

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

**CONTRATOS DE CONCESSÃO E TERCEIRIZAÇÃO: TENSÕES
ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO**

TESE DE DOUTORADO

ORIENTADOR: PROFESSOR TITULAR DR. NELSON MANNRICH

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

**CONTRATOS DE CONCESSÃO E TERCEIRIZAÇÃO: TENSÕES
ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sob orientação do Professor Titular Dr. Nelson Mannrich.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Oliveira, Carlos Roberto de

Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado ; Carlos Roberto de Oliveira ; orientador Nelson Mannrich -- São Paulo, 2020.

219

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. concessão . 2. parceria público-privada. 3. terceirização. 4. ADC 57/DF. I. Mannrich, Nelson, orient. II. Título.

RESUMO

Este trabalho busca identificar tensões existentes entre os módulos concessórios (concessão comum e parceria público-privada) e a prática da terceirização na execução de tais contratos.

O ponto de partida do estudo foi uma pesquisa acerca dos principais aspectos do contrato de concessão comum e da parceria público-privada, identificando as características e regras de direito público balizadoras dos institutos.

Após o mapeamento das principais questões, foram apresentadas considerações sobre o regime de pessoal nos módulos concessórios. As propostas sugerem reavaliação na modelagem jurídica dos contratos, notadamente para aprimoramento da cláusula de reajuste de salários e incremento de efetividade às negociações coletivas de trabalho.

Na sequência, foram destacadas as particularidades da terceirização na iniciativa privada e na Administração Pública, com ênfase na recente alteração legislativa (Lei Federal nº 13.429/17) e o novo posicionamento adotado pela jurisprudência em decorrência dessa alteração.

Posteriormente, foi empreendida análise específica sobre a terceirização por concessionários e parceiros privados.

O elemento central da pesquisa, nesse tópico, reside na interpretação dada ao §1º, do art. 25, da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões), pelo Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57/DF.

Com base nas conclusões a que se chegou foi possível afirmar que, pela análise do regime jurídico dos contratos privados celebrados pelos concessionários, existem limites e condicionantes para a terceirização nos módulos concessórios.

Palavras-chave: concessão, parceria público-privada, terceirização, ADC 57/DF.

ABSTRACT

This study seeks to identify conflicts between concession models (common concession and public-private partnership) and the practice of sub-contracting in the execution of such contracts.

The starting point of this analysis was a research on the main aspects of the common concession contract and the public-private partnership and the identification of the characteristics and rules of public law that guide the institutes.

After mapping the main issues, considerations regarding personnel scheme in the concession models were presented. The proposals suggest reevaluation in the legal modeling of contracts, notably to improve the wage adjustment clause and increase the effectiveness of collective bargaining.

Subsequently, the particularities of sub-contracting in private initiative and public administration were highlighted, with emphasis on the recent Brazilian legislative amendment (Federal Law No. 13,429/17) and the new position adopted by its jurisprudence as a result of this modification.

A posteriori, specific analysis on sub-contracting by concessionaires and private partners was undertaken.

The central element of this research in this topic resides in the interpretation given to §1 of art. 25 of Federal Law No. 8.987 95 (General Law of Concessions) by the Federal Supreme Court of Brazil, due to the judgment of the Declaratory Constitutionality Action - ADC 57 / DF.

Based on the conclusions and on analysis of the legal regime of private contracts concluded by the concessionaires, it was possible to state that there are limits and conditions for sub-contracting in the concession models.

Keywords: concession, public-private partnership, sub-contracting, ADC 57/DF.

RIASSUNTO

Questo compito intende identificare le tensioni esistenti tra i moduli di concessioni (concessione comune e partenariato pubblico-privato) e la pratica dell'outsourcing nell'esecuzione di tali contratti.

Il punto di partenza dello studio è stato una ricerca sugli aspetti principali del contratto di concessione comune e del partenariato pubblico-privato, identificando le caratteristiche e le regole del diritto pubblico che orientano gli istituti.

Dopo tracciate le principali questioni, sono state presentate considerazioni sulla regolamentazione del personale dei moduli concessori. Le proposte suggeriscono la rivalutazione della modellizzazione giuridica dei contratti, in particolare per il miglioramento della clausola di adeguamento degli stipendi e dell'incremento dell'efficacia alle trattative collettive di lavoro.

Di seguito, sono state staccate le particolarità dell'outsourcing nell'iniziativa privata e nell'amministrazione pubblica, con enfasi nella recente modifica legislativa (Legge Federale n. 13.429/17) e il nuovo posizionamento adottato dalla giurisprudenza in conseguenza a questa alterazione.

Posteriormente, è stata intrapresa l'analisi specifica sull'outsourcing da parte di concessionari e partner privati.

L'elemento centrale della ricerca, su questo argomento, risiede nell'interpretazione data al §1°, dell'art. 25, della Legge Federale n. 8.987/95 (Legge Generale delle Concessioni), dalla Corte Suprema Federale, con il giudizio dell'Azione Dichiarativa Costituzionale - ADC 57/DF.

In base alle conclusioni raggiunte è stato possibile affermare che, dall'analisi del regime legale dei contratti privati compiuti dai concessionari, esistono limiti e condizionamenti per l'outsourcing nei moduli concessori.

Parole chiave: concessione, partenariato pubblico-privato, outsourcing, ADC 57/DF.

Ao meu pai, Antonio Carlos de Oliveira (in memoriam), que acompanhou cada etapa desse momento tão sonhado, mas foi chamado por Deus mais cedo. Deu tudo certo, Seu Carlão!

“Por fim, se percebe um modo diferente de estabelecer as relações entre público e privado. Estas não são apenas bipolares. São também multipolares”¹

¹ CASSESE, Sabino. L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, n. 3, p. 601-650, 2001. Tradução livre do original: “Da ultimo si è notato un diverso modo di stabilire le relazioni tra pubblico e privato. Queste non sono solo bipolar. Sono anche multipolar”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
I. CONTRATO DE CONCESSÃO COMUM E SUAS PARTICULARIDADES	19
1.1. Amplitude do capítulo	19
1.2. Princípios informadores da concessão comum	21
1.2.1. Serviço adequado, contínuo e eficiente	25
1.2.2. Atualidade tecnológica e universalidade	32
1.2.3. Tarifa módica	36
1.3. Concessão comum: a delegação contratual de direitos e deveres	39
1.3.1. Objetivos públicos justificadores da concessão	42
1.3.2. Limites dos direitos transferidos aos privados	45
1.3.3. Mecanismos de fiscalização e de regulação	49
1.4. Parceria Público-Privada	57
1.4.1. Amplitude do capítulo	57
1.4.2. Justificativas para a contratação	61
1.4.3. Eficiência técnica e novas fontes de receitas: breves apontamentos	65
1.4.3.1. Atividades inerentes, acessórias e complementares	68
1.4.3.2. Revisitando temas conhecidos nas concessões	71
1.4.3.3. A questão do personalismo dos contratos administrativos	72
1.4.3.4. Subconcessão e a subcontratação	76
1.4.3.5. A divisão de riscos nas concessões administrativas	80
II. REGIME DE PESSOAL NOS MÓDULOS CONCESSÓRIOS	91
2.1. Amplitude do capítulo	91
2.2. Negociação coletiva, reajuste salarial e reflexos nos módulos concessórios	92
2.3. Modelagem das licitações e dos contratos: discricionariedade do Gestor Público e oportunidade para aprimoramento do regime de pessoal	95
2.4. Estrutura de reajuste: fórmula paramétrica e índice da inflação	100
2.5. Composição de custos de pessoal: variáveis endógenas e exógenas	103
2.6. Composição de custos de pessoal: revisão da modelagem jurídico-negocial ..	109

2.7. Reflexos do reajuste: exercício do direito de greve e responsabilidades	113
2.8. Reajustes em módulos concessórios: breves contribuições	115
III. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO	121
3.1. Amplitude do capítulo	121
3.2. Terceirização no direito do trabalho	128
3.3. Terceirização na Administração Pública	135
3.4. Terceirização ilícita	139
3.4.1. Responsabilidade no direito do trabalho	141
3.4.2. Responsabilidade da Administração Pública	142
3.4.3. Terceirização e a Lei de Responsabilidade Fiscal	145
3.5. Vantagens e desvantagens da terceirização	145
IV. TERCEIRIZAÇÃO POR CONCESSIONÁRIOS E PARCEIROS PRIVADOS	151
4.1. Amplitude do capítulo	151
4.2. Aspectos relevantes da terceirização na iniciativa privada	152
4.3. Aspectos relevantes da terceirização na Administração Pública	153
4.4. Terceirização por concessionários e parceiros privados	165
4.4.1. Estratégias para a terceirização em módulos concessórios	166
4.4.1.1. Atividades inerentes, acessórias ou complementares	167
4.4.1.2. Regime jurídico dos contratos privados celebrados pelo concessionário	173
4.4.1.2.1. Contratos privados celebrados pelo concessionário	175
4.4.1.2.2. Contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário	178
4.4.1.2.3. Contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação..	180
4.5. Atividades inerentes, acessórias ou complementares e implantação de projetos associados, na decisão da ADC 57	185
CONCLUSÕES	189
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA E REFERIDA	193

ANEXOS: CÁLCULO DE DESPESAS COM PESSOAL EM MÓDULOS CONCESSÓRIOS DE SANEAMENTO BÁSICO	209
1.1. Atibaia Saneamento S/A	211
1.2. Águas de Holambra Saneamento SPE Ltda.	213
1.3 Companhia de Saneamento de Jundiaí – CSJ	214
1.4. BRK Ambiental – Limeira S/A	216
1.5. SESAMM – Serviços de Saneamento de Mogi Mirim S/A	218
1.6. Águas do Mirante S/A	219
1.7. AMBIENT Serviços Ambientais de Ribeirão Preto S/A	220
1.8. BRK Ambiental – Rio Claro S/A	221
1.9. SANESALTO Saneamento S/A	222
1.10. Companhia Águas de Santa Rita S/A – COMASA	224
1.11. BRK Ambiental – Sumaré S/A	225

INTRODUÇÃO

Concessão de serviços públicos e terceirização são temas atuais que despertam interesse não apenas dos estudiosos do direito mas da sociedade brasileira como um todo.

