, regra que, aliás, é prejudicial ao obreiro, pois, ao autorizar a concessionária a transferir a terceiros a execução de quaisquer tipos de atividades, sejam as acessórias ou as ligadas ao núcleo do seu empreendimento, dá azo à terceirização “sem peias”, sem limites. Certamente a parte prejudicada nesse processo será o

trabalhador – sujeito vulnerável da relação de emprego –, que ficará à mercê do poder econômico e político das empresas concessionárias de serviço público.

Ressalte-se, ainda, o caráter peculiar da hierarquia das fontes normativas do Direito do Trabalho. Em virtude do espírito protetivo do ramo juslaboral, existente em razão da necessidade de se garantir à parte vulnerável da relação de emprego – trabalhador – um tratamento privilegiado, como forma de lhe garantir uma igualdade substancial, não existe uma hierarquia predefinida entre as normas trabalhistas. De fato, a pirâmide normativa trabalhista é dinâmica, sendo fixada no caso concreto à luz da regra da norma mais favorável. Nesse passo, ocupará a posição de superioridade jurídica a norma que se mostrar mais vantajosa ao obreiro, independentemente da sua origem.

Com base nisso, e considerando que a Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993), por ser um comando geral, abstrato e impessoal, e, assim, constituir-se uma fonte normativa do direito do trabalho, o caso da terceirização das concessionárias de serviço público deve ser regulado pelo famigerado enunciado sumular, o qual se mostra mais favorável ao trabalhador, motivo pelo qual deve ser aplicado, em detrimento do art. 25, § 1º, da Lei n. 8.987 (BRASIL, 1995), bem como do art. 94, II, da Lei n. 9.472 (BRASIL, 1997).

Noutro giro, não nos parece razoável atribuir às concessionárias de serviço público um tratamento excepcional e diferenciado quanto ao fenômeno da terceirização. Ora, se tanto as empresas que atuam no setor privado, quanto a Administração Pública, seja Direta ou Indireta, devem respeitar os limites traçados pela Súmula n. 331 (BRASIL, 1993), por igual razão as concessionárias – pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviço público – devem também fazê-lo. Ademais, ao se admitir a terceirização de atividade-fim, abre-se espaço para que as concessionárias, em última análise, não contratem nenhum trabalhador, não se justificando nem mesmo a celebração do contrato de concessão, já que não serão elas que prestarão o serviço público aos usuários.

Por tudo que foi exposto, conclui-se que, a despeito da previsão do art. 25, § 1º, da lei das concessões (BRASIL, 1995) e do art. 94, II, da lei geral das telecomunicações (BRASIL, 1997), as concessionárias de serviço público devem respeitar os limites consagrados pela Súmula n. 331 do TST (BRASIL, 1993). Vale dizer, elas somente podem terceirizar serviços ligados à sua atividade-meio; quanto à sua atividade-fim, devem firmar contratos de trabalho, nos moldes traçados pela CLT (BRASIL, 1943).

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BASILE, César Reinaldo Offa. **A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho na interpretação e aplicação das normas trabalhistas**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 05 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de nov. de 2013.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 01 de dez. de 2013.

_____. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2013.

_____. **Lei n. 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 11 dez. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

_____. **Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 04 jan. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

_____. **Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, 21 jun. 1983a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

_____. **Lei n. 8.863, de 28 de março de 1994**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Diário Oficial da União, Brasília, 29 mar. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8863.htm>. Acesso em: 01 dez. 2013.

_____. **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 14 fev. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2013.

BRASIL. **Lei n. 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 08 jul. 1995b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19074cons.htm>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n. 8, de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jul. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 10.** Sessão Plenária de 18/06/2008 - DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008 - DO de 27/6/2008, p. 1. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1216>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 591874/MS.** Recorrente: Viação São Francisco Ltda. Recorrido: Justa Servin Franco e outro(a/s). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 26/08/2009. Data de Publicação: DJE 18/12/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 10.132 MC/PR.** Reclamante: Vivo S.A. Reclamado: Tribunal Superior do Trabalho (Processo n. RR-6749/2007-663-09-00). Relator: Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática. Data de Julgamento: 09/11/2010. Data de Publicação: DJE 11/11/2010.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-E-RR-586341-58.1999.5.18.0001.** Embargante: Ministério Público do Trabalho da 18ª Região Embargada: Centrais Elétricas de Goiás S/A - CELG. Data de Julgamento: 28/05/2009 Redator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho Subseção I Especializada em Dissídios Individuais Data de Publicação: DEJT 16/10/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20586341-58.1999.5.18.0001&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAvLyAAI&dataPublicacao=16/10/2009&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-RR-6749/2007-663-09-00.8.** Recorrentes: Mobitel S.A. e Vivo S.A. Recorridos: Bruno Alfieri Messias e Staff Recursos Humanos Ltda. Data de Julgamento: 11/11/2009. Relator: Ministro Alberto Luiz Bresciani de