As restrições orçamentárias do Poder Público para fazer frente aos necessários investimentos em infraestrutura e em aprimoramentos nos serviços públicos prestados colocam em evidência o instituto da concessão de serviços públicos – ou módulo concessório².

Muitas são as oportunidades geradas por meio de parcerias entre a Administração Pública e institutos privados, porém, a vivência dos módulos concessórios apresenta número considerável de desafios a serem transpostos. De início, a baixa compreensão e aceitação da sociedade sobre a importância da participação privada nas obras e nos serviços públicos carentes de alavancagem de investimentos para o desenvolvimento do país. Em seguida, o atraso e o descuido com o planejamento de políticas públicas. Por fim, os deficientes processos de gestão e de fiscalização dos contratos.

A terceirização, com intensos reflexos jurídico-trabalhistas, tem marcantes características, com ênfase na redução de custos e na especialização das atividades empresariais, tendo como premissa o repasse a outras empresas das atividades que não constituem o foco principal da sua existência.

Em recente revisitação dos entendimentos praticados diante da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a Lei Federal nº 13.467/2017, introduziu novo panorama legal, reconhecendo como lícita a terceirização em qualquer atividade da empresa.

Apesar do aparente distanciamento dos institutos da concessão e da terceirização, o primeiro regido pelo direito administrativo (direito público), e o segundo pautado no direito do trabalho (direito privado), existe um ponto de interesse comum, basicamente o art. 25, §1º, da Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/1995).

O dispositivo legal autoriza a terceirização por parte das concessionárias para as atividades inerentes, acessórias ou complementares e sempre foi interpretado com reservas pela doutrina trabalhista, conflito que somente foi pacificado com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

² A tese adota a classificação dos contratos defendida por Fernando Dias Menezes de Almeida, que os divide em módulos concessórios, módulos instrumentais e módulos cooperativos, cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Diante desse cenário de tensões entre as regras de direito público e de direito privado, surge o objeto central dessa pesquisa, que busca apresentar as tensões existentes entre os dois institutos e pautar propostas para mitigar tais divergências teóricas e práticas.

Identificado o problema arterial deste trabalho, passei à definição das perguntas centrais (tese) que devem ser respondidas: 1. quais as características do regime de pessoal dos módulos concessórios e em que medida a liberdade negocial é exercida? 2. existem limitações para as contratações privadas (terceirizações) das empresas concessionárias?

As hipóteses que experimentam a tese foram sistematizadas em quatro capítulos, a saber: 1. Contrato de concessão comum e suas Particularidades; 2. Regime de Pessoal nos Módulos Concessórios; 3. Contextualização da Terceirização e, 4. Terceirização por Concessionários e Parceiros Privados

O primeiro capítulo teve a função de apresentar os princípios informadores da concessão comum, com ênfase para o serviço adequado, contínuo e eficiente, atualidade tecnológica, universalidade dos serviços e tarifa módica.

Foram pautadas, ainda, as particularidades da delegação contratual de direitos e deveres, os objetivos públicos justificadores da concessão dos serviços públicos, os limites dos direitos transferidos aos privados e os imprescindíveis mecanismos de fiscalização e de regulação.

Deu-se especial atenção para a abordagem do novo modelo de contratualização com a Administração Pública: a parceria público-privada. Nesse tópico, foram lançadas considerações acerca da justificativas para a contratação, a eficiência técnica e as novas fontes de receitas: as atividades acessórias ou complementares e os projetos associados.

Para finalizar o capítulo, foram apresentados os posicionamentos acerca do personalismo dos contratos administrativos, subconcessão, subcontratação e divisão de riscos nas concessões administrativas.

A segunda parte, amparada nas premissas do capítulo anterior, passou a enfrentar o regime de pessoal nos módulos concessórios, trazendo contribuições originais acerca da liberdade negocial nos contratos e a extensão de seu exercício.

Foram pautados os temas da negociação coletiva, reajuste salarial, reflexos nos módulos concessórios, características e oportunidades reconhecidas aos gestores na modelagem das licitações e dos contratos, estrutura de reajuste, formato da composição de custos de pessoal e, ao final, breves contribuições.

O terceiro capítulo adentra no panorama sobre a terceirização, detalhando a visão do direito do trabalho e o entendimento da jurisprudência acerca do tema, apresentando as distinções dessa modalidade de trespasse de atividades na iniciativa privada e na Administração Pública.

São lançados apontamentos acerca da terceirização ilícita e as responsabilidades imputáveis, tanto para a iniciativa privada, quanto para a Administração Pública; ademais, abordam-se questões atinentes à terceirização frente os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Encerra-se o terceiro capítulo da pesquisa com breves opiniões extrajurídicas acerca das vantagens e das desvantagens da terceirização de atividades.

O quarto capítulo foi destinado à terceirização por concessionários e parceiros privados, com incursões nas atualizações acerca da terceirização na iniciativa privada e na Administração Pública, já que foram muitas as alterações introduzidas recentemente.

Passando para o ponto central de interesse da tese, foi feita a apresentação das peculiaridades da terceirização por concessionários e parceiros privados, bem como as estratégias de gestão empresarial que são lançadas em módulos concessórios.

Foram pautadas as distinções conceituais entre atividades inerentes, acessórias ou complementares, ponto pouquíssimo explorado pela nossa doutrina e motivador de vários desajustes de entendimentos em julgamentos de casos concretos.

Deu-se ênfase à construção de classificação para o regime jurídico dos contratos privados celebrados pelas empresas concessionárias, divididos em: 1. contratos privados celebrados pelo concessionário; 2. contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário e 3. contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação.

Por fim, foram feitas considerações acerca do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57/DF, que declarou a constitucionalidade do art. 25, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e fez constar que o dispositivo estava alinhado com o entendimento do Plenário, quando do julgamento da ADPF nº 324/DF (que autoriza a terceirização para qualquer atividade da empresa).

Conclui-se a pesquisa com crítica ao julgado do STF, em especial por não trazer qualquer debate acerca da distinção do regime jurídico de cada atividades descrita no art. 25, §1º, da Lei Geral de Concessões, e afirmando que existem limitações para a terceirização nos módulos concessórios (concessões comuns ou concessões administrativas), notadamente nos casos em que haja modelagem para exploração econômica de atividades acessórias ou

complementares ou, ainda, desenvolvimento de projetos associados ao serviço público concedido.

I. Contrato de concessão e suas Particularidades

1.1. Amplitude do capítulo

A realização de empreendimentos públicos por meio de concessões outorgadas à iniciativa privada antecede à moderna noção de direito administrativo como disciplina jurídica autônoma³, e a sua evolução nos sistemas jurídicos do mundo ocidental em muito se confunde com a própria evolução do direito administrativo.

Pedro Gonçalves⁴ relata que os primórdios das concessões de serviços públicos remontam à Grécia Antiga, época em que o instituto aparecia, na maioria das vezes, mesclado com a construção de obras públicas.

Como destaca Ange Blondeau⁵, desse vínculo entre obras e serviços públicos, resultou a denominação concessão de obras públicas, mesmo para concessões em que a atividade preponderante correspondesse à prestação de um serviço público, como iluminação pública a gás.

Ou seja, a concessão surgiu muito antes de se cogitar a noção de serviço público. Ao longo do tempo, o instituto construiu-se como um instrumento para diferentes arranjos ensejadores do concurso de particulares para a consecução de finalidades coletivas, por meio do qual se dão diversas combinações de interesses públicos e privados, o que dificulta até mesmo o enquadramento em um regime único e definidor do que seja a concessão⁶.

Ao longo da história, o instituto serviu a variados objetivos – e para o presente trabalho, há predileção de investigação da delegação de qualquer atribuição ao setor privado, e abrange desde a exploração de domínio ou de terras, passando para concessões de extração de recursos minerais e naturais até a concessão de serviços públicos e de infraestrutura.

Como rememora Floriano de Azevedo Marques Neto⁷, sua finalidade vai oscilar entre ser um instituto com fins arrecadatários e fiscais até a finalidade de interesse geral no provimento de utilidades públicas de cuja oferta o Estado não queira ou não possa se

³ Cf. ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviços sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 17.

⁴ Nesse sentido conferir GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 45, em que o autor destaca: “Já na Grécia Antiga as administrações das cidades já confiavam tarefas públicas a certos cidadãos, que recebiam do público uma retribuição pelos serviços prestados e que pagavam uma renda às autoridades administrativas”.

⁵ Cf. BLONDEAU, Ange. *La concession de service public*. Paris: Dalloz, 1933. p. 45-83.

⁶ Nesse sentido conferir MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 27.

⁷ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 37.

desincumbir. Outra característica que sofre mutação com o tempo é o contorno jurídico do instituto da concessão, evoluindo de um título unilateral expedido pelo soberano para o modelo reconfigurado de contrato de direito civil, evoluído para o atual contrato de direito público⁸.

Variados são os motivos que justificam o avanço e o incremento na complexidade das concessões e dos seus respectivos contratos, porém, para atermo-nos à experiência e à realidade atual brasileira, podemos destacar a falta de recursos para os Estados fazerem frente aos necessários investimentos, bem como a incapacidade de financiamentos dos Municípios para exercerem seu papel constitucionalmente atribuído.

Nesse cenário, vários pontos incentivaram a prática de concessões, em especial a segurança jurídica assegurada pelos marcos regulatórios – que serão explorados logo adiante –, como o novo período inaugurado pela Constituição de 1988 (com o art. 175) e as normas infraconstitucionais de regência: Lei Federal nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas) e Lei Federal nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos).

A regulamentação trouxe considerável confiança, já que muitos pontos ainda são destacados como desfavoráveis aos negócios, dentre eles a instabilidade política e a falta de confiança na regulação setorial de alguns serviços.

O fenômeno de transferência de atividades ao particular, aliás, não é típico apenas do Brasil. Citamos o caso de Portugal, que, apesar de contar com concessões bastante antigas, sendo a primeira delas a implantação de linhas férreas no ano de 1871, para a *Lisbon Steam Tramways Company*, com o objetivo de explorar ferrovia entre Lisboa e Sintra e entre Lisboa e Torres Vedras, teve exponencial crescimento a partir de 1990, como relatam Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques⁹:

Foi a partir de 1994 que se verificou um desenvolvimento massivo de PPP nos diversos setores: rodoviário, ferroviário, ambiente, saúde e energia. Após a Lusoponte em 1994, seguiram-se várias PPP na área de águas e resíduos, entre 1995 e 1998. Nos três anos seguintes de 1999 a 2002, foram lançadas PPP na administração local, no setor rodoviário e também ferroviário, com a Fertagus no ano de 1999 e o Metrosul do Tejo em 2002.

⁸ Guido Zanobini, em obra clássica, afirma que a concessão pode ser tida como o oposto simétrico da função pública ou da nomeação. Enquanto esta incorpora o particular na organização administrativa, aquela destaca uma parte dos poderes e das funções que são próprias da administração e delas incumbe o particular, deixando-o fora da organização administrativa. Acrescenta ser supérfluo recordar que, falando de poderes e funções, entende referir-se unicamente ao poder de exercício, porque os poderes como tais não podem, por nenhum título, ser transferidos pelos entes públicos a outros sujeitos. Cf. ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1955a, vol. 3. p. 115.

⁹ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. p.75.

Outro país que reformou, recentemente, sua legislação para deixar clara a regra de contratação de concessões é a Itália, por meio do Decreto Legislativo 18 Aprile 2016, nº 50¹⁰ (Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione), pois a contratualização com entes privados atinge relevantes segmentos de serviços públicos, com rígidas regras de contratação pela Administração Pública.

Destaca Eugenio Mele¹¹: “Così, ad esempio, per approvvigionarsi di personale, non sono tenuti a porre in essere selezioni di tipo concorsuale, caratteristiche della normativa pubblicistica, ma potranno operare liberamente, secondo le proprie necessità e con le modalità che riterranno più opportune”.

Com tais referências, a ideia é demonstrar que a concessão é instituto bastante representativo para o direito administrativo, que também vai se reconfigurando ao longo do tempo, assumindo novas características e servindo a diferentes objetivos.

Evidente, portanto, que esse instituto enfrenta desafios contemporâneos, e várias são as tensões com outros ramos do direito – e ganham luz os enfrentamentos entre o direito administrativo e o direito do trabalho –, notadamente em suas transformações e evoluções, pois são ramos jurídicos em constante evolução e pedem estudos de novos arranjos legais e interpretações.

O estudo propõe-se a descortinar as principais características e os desafios atuais do instituto, pois, ao intérprete das normas cabe constituir, desconstituir e reconstruir o seu significado, afinal elas “não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”¹².

1.2. Princípios informadores das concessões

É próprio e clássico do direito administrativo brasileiro iniciar sempre a avaliação de institutos jurídicos com base em seus princípios.

¹⁰ Que já sofreu alterações pontuais pelos seguintes diplomas legais: Decreto-Legge 30 dicembre 2016 nº 244; Decreto Legislativo 19 aprile 2017 nº 56, del 5-5-2017; Legge 21 giugno 2017 nº 96, del 23-6-2017; Legge 27 dicembre 2017, nº 205, in GU n. 302 del 29-12-2017 s.o. n. 62, in vigore dal 01-01-2018;

- DECRETO LEGISLATIVO 2 gennaio 2018, n. 1, in G.U. 22-01-2018, n.17, in vigore dal 06-02-2018; - DECRETO-LEGGE 14 dicembre 2018, n. 135, in GU del 14-12-2018 n. 290, in vigore dal 15-12-2018; - LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145, in GU n.302 del 31-12-2018 s.o. n. 62) in vigore dal 01-01-2019.

¹¹ Em tradução livre: “Assim, por exemplo, para contratar pessoal, eles não são obrigados realizar seleção através de concurso, que são características das normas públicas, mas podem operar livremente, de acordo com suas necessidades e da maneira que consideram mais apropriada”. Cf. MELE, Eugenio. *Manuale di diritto amministrativo*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013. p. 73.

¹² Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 30.

Pode-se dizer, então, que os princípios desempenham função normativa relevante no tocante ao regime de direito administrativo¹³, essencialmente por conta da dimensão que os princípios têm na interpretação de casos hipotéticos ou concretos nesse ramo do direito.

Essa visão tem gerado incômodos, principalmente pelo uso exacerbado de soluções principiológicas, que abrigam campo para a insegurança jurídica e para o voluntarismo pessoal.

Destaca Carlos Ari Sunfeld¹⁴ em fundada crítica: “princípios têm a mesma circulação e o mesmo valor dos provérbios: sabedoria popular, singela, sedutora, transmitida por tradição, difícil de contestar. Têm, também, todos os inconvenientes dos provérbios: superficiais, conservadores, desatualizados, distorcem as coisas etc.”.

A preocupação com a sistematização dos princípios do direito administrativo, sobretudo no nível constitucional, traz peculiaridades não vistas em outros ramos do direito e tampouco em outros países, como afirma Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁵: “novidade, hoje, não é exatamente a constitucionalização do direito administrativo, mas sim a constitucionalização dos princípios que o regem”.

Chama a atenção o zelo de doutrinadores brasileiros na classificação e no exame dos princípios antes de qualquer apontamento sobre institutos específicos; atenção essa que não se nota na doutrina de outros países, que geralmente prestigiam princípios amplos, como a legalidade¹⁶.

Mesma ressalva é apresentada por Luís Roberto Barroso¹⁷ ao apontar que a Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública, com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Porém, aponta virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo.

¹³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 97.

¹⁴ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 184.

¹⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9-10.

¹⁶ Nesse sentido conferir: Breve introito: por que ainda falar de princípios. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de direito administrativo: Legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 400-401.

Com a Emenda Constitucional nº 19, foi acrescido ao elenco de princípios o da eficiência, que, aliás, faz da tensão entre eficiência e legitimidade democrática uma das marcas da Administração Pública na atualidade.

Pondera Carlos Ari Sundfeld que, com a constitucionalização dos princípios de direito administrativo e a baixa percepção de que a ação normativa da Administração é compatível com o Estado de Direito, sempre se buscando fundamento para a ação estatal em leis, criou-se, por assim dizer, um “ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”¹⁸.

Os princípios, por sua vez, são informados com maior grau de abstração e não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, e muitas vezes indeterminado de situações, e que frequentemente entram em tensão dialética, apontando para direções diversas, razão pela qual sua aplicação deverá se dar mediante ponderação¹⁹.

Evidente que estamos adentrando em campo perigoso, pois a errônea aplicação dos princípios – com extensiva ou excessiva generalização, bem como a interpretação despropositada, tende a distorcer o principal aparato administrativo estatal, que é receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas aptas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social²⁰.

Para parametrizar os incômodos vislumbrados com decisões (administrativas e judiciais) excessivamente abstratas, foi editada a Lei Federal nº 13.655/2018 (que inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público), que busca mitigar as externalidades negativas produzidas por decisões fundamentadas exclusivamente em valores com baixa densidade normativa e sem a necessária motivação²¹.