Fontan Pereira. 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 27/11/2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2067490035.2007.5.09.0663&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAx3DAAI&dataPublicacao=27/11/2009&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-E-RR-134640-23.2008.5.03.0010.** Recorrente: Heliomar Francisco de Jesus. Recorridos: Tim Nordeste S.A. e A & C Centro de Contatos S.A. Data de Julgamento: 28/06/2011. Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DEJT 10/08/2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20134640-23.2008.5.03.0010&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAI++AAA&dataPublicacao=10/08/2012&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-E-ED-RR-2938-13.2010.5.12.0016.** Embargante: Claro S.A. Embargadas: Cecilia Lemos de Miranda e TMKT Serviços de Telemarketing Ltda. Data de Julgamento: 08/11/2012. Redator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: DEJT 26/03/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%202938-13.2010.5.12.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJOOAAR&dataPublicacao=26/03/2013&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-RR-2162-67.2011.5.03.0003.** Recorrente: A & C Centro de Contatos S.A. Recorridas: Patricia Augusta de Oliveira e Tim Celular S.A. Data de Julgamento: 27/02/2013. Relator: Ministro Ives Gandra Martins Filho. 7ª Turma. Data de Publicação: DEJT 15/03/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%202162-67.2011.5.03.0003&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJidAAX&dataPublicacao=15/03/2013&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-RR-1521-90.2010.5.03.0043.** Recorrente: Algar Tecnologia e Consultoria S.A. Recorridos: Kellen Cristina Tomé Ferreira de Sousa e Companhia de Telecomunicações do Brasil Central - CTBC. Data de Julgamento: 24/04/2013. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. 5ª Turma. Data de Publicação: DEJT 30/08/2013. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201521-90.2010.5.03.0043&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKsBAAC&dataPublicacao=30/08/2013&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-RR-1023-33.2011.5.05.0421.** Recorrente: Companhia de Eletricidade do Estado da Bahia - COELBA. Recorridos: Francisco de Jesus e KV Instalações, Comércio e Indústria Ltda. Data de Julgamento: 23/10/2013. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. 5ª Turma. Data de Publicação: DEJT

14/11/2013. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201023-33.2011.5.05.0421&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANxWAAU&dataPublicacao=14/11/2013&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo n. TST-E-RR-127240-39.2006.5.03.0135.**

Embargante: Márcio Henrique de Almeida Santos. Embargados: Engenharia e Construções ADG Ltda. e Telemar Norte Leste S.A. Data de Julgamento: 05/12/2013. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais Data de Publicação: DEJT 19/12/2013. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-RR%20-%20127240-39.2006.5.03.0135&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAANGqAAH&dataPublicacao=19/12/2013&query=>>>. Acesso em: 08 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 51.** Brasília, DF, 2005. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51>. Acesso em: 06 de dez. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 256 (cancelada).** Brasília, DF, 1986.

Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 28 de nov. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 331.** Brasília, DF, 1993. Disponível em:

<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 28 de nov. de 2013.

CARVALHO, Clíssia Pena Alves de. **Legalidade da terceirização de serviços no setor de telecomunicações.** 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23. ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. **Terceirização: uma expressão do direito flexível na sociedade contemporânea.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Recife, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. rev, ampl. e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2012.

DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FORTINI, Cristiana (Coord.). **Terceirização na Administração: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47-70.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues de. **Direito do Trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Ed. e Distribuidora de Livros, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0**. São Paulo: Objetiva, 2009.

MACIEL, José Alberto Couto. **Terceirização na atividade-fim. Empresas de telecomunicações e outras concessionárias do serviço público. Novos projetos de lei e inovações de liminar concedida no STF**. Rev. TST, Brasília, v. 74, n. 4, out/dez 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Luísa Gomes. **O princípio de proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional de 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 1994.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. 1. ed. São Paulo: LTr, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.