As medidas aportadas pela Lei nº 13.655/2018 à LINDB não tratam de impedir que administradores, juízes e controladores possam interpretar o direito, cada um dentro de suas competências, mas apenas que suas interpretações não prejudiquem particulares e agentes públicos que confiaram em interpretações anteriores do próprio Estado e que eles

¹⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 205.

¹⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 148-149.

²⁰ Nesse sentido conferir: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 160.

²¹ O art. 1º da Lei Federal nº 13.655/2018, dispõe: “O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

próprios consolidem a sua interpretação. Não se trata de impedir a interpretação por quem quer que seja, mas apenas de racionalizá-la em nome da segurança jurídica²².

Aponta Marçal Justen Filho²³: “A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob o prisma da proporcionalidade”.

Entende-se que os princípios têm papel relevante quando amparados em um raciocínio de proporcionalidade. Por outras palavras, a solução “universal” fornecida pela ponderação de princípios, num raciocínio de proporcionalidade que, muito antes de ser imposição normativa do Direito contemporâneo, é elemento inexorável de qualquer processo de decisão jurídica, em todos os níveis de criação de normativa dentro dos diversos escalões do ordenamento jurídico – pode tender perigosamente seja a um relativismo valorativo –, seja ao arbítrio do julgador que a julgue suficiente como técnica decisória, vez que não traz consigo nenhum critério objetivo de decisão²⁴.

A prática contratual em infraestrutura, representada por pactos de longo prazo que pedem transparência e segurança jurídica, tem apontado incômodo com a aplicação de princípios de forma genérica e sem zelo e apreço com a motivação por parte dos envolvidos (concedente, regulador e controladores internos e externos).

Feitas as considerações e críticas, reconheço o valor jurídico e a relevância dos princípios, apenas destacando o uso inadvertido de tais comandos, o que gera insegurança em contratos que pedem regras claras e interpretações precisas.

Na sequência, apresentamos princípios que norteiam os módulos concessórios e que servem para melhor entender questões pontuais e específicas²⁵. Nas lições de Robert

²² Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Aspectos introdutórios da nova LINDB, In: *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro – anotada, Vol. II*. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 33.

²³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 12 mai 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

²⁴ Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da Impessoalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 110.

²⁵ Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho, prefacia “Ora, a proliferação de princípios, nos mais variados setores da disciplina dos comportamentos interpessoais, é uma realidade viva do momento por que passa a sociedade brasileira, Lembremo-nos de que o Direito, como objeto da cultura, requer a atribuição de valores para imprimir sentido ao texto editado pelo legislador. Todavia, a presença axiológica não pode assumir dimensões incontroláveis, sob pena de não atingir o *minimum* de segurança insito à existência do dever ser. [...]”. Cf. Prefácio, In: ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 9-10.

Alexy, princípios são verdadeiros *mandados de otimização*²⁶ que aportam segurança jurídica à mutabilidade própria dessa modalidade de contratação pública.

1.2.1. Serviço adequado, contínuo e eficiente

Para avançar nas tensões entre público e privado nos contratos de concessão e, em especial nos contratos de terceirização, é oportuno apresentar a base principiológica específica que essa modalidade de contratação abriga.

Como destacado, os módulos concessórios, pela complexidade de formatação, têm prazos de pactuação e prática revisional bastante específicos.

Em qualquer das suas modalidades, o contrato administrativo de concessão de serviço público insere-se em um palco global de complexidade das demandas sociais, da constante modificação dos parâmetros de excelência para a consecução do bem-estar²⁷, o que faz surgir a necessidade de definir regras claras, inclusive de princípios para a adequada interpretação.

A lei produz estabilidade das regras orientadoras, mas não a uniformidade na gestão dos contratos – até pela particularidade de cada realidade –, razão pela qual a segurança jurídica decorrerá da legitimidade política, econômica, social e adoção de postura coerente com práticas da boa governança.

Sempre que houver conflitos de interpretação, as balizas claras e objetivas de solução de tais controvérsias devem ser: contrato, lei de regência e princípios norteadores da contratação.

Nosso ordenamento jurídico, por sua vez, positivou no art. 175, inc. IV, da Constituição Federal, o dever de manter serviço adequado, independente da sua forma de prestação²⁸.

²⁶“Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 86.

²⁷ Cf. WILLIAMSON, Oliver Eaton. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979. p. 238: “A recognition that the world is complex, that agreements are incomplete, and that some contracts will never be reached unless both parties have confidence in the settlement machinery thus characterizes neoclassical contract law”.

²⁸ Cf. HARB, Karina Houat. Princípio da continuidade do serviço público e interrupção. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun,

Nesse sentido, os princípios específicos afetos à concessão, estão elencados no art. 6º, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995²⁹. A configuração do adequado serviço depende dos critérios de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Para o direito brasileiro, a obrigação de manter serviço adequado tem fonte primária na Carta Magna e o pressuposto aqui é a finalidade a ser atingida no objetivo primário da concessão: esta deve existir *se e somente se* puder resultar na prestação de serviços adequada ao universo de usuários³⁰.

O termo genérico de serviço adequado tem razão de ser pela amplitude e pelas variadas possibilidades de serviços que podem ser abrangidos por uma concessão, o que remete ao edital de licitação, regulamento e contrato a tarefa de definir claramente quais os serviços prestados, suas especificidades e as condições para o atendimento pleno às expectativas da sociedade usuária.

Para Marçal Justen Filho³¹, o conceito para serviço adequado consiste,

basicamente, na eficiência do ponto de vista técnico-econômico. A atividade deve ser estruturada segundo as regras técnicas a ela pertinentes e de modo que se constitua em meio causalmente próprio para satisfazer necessidades dos usuários. [...] Não será adequado o serviço que não for apto a satisfazer, do ponto de vista técnico, a necessidade que motivou sua instituição.

Outro ponto relevante é que os contratos de infraestrutura – muito comuns nas modalidades de delegação mediante concessão – tem inevitável variação de custos dos investimentos e reflexos próprios das alterações decorrentes de novas tecnologias ou novas necessidades dos serviços, o que nos obriga a entender a adequação como uma constante visão de atualidade diante dos anseios dos usuários.

Necessário, portanto, para que haja prestação adequada, que exista configuração adequada por parte do poder concedente, prevendo hipóteses e colocando à disposição do gestor do contrato, instrumentos para as adequações oportunas.

André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>>. Acesso em 21 mai 19.

²⁹ “Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. §1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

³⁰ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 245.

³¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 305.

Questão fundamental, ainda, sobre o serviço adequado, é que ele seja contínuo³².

Os serviços públicos concedidos, por sua natureza e relevância, são atividades materiais escolhidas e qualificadas pelo legislador como necessárias para a coletividade. São retiradas do domínio econômico por afigurarem-se imprescindíveis à coletividade. A qualificação do serviço como público altera a sua titularidade que passa a ser do Estado e consequentemente o seu regime jurídico norteador, regime de direito público³³.

Pondera Dinorá Adelaide Musetti Grotti³⁴ que o princípio da continuidade dos serviços públicos deriva de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que o serviço satisfaz. O seu funcionamento há de ser contínuo, sem interrupções, a não ser em hipóteses estritas, previstas em lei.

Em complementação à ideia, Celso Antonio Bandeira de Mello³⁵ assinala que o princípio da continuidade dos serviços públicos é um derivativo do princípio da obrigatoriedade do desempenho da função pública, característica marcante do que o autor denomina regime jurídico administrativo, pois:

[...] em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da função pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O *princípio da continuidade do serviço público* é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. [...].

A descontinuidade, portanto, é excepcional e somente pode ser reconhecida por previsão expressa em lei ou no contrato, o que se faz, em termos de regra geral, no §3º, do art. 6º da Lei Geral de Concessões³⁶.

A natureza de essencialidade de alguns serviços públicos, entretanto, acarreta dificuldades operacionais para a interrupção, mesmo diante da expressa previsão em lei, como é o caso, por exemplo, da interrupção por inadimplência ou por fraude em serviços de

³² Lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “Esse princípio teve origem no direito francês, onde era considerado como essencial, porque ligado à própria ideia da continuidade do Estado. Isto porque os adeptos da teoria do serviço público viam no Estado nada mais do que um conjunto de serviços públicos”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 98.

³³ Cf. HARB, Karina Houat. Princípio da continuidade do serviço público e interrupção. Op. cit.

³⁴ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 261.

³⁵ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 84.

³⁶ Art. 6º [...] §3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

saneamento³⁷, previstas no art. 40³⁸, da Lei Federal nº 11.445/2007 (Política Nacional de Saneamento Básico).

Mesmo diante da falta de pagamento ou por fraude, não existe viabilidade técnica para operacionalizar a interrupção de serviços públicos como coleta de resíduos sólidos ou afastamento e destinação de esgoto sanitário.

Há também um forte argumento de índole fática ou material contra a leitura do princípio da continuidade segundo a qual haveria o dever de prestar o serviço público ainda que inadimplente o usuário.

Por outro lado, sustenta-se que, caso fosse exigida do prestador a continuidade da prestação nos casos de inadimplência, poderia haver, na hipótese do crescimento do número de devedores, risco para a manutenção do serviço como um todo.

Haveria, por assim dizer, um risco sistêmico, provocado pela assunção de custos pela prestadora de serviço público sem a devida contraprestação imediata.

Sob esse prisma, a verdadeira continuidade do serviço público – que é a manutenção da oferta do serviço como um todo –, considerado como empreendimento a ser oferecido à sociedade, cederia espaço para uma visão individualista, concebida no intuito de proteger situação de inadimplência de alguns usuários isoladamente considerados³⁹.

E a questão da continuidade dos serviços vai permear vários pontos de tensão entre o direito do trabalho e o direito administrativo, notadamente nas questões que envolvem a greve de atividades terceirizadas ou concedidas pela administração pública.

Aliás, o reconhecimento do direito do usuário à continuidade consta não apenas na Lei Geral de Concessões mas também em outros diplomas legais, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), que anterior à Lei Federal nº 8.987/1995, fez constar em seus arts. 6º, X, e 22, *caput*, o direito do usuário à prestação adequada.

Pauta o Código Consumerista que, “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são

³⁷ São considerados serviços de saneamento, nos termos do art. 2º, da Lei Federal nº 11.445/2007, os serviços públicos de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

³⁸ Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses: [...] IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

³⁹ Nesse sentido conferir: CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 108.

obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Reforça a obrigatoriedade de adequação e de continuidade nos serviços públicos, ainda, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei Federal nº 13.460/2017), ao apontar em seu art. 4º, que: “Os serviços públicos e o atendimento do usuário serão realizados de forma adequada, observados os princípios da regularidade, continuidade, efetividade, segurança, atualidade, generalidade, transparência e cortesia”.

Na mesma esteira, a Lei de Greve (Lei Federal nº 7.783/1989), traz limitação expressa do direito constitucional de paralisação em razão da natureza dos serviços prestados quando classificados como essenciais⁴⁰. Tal obrigação de continuidade vincula empresas que prestem serviços públicos em módulos concessórios⁴¹.

O rol de serviços essenciais lançados no art. 10, da Lei Federal nº 7.783/1989 serve para mitigar a liberdade paredista dos trabalhadores quando estes desenvolvem as suas atividades em serviços considerados como essenciais e relacionados às necessidades de inadiável interesse da comunidade⁴².

Aliás, vale destacar o interessante modelo para regulação de greves em serviços essenciais – e com atenção para a rápida solução de movimentos paredistas para assegurar a continuidade das atividades essenciais –, instituído pela lei italiana, que criou a Comissão de Garantia⁴³, uma autoridade administrativa neutra e não judicial, com autonomia financeira,

⁴⁰ Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; XI compensação bancária. XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

⁴¹ Idêntica noção de obrigação de manutenção da continuidade, independente do modelo de prestação dos serviços, se pela Administração Direta, Indireta, mediante concessão ou por terceirização, é adotada pela legislação italiana (Lei nº 146/1990, em seu artigo 1, primeira parte): “Ai fini della presente legge sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione”. (grifou-se).

⁴² Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *A greve nos serviços essenciais no Brasil e na Itália*. São Paulo: LTr, 2013. p. 24.

⁴³ Nesse sentido conferir: RICCI, Maurizio. *Sciopero e servizi pubblici essenziali*. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata dalla legge n. 83/2000. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

decisória, independência governamental e com dotação orgânica específica (art. 12, 2º e 5º da Lei nº 146/90, modificada pelo art. 17, 12 e 13 da Lei nº 127/97)⁴⁴.

Percebe-se que a Itália avançou positivamente na alteração do modelo estatal de solução dos conflitos coletivos relacionados à greve nos serviços públicos essenciais, deixando a esfera judicial para ingressar na solução por via extrajudicial, porém, no Brasil, tal migração seria mais complexa.

Somente diante de radical mudança de cultura e com exemplos de credibilidade que inspirem confiança à população tal alteração prosperaria, já que a Administração Pública e suas instâncias padecem de respeitabilidade por culpa de seus dirigentes máximos, sempre envolvidos em escândalos de corrupção e de desvios de finalidade, fatos que lamentavelmente assolam grande parte das esferas estatais extrajudiciárias⁴⁵.

Por fim, há de se destacar que o tema da continuidade, tão caro à prestação dos serviços públicos na ótica do direito administrativo e do direito do trabalho, encontra vários percalços quando da prestação dos serviços concedidos ou terceirizados, já que a vinculação de mínimo essencial está atrelada às atividades do rol⁴⁶ do art. 10 da Lei de Greve, sendo que muitos outros serviços são pautados pela obrigatoriedade mas não pela necessidade de mínimo legal definido pelos Tribunais trabalhistas, o que desloca a discussão para a esfera cível, sob contenda de inexecução contratual, e pode ter seu desfecho de solução em prazo muito mais alongado.

É ponto de reflexão, por derradeiro, a necessária eficiência no serviço prestado, sendo um desdobramento do princípio da constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Carta da República), aliás, que deve ser entendido como pressuposto básico para a concessão, pois a delegação das atividades a terceiros somente se justifica para uma melhor prestação,

⁴⁴ Para Luisa Galantino: “[...] o legislador submete a um apropriado organismo *super-partes*, a Comissão de Garantia, o poder de atuar um sindicato e mérito sobre a idoneidade do acordo a balancear o direito de greve com os direitos dos cidadãos usuários dos serviços essenciais e de intervir, se for o caso, com a própria *regulamentação provisória* (art. 13, letra ‘a’)”. Cf. GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 215.

⁴⁵ Cf. OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *A greve nos serviços essenciais no Brasil e na Itália*. São Paulo: LTr, 2013. p. 98.

⁴⁶ A discussão sobre a taxatividade ou não do rol de serviços lançado no art. 10 encontra posições divergentes. Defendo a ideia que o rol é taxativo em virtude do obstáculo que se cria ao exercício de um direito garantido na Constituição (direito de greve), pois alargar esse conceito iria trazer para o mundo jurídico restrições não contempladas na lei. Para ilustrar, dentre inúmeros autores, temos: PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A greve nos serviços essenciais e nos serviços inadiáveis. In: *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. São Paulo: LTr, 1998. p. 501. Em sentido oposto, defendendo a tese de rol meramente exemplificativo, comportando introdução de novas situações que coloquem em risco os interesses da coletividade: vida, saúde e segurança, temos, dentre vários doutrinadores: BORBA, Joselita Nepomuceno. Responsabilização pelos danos decorrentes do direito de greve. In: *Revista LTr*, v. 75, n. 05, mai/2011. p. 541.

investimentos e adequada *performance* das atividades. Ou seja, se não houver melhoria e investimentos para incrementar qualidade ao serviço público, a concessão não se justifica.

Será eficiente a prestação que cumprir com perfeição o estatuto da concessão e as obrigações contratuais, gerando com efetividade o benefício social que dele se espera. Além de exigir que o serviço produza efeitos úteis, também se faz necessária a postura ativa do concessionário e do poder concedente no sentido de aprimorar o cumprimento do estabelecido em lei, regulamento e contrato⁴⁷.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴⁸, a eficiência deve ser entendida como a melhor realização possível do serviço público, buscando-se a mais plena satisfação dos administrados com os menores custos para o usuário, apresentando-se, assim, como um atributo técnico da gestão de interesses, como uma exigência a ser respeitada.

Há de se compreender que as metas de eficiência - propostas para o alcance do serviço adequado e eficiente - são requisitos essenciais para efetivação dos interesses públicos e devem ser premissas elementares nos módulos concessórios.

Não se concebe, racionalmente, a ideia de conceder um serviço ao segmento privado quando há eficiente, estável, adequado e sustentável em investimentos serviço público prestado pela própria Administração Pública.

Aliás, a obrigação da otimização nasce com a ideia de contratação com terceiros para busca da especialidade e eficiência⁴⁹. Focaliza a empresa apenas em um ramo de atuação e poderá maximizar a eficiência e minimizar custos, o que denota aparente convergência com os propósitos da Lei de Concessões.

E como se verá adiante, a terceirização teve concepção diferenciada para módulos concessórios (art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/95), sendo estabelecidas condicionantes e limites, notadamente pelas características próprias dos contratos de infraestrutura, que são modelados para longa duração e com responsabilidades que vinculam a empresa por décadas.

⁴⁷ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254.

⁴⁸ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 428.

⁴⁹ Não somente critérios de eficiência e especialidade são indutores da justificativa para módulos concessórios. A amplitude de exigências para que tais contratos sejam efetivos – aliados à novíssima cultura que se busca implantar da regulação setorial –, temos cobranças por ferramentas de boa gestão e de transparência das ações, que é o serviço adequado. Vejamos o entendimento do Tribunal de Contas da União: “[...] tendo em vista que o fim a que se destina a concessão é o serviço adequado, o Poder Concedente deve adotar mecanismos complementares, no edital e na minuta contratual, aptos a resguardar a qualidade na prestação do serviço concedido. Conforme destacou a Sefid-1, além dos elementos de projeto básico em edital, o Poder Concedente deve adotar mecanismos direcionados à aferição objetiva da qualidade, por meio de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade de serviço (art. 23, inciso III, da Lei 8.987/1995)”. (Acórdão nº 3.232/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Terceirizar sem buscar qualidade nos serviços é altamente desencorajador nos módulos concessórios, já que contratação de terceiros não exime a integral responsabilidade do concessionário pelas obras e pelos serviços prestados.

Em suma, a busca por terceirizações precárias ou com qualidade duvidosa dos componentes traz para a empresa o custo de refazer serviços ou de responder pela sua baixa qualidade.

1.2.2. Atualidade tecnológica e universalidade

Considerando as peculiaridades dos módulos concessórios, que, em sua matriz clássica, são justificadores de grandes e constantes investimentos em obras de infraestrutura, é aceitável que haja tratamento especial em relação ao seu prazo de duração, excedendo à autorização máxima de 60 meses da Lei de Licitações e Contratos⁵⁰.

O prazo alongado dos módulos concessórios é justificado pela necessidade de amortização de investimentos e de operações na tarifa (ou contraprestação) e, por consequência, curtos prazos para diluir tais custos oneraria em demasia o usuário.

As premissas de tarifa módica, adequada e justa devem pautar toda modelagem de módulo concessório.

Na esteira de prazos alongados de prestação de serviços algumas peculiaridades e componentes principiológicos ganham relevância, em especial a atualidade tecnológica e a universalização⁵¹.

É evidente que, no decurso do prazo contratual (de 20 a 30 anos), haverá variação significativa em várias premissas contratuais, com reais possibilidades de alteração das

⁵⁰ Dispõe o art. 57, da Lei Federal nº 8.666/1993: “A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...]”.

⁵¹ A universalidade, nos dizeres de Marçal Justen Filho, deve ser interpretada em consonância com a ideia de igualdade, já que: “A igualdade envolve o tratamento não discriminatório e universal para todos os usuários. Não se pode restringir o acesso aos benefícios do serviço público para os sujeitos que se encontrem em igualdade de condições. Nesse ponto, o intérprete se depara com a conhecida dificuldade inerente ao princípio da isonomia, relacionada ao problema de identificar os limites da igualdade. Os desdobramentos da igualdade são a universalidade e a neutralidade. A universalidade significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. [...] A neutralidade consiste em vedar a prestação do serviço a qualquer circunstância individual incompatível com o postulado da isonomia. Assim, não é possível produzir privilégios fundados em sexo, raça, credo religioso ou local de domicílio, exceto quando tais circunstâncias refletirem valores distintos que demandem diferenciação”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 647.

soluções tecnológicas adotadas para prestação dos serviços, além de incremento de novas tecnologias que mudam os hábitos dos usuários.

Imaginemos, por exemplo, o impacto no setor de telefonia com o ingresso dos celulares e desprezo à utilização de orelhões, do abandono de ligações fixas para a utilização de dados móveis. Tudo isso deve ser pensado no contexto específico de atualidade e da universalidade.

O serviço a ser prestado não pode se tornar ultrapassado no decorrer do prazo contratual, tanto em termos de inovação tecnológica como quanto à segurança e comodidade dos usuários-consumidores⁵².

Nas palavras de Cármen Lúcia Antunes da Rocha⁵³: “Isso faz com que haja uma mutabilidade permanente e saudável nos termos segundo os quais o concessionário e o permissionário se dão, obrigatoriamente, às alterações que os vinculem a seus objetos específicos”

O conceito de mutabilidade dos contratos, para Marçal Justen Filho, nasce das concessões de serviços, sendo aproveitado e expandindo-se posteriormente para a teoria dos contratos públicos em geral. Destaca que:

[...] a utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas. Deve produzir-se a alteração necessária a assegurar a maior adequação possível dos serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação⁵⁴.

Por fim, é condição lógica que fundamenta a concessão de determinado serviço público, a universalização, ou seja, a obrigação de oportunizar, de dar acesso, de colocar à disposição de toda a sociedade um serviço adequado e classificado como público.

O princípio da universalidade assegura a todas as pessoas o acesso às prestações decorrentes dos serviços públicos, sendo dever inescusável do Estado permitir, a toda a

⁵² Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] pode decorrer de mudança na situação de fato, ou seja, nas circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares, como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo da demanda de serviços”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 82.

⁵³ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 112.

⁵⁴ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009. p. 445.

população, o acesso às comodidades materiais decorrentes de tais prestações. Tal princípio traduz, assim, o dever de universalizar o acesso aos direitos fundamentais sociais concretizados mediante os serviços públicos prestados, manifestando-se como condição de realização dos objetivos fundamentais previstos no texto constitucional⁵⁵.

Há de destacar, nos dizeres de Floriano de Azevedo Marques Neto⁵⁶, que “a universalização envolve um dever positivo do Poder Público, consistente em adotar todas as providências necessárias para, ao longo do tempo, permitir a crescente incorporação de parcelas da sociedade ao acesso e fruição de um serviço público”.

Dessa forma, como premissa para a formatação dos módulos concessórios, os editais, regulamentos e contratos decorrentes de tais licitações, devem prestigiar formas de atender à população usuária com serviços adequados tecnologicamente e com premissas de investimentos que contemplem o acesso universal aos serviços classificados como públicos, já que uma das pautas da concessão é a melhoria na qualidade e no acesso a tais garantias fundamentais de prestação⁵⁷.

Em relação às premissas de adequação dos serviços públicos, devem atender a todos, indistintamente, universalizando o acesso a cada usuário e respeitando as diferenças de cada consumidor, quer seja pela categoria de enquadramento ou pela condição social.

Além de incrementar aos serviços públicos a melhor tecnologia (primando pela redução de custos, aumento de eficiência e práticas ambientais adequadas), pedem atenção, em homenagem à delimitação metodológica do presente estudo, os objetivos finalísticos dos módulos concessórios na visão trabalhista e da terceirização.

Deve ser superada a ideia que a terceirização é sempre precarizante, pois, como apontado no tópico anterior, as responsabilidades assumidas pela empresa concessionária

⁵⁵ Cf. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Princípio da universalidade. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/77/edicao-1/principio-da-universalidade>. Acesso em 28 mai 2019.

⁵⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso do telefone social. *RDPE* 14/77, Belo Horizonte: Fórum, abril-junho/2006.

⁵⁷ Nesse mesmo sentido, entende Gustavo Gil Gasiola: “[...] a infraestrutura também está sujeita à rápida dinâmica social, ou melhor, às rápidas e constantes alterações de demanda. As atividades econômicas, os serviços públicos e o exercício de direitos dependem de uma infraestrutura adequada. Mas, considerando a demanda de forma dinâmica, a adequação da infraestrutura não perdura no tempo, sendo constante a exigência de atualização ou mesmo substituição. Também em decorrência do problema dos investimentos irrecuperáveis, a necessidade de adequação é sempre um risco ao agente econômico, mormente nos casos de substituição de tecnologia”. Cf. GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de infraestrutura por contrato. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v.2 n.1, 238-256. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1p238-256>

obrigam a busca pelas melhores tecnologias e serviços para a execução de seu contrato sem receber penalidades, do poder concedente ou do órgão regulador.

Muitas são as incertezas, e poucas são as respostas para um modelo ideal que consiga conciliar atualidade tecnológica e a valorização do trabalhador, sempre primando pela busca da não precarização e pela manutenção dos empregos⁵⁸.

Vale lembrar que a lógica jurídica da formatação dos módulos concessórios traz algumas blindagens para a mera busca pelo menor custo ou para a precarização das relações de emprego mediante corte de postos de trabalho ou de iniciativas de terceirização com menor custo.

Os módulos concessórios, em sua concepção, têm rígida formatação econômica com composição dos custos e dos investimentos, o que traz, por consequência, valores que devem ser dispendidos com pessoal ou com serviços de terceiros (terceirizações, em sentido amplo).

Por essa razão, o rearranjo de tais componentes, ou de tais custos, sempre será alvo de avaliação em processo de revisão periódica ou ordinária⁵⁹, que no caso dos módulos concessórios de saneamento básico, por exemplo, ocorrem a cada quatro anos, por força de dispositivo da Lei Federal nº 11.445/2007⁶⁰.

O que se dá, nesse caso, em hipótese de reformulação da modelagem da prestação dos serviços públicos, é uma revisão das condições contratuais (valor a ser pago na tarifa ou

⁵⁸ Tais incertezas não rondam apenas os contratos em módulos concessórios, mas a própria lógica econômica que introduz grande processo de digitalização nas atividades humanas. Como bem observa Antônio Carlos Aguiar: “[...] o processo de ‘digitalização’ contribui diretamente para seu espraiamento e real utilização, gerando uma diminuição dos empregos tradicionais e a utilização, cada vez mais atuante e pujante, de *softwares* que substituem, inovam e criam alternativas completamente diferentes, para diversos tipos de trabalho, até então (re)conhecidos e tidos como economicamente adequados. Acrescentam-se, ainda, a todo esse processo econômico-mutante, outras influências, que vão desde pressões financeiras sobre as empresas para novas reduções de pessoal, até a entrada no mercado de trabalho da geração *Milennial*, que traz consigo, como consequência, uma realidade funcional diferente e nova, em que as pessoas tendem a não se fixar mais em empregos e tipos de trabalho, sendo ao certo que ao longo de suas vidas passam por experiências profissionais diversificadas”. Cf. AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018. p. 39.

⁵⁹ Para melhor compreensão do termo revisão periódica ou ordinária, utilizamos um conceito regulatório trazido pela Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARES-PCJ, que em sua Resolução nº 303/2019, destaca: “Art. 2º Para os fins desta Resolução são adotadas as seguintes definições: [...]XIII - REVISÃO ORDINÁRIA: mecanismo utilizado para a reavaliação contratual das condições gerais da prestação dos serviços, tarifas praticadas e seus preços públicos, necessidade de reaparelhamento e modernização do sistema e, também, eventual distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários, observando-se, sempre, o intervalo mínimo de 04 (quatro) anos.”. Disponível em: <http://www.arespcj.com.br/arquivos/49794_Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_303_2019_-_Procedimentos_de_reajustes_e_revis%C3%B5es_para_as_Concess%C3%B5es_e_PPPs.pdf>. Acesso em 26 nov 2019.

⁶⁰ Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser: I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado; [...]

na contraprestação), repercutindo, no caso de incidência dessas situações, em uma divisão dos ganhos de produtividades ou, dependendo do caso, de repartição de vantagem econômica auferida.

Em uma última constatação, podemos inferir que eventuais perdas ou redução de quadro de pessoal da concessionária em processo de informatização ou mecanização (que caracterize redução de seu custo de operação) vai ser apropriado parcialmente pela sociedade em geral, pois terá reflexo direto no valor a ser pago na tarifa ou na contraprestação.

Os interesses da concessionária e do poder concedente são convergentes nesse ponto, pois a revisão contratual garantirá a partilha do proveito econômico da inovação.

1.2.3. Tarifa módica

Em que pese a titularidade dos serviços públicos seja reservada ao Estado, o seu exercício, como forma de descentralização, pode ser transferido a terceiros, mediante regras estabelecidas pelo Poder Público. Tanto é que a Constituição Federal prevê expressamente a possibilidade de execução de serviços públicos mediante ato concessório ou permissionário (art. 175, CF).

Ainda que executados por terceiros, os serviços públicos preservam sua natureza jurídica de atividade pública, conservando a aplicação dos princípios da continuidade e da mutabilidade.

Na esteira da avaliação principiológica, merece destaque a modicidade da tarifa, notadamente por sua repercussão econômica e o potencial de afetar diretamente a capacidade de pagamento do usuário-consumidor.

O princípio da modicidade tarifária, definido no art. 6º, §1º, da Lei Geral de Concessões, traz como pressuposto de serviço adequado a garantia de tarifa módica e que possa garantir o acesso a todos os usuários⁶¹.

⁶¹ Nesse sentido, Augusto Neves Dal Pozzo aponta: “Veja-se, pois, a importância do princípio da modicidade das tarifas: é ele que, indubitavelmente, obrigará o Estado a promover a prestação dos serviços públicos em valores que possam ser suportados pela população, em flagrante harmonia com o princípio do solidarismo e da dignidade da pessoa humana”. Cf. DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 99.

Entender as possibilidades de acesso – como condição inclusiva daqueles que não podem pagar e o seu preço adequado – são tarefas complexas, que devem ser tratadas pela legislação setorial de cada serviço, respeitadas as peculiaridades de cada atividade⁶².

Exemplo rico de arranjo legal de modicidade tarifária é encontrado na Política Nacional de Saneamento Básico (Lei Federal nº 11.445/2007), que reconhece posições de desigualdades e fragilidades potenciais de consumidores e insere categorias de subsídios diferenciados.

Na lei, há delegação à agência reguladora para definição de categorias (residencial, comercial, industrial e filantrópicas), faixas de consumo (quanto maior consumo maior o valor do metro cúbico de água, com vistas ao uso consciente e racional) e subsídios específicos (tarifa social para usuários de baixa renda, isenções para prédios públicos e tarifas reduzidas para entidades filantrópicas)⁶³.

Importante frisar que a fixação de tarifas sociais significa ausência de pagamento para contraprestação economicamente necessária para a rentabilidade da exploração ou a manutenção da equação econômico-financeiro dose serviços.

Portanto, a diferença a menor, que deixa de ser produzida em virtude da fixação do subsídio, tem de ser coberta de outra forma, o que pode ser feito por subsídio estatal ao concessionário ou pela incorporação desse custo nas tarifas pagas pelos demais usuários – o que ocorre na maioria dos casos.

Seria um equívoco afirmar que esse serviço seria prestado gratuitamente. Existe um custo e cabe uma remuneração. O preço não será pago pelo usuário carente, mas será arcado pelo Estado ou pela sociedade⁶⁴.

⁶² Destacando as possibilidades de subsídios para viabilidade, bem como de indução à modicidade da tarifa, Rafael Wallbach Schwind, anota: “A ideia de subsídio estatal está relacionada, portanto, à *viabilização* de um arranjo segundo parâmetros definidos pelo Estado. No caso de um benefício tarifário, o parâmetro consiste numa limitação do valor da tarifa, mas pode haver outras imposições relacionadas a prazos, investimentos, entre outras”. Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 204.

⁶³ Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: [...] IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; [...] IX - subsídios tarifários e não tarifários; [...]

⁶⁴ Nesse sentido conferir: BINENBOJM, Gustavo. Isenções e descontos tarifários de caráter assistencial em serviços públicos concedidos: requisitos de validade e eficácia. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

Como pondera Marçal Justen Filho⁶⁵ “Usa-se tarifa social para indicar opções políticas de promover variação da tarifa em função da ausência de recursos do usuário; aquele que não dispuser de riqueza não perde, desse modo, o acesso aos serviços públicos”.

Para ilustrar a relevância de pensar e de praticar a modicidade, apontamos o caso do transporte público urbano. A lei estabelece o princípio da modicidade tarifária, o que significa que as tarifas cobradas têm de ser compatíveis com a renda dos usuários pagantes.

Não existem parâmetros, no entanto, para definir qual o nível tarifário adequado que atende a tal preceito legal, a Política Nacional do Vale-Transporte (Lei nº 7.418/1985), por exemplo, estipulou um limite máximo de 6% da renda dos trabalhadores beneficiados como o impacto máximo tarifário que um trabalhador poderia ter. Analisando-se os gastos das famílias das metrópoles brasileiras com transporte público, por meio da Pesquisa de Orçamento Familiar – POF e conforme o parâmetro estabelecido pela política do vale-transporte, observa-se que para as faixas de renda mais baixas o impacto médio chega a até 11%, um indicativo claro de que o preceito da modicidade tarifária não está sendo muito observado, principalmente para os principais destinatários, as classes mais baixas⁶⁶.

E qual a preocupação com esse princípio e regra que deve reger as contratações de infraestrutura em modelos concessórios? Exatamente pelos problemas decorrentes de inúmeras modelagens inadequadas de editais que levaram a tarifas exorbitantes e a valores quase que impossíveis de serem pagos pelo Poder Público em muitos contratos que tem aporte de recursos públicos, como nos casos de parcerias público-privadas.

Por mais que seja um tendência mundial a contratualização de atividades próprias da Administração Pública⁶⁷, temos relatos recentes de ausência de planejamento qualificado – principalmente orçamentário e tarifário –, que levaram à manifestação de preocupação do órgão de controle do Estado de São Paulo – Tribunal de Contas do Estado (TCE)⁶⁸ e registros

⁶⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 375.

⁶⁶ Nesse sentido conferir: CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil*. Texto para discussão 2192. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, abr. 2016.

⁶⁷ Destaca Maria Eduarda Azevedo que: “[...] em grau variável, mas de forma crescente e continuada, este esquema de associação entre as esferas pública e privada [as parcerias público-privadas] é utilizado pela generalidade dos países em todos os continentes, independentemente do regime político, nível de desenvolvimento e sistema legal, circunstância que concorre para conferir à abordagem uma dimensão mundial inegável” Cf. AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 135.

⁶⁸ O Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, Antonio Roque Citadini, em artigo que lança luz sobre as contratações de parcerias público-privadas, aponta: “O Brasil precisa tirar lição dos resultados de tais parcerias em outros países. Aqueles países que se entusiasmaram demais e se descuidaram do controle orçamentário necessário para o acompanhamento dos resultados dos empreendimentos contratados como PPPs,

de insucessos de contratações em Portugal⁶⁹, que devem servir de parâmetro para os nossos novos projetos de infraestrutura que serão gestados, principalmente para que não haja excesso de comprometimento de receitas públicas nem oneração do usuário-consumidor dos serviços.

1.3. Concessão: a delegação contratual de direitos e deveres

Feitas as considerações introdutórias sobre as bases principiológicas relevantes para o estudo, passamos à avaliação de temas relevantes ao acompanhamento e à gestão dos módulos concessórios.

Nas clássicas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁰: “pela natureza e consequências jurídicas, a concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado, que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários”, ou seja, a pactuação prévia no âmbito administrativo traz consigo uma carga de preceitos e de fundamentos relevantes que devem ser avaliados em eventuais disputa ou controvérsias⁷¹.

A preocupação que se reserva é a natureza dos efeitos decorrentes da concessão, que, apesar de sua pactuação entre concedente e concessionária, gera efeitos trilaterais⁷²,

estão em apuros agora para suportar o pagamento dos compromissos que assumiram. Exemplo deles é Portugal e Grécia”. Cf. CITADINI, Antonio Roque. *Cuidado com as PPPs*. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2018, Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/20190214%20-%20Artigo%20ARC%20PPPs.pdf>>. Acesso em 30 mai 2019.

⁶⁹ Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques destacam: “[...] se as principais causas para renegociar se prendem com razões do lado do Estado – previsões demasiado otimistas e alterações unilaterais de contrato – não se estranha que a esmagadora maioria dos processos de renegociação resulte num aumento de encargos para o setor público, seja através de compensações diretas, seja por via indireta, através de reduções do objeto do contrato ou prorrogações contratuais, assim como um agravamento de custos para o utilizador – aumento de tarifas”. Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. p. 189.

⁷⁰ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 757.

⁷¹ Aqui vale a ressalva de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apontar que: “A Administração Pública, no contrato de concessão, como em todos os contratos administrativos, dispõe de determinados poderes que a colocam em situação de supremacia em relação ao contratado. Essa desigualdade é inerente ao regime jurídico administrativo, sempre caracterizado pelo duplo aspecto: *prerrogativas*, necessárias à satisfação do interesse público, e *restrições*, indispensáveis para a salvaguarda dos direitos individuais. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 102.

⁷² Pela classificação de Egon Bockman Moreira a relação jurídica na concessão “É *relação administrativa complexa* porque deriva da justaposição de três elementos de natureza díspar entre si: um *ato administrativo de outorga*, um *regime estatutário exclusivo* e um *contrato administrativo especial*.” Cf. MOREIRA, Egon Bockman. Op. cit., p. 91.

notadamente por alcançar terceiros estranhos à celebração do ajuste, que são os usuários dos serviços públicos⁷³.

Ou seja, a transparência, a motivação, os objetivos justificadores da delegação e um eficaz e atuante controle interno (Concedente) e externo (Legislativo, Tribunais de Contas e Agências Reguladoras) são fundamentais para avaliar o desempenho e trazer contornos de legalidade e lisura à prestação de serviços públicos, mitigando, assim, possibilidades de problemas que afetem a qualidade e a continuidade de contratos.

Enquanto delegatária de atribuições inerentes ao poder público, a concessionária submete-se a um regime rígido de deveres, que devem ser pautados sempre pela continuidade dos serviços. Evidente que grande parte do atrativo para a empreitada das empresas em tais atividades é a interessante retribuição por atuar em ramo de atividade – na maioria dos casos, acobertada pela exploração de atividades estatal em regime de monopólio natural⁷⁴, o que incentiva muitos a assumirem o risco de operação⁷⁵.

A situação de monopólio natural não pode ser entendida como privilégio a certo agente econômico, mas, sim, significa que aquele bem ou serviço só pode ser prestado de forma eficiente se o for por uma só empresa. Constata-se essa que se acentua nos serviços públicos – os quais, por definição constitucional –, *devem ser prestados* ao cidadão. Por isso que se dá a existência, em determinados contratos públicos, de *proibição de ingresso* de novos agentes⁷⁶.

⁷³ Nas lições de Hely Lopes Meirelles: “Contrato privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do Direito Privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade. Contrato semipúblico é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público. Contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis* causa, sob a égide do Direito Público” Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 1991. p. 156.

⁷⁴ Os monopólios naturais, como ressalta Richard Posner: “tem relação direta com a tecnologia de produção, pois a redução do custo da tecnologia ou mesmo sua modificação é capaz de minorar os efeitos da economia de escala, possibilitando a quebra do monopólio”. Cf. POSNER, Richard. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999. p. 1.

⁷⁵ Para melhor compreensão da terminologia adotada, vale destacar a diferença entre monopólios jurídicos e monopólios naturais, apresentada por Vitor Rhein Schirato: “[...] vê-se que a distinção primordial entre os monopólios jurídicos e monopólios naturais consiste no fato de que *os primeiros são decorrentes de determinação expressa do ordenamento jurídico e os segundos são decorrência de uma situação de fato*, na qual confluem elementos de índole econômica, ambiental e urbanística que impedem a exploração de atividade por múltiplos agentes econômicos”. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-03092012-110406. Acesso em: 2019-07-02.

⁷⁶ Cf. MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 338.

O setor de água e de esgotamento sanitário é exemplo típico de monopólio natural, em que é mais eficiente haver apenas um agente econômico explorando os serviços, pois se mostra inviável a solução técnica que permita a concorrência do lado da oferta, já que são altos os investimentos imobilizados, os riscos são elevados e o retorno financeiro de tais aportes financeiros somente ocorrem em longos prazos⁷⁷.

A preocupação que se lança é sobre a crescente e incentivada abertura para a contratualização através de módulos concessórios sem que haja um adequado olhar para as implicações dessa contratação altamente especializada e complexa.

É fundamental constituir uma equipe capacitada e estruturada do Poder Público para aprofundados e consistentes estudos técnicos prévios, editais bem elaborados e com visão estratégica dos conceitos específicos das concessões.

Infelizmente, tais planejamentos não ocorrem – notadamente no âmbito municipal –, pois são contratos raríssimos, às vezes feitos a cada 30 anos pelo Poder Concedente, o que leva à falta de *expertise* para modelagem e, por fim, à baixa capacidade de fiscalização da qualidade dos serviços públicos que serão prestados.

O termo concessão ainda é visto com muita reserva por dirigentes públicos, pois tem baixa adesão popular e vive à sombra do falso conceito de entrega do patrimônio público, e até mesmo da soberania, para o “privado”.

O entendimento de que a concessão não transfere a titularidade ao privado, mas tão somente a execução por prazo determinado, e que haverá um órgão técnico regulador designado para acompanhar as atividades contratualmente delegadas, ainda está bastante distante da compreensão do cidadão.

Dessa forma, somente com um instrumento contratual arrojado, dotado de claras premissas, um titular (poder concedente) consciente de seu papel de gestor de contrato e um regulador independente e capacitado, estaremos diante de cenário de segurança jurídica para a modelagem contratual de módulos concessórios no Brasil.

⁷⁷ Ainda citando Egon Bockman Moreira, que traz interessante trecho da obra de Richard Schmalensee, apontando que: “Several of the classic public utilities industries, such as water and sewer services and the local distribution of gas and electricity, involve networks along which something is transmitted from (or to) a relatively small number of locations to (or from) a relatively number of geographically dispersed demanders (or suppliers). [...] if these are everywhere decreasing average costs of transmission within the network, such distribution systems are natural monopolies. Water supplies provide a simple illustration [...]”. (SCHMALENSEE, Richard. *The control of natural monopolies*. Lexington, Lexington Books, 1979, p. 4). Cf. MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 339.

1.3.1. Objetivos públicos justificadores da concessão

Ponto de enfoque, nesse tópico, são as causas justificadoras para a delegação dos serviços públicos.

Os serviços públicos delegados são, muitas das vezes, de fruição essenciais e prestados com exclusividade em regime de monopólio natural.

A questão que permeia a concessão de serviços nas discussões políticas sempre é pautada pelas vantagens do Estado em atribuir ao privado a prerrogativa de explorar serviço de grande utilidade aos cidadãos-usuários.

Em uma rápida avaliação de demanda e de oportunidades, teríamos a conclusão que a delegação é um péssimo negócio, já que tais serviços, marcados pela essencialidade e exclusividade, são garantias de autossuficiência arrecadatória e fonte de tranquilo custeio para as despesas fixas, dando margem até mesmo para *superávit* à Administração Pública.

Para afastarmos afirmações pautadas no senso comum e sem qualquer lastro de técnica, são necessários estudos técnicos motivados e com razões convincentes.

Infelizmente, tais estudos são raros, e a ausência de debates aprofundados e sérios sobre os rumos dos serviços públicos acabam por falhar no aprimoramento da atividade estatal que deve ser legitimada pelo interesse da sociedade.

Entender um processo concessório é, antes de mais nada, compreender que:

[...] muito embora a concessão de serviços seja atividade empresarial autônoma, isto não significa dizer que concedente e concessionária estejam em polos opostos. A rigor, a contratualização do vínculo instala a obrigação de colaboração recíproca – não só no que respeita objeto próprio do contrato, mas também quanto a deveres laterais de conduta que precisam instruir a conduta das partes⁷⁸

E, na lógica de trilhar objetivos públicos justificadores da delegação, passamos pela necessidade de atração de investimentos externos para a avanços de infraestrutura, tanto para a universalização de serviços ainda deficitários, quanto para a expansão e atendimento à crescente demanda de novos usuários.

O segundo ponto apresentado rotineiramente como justificador da concessão, porém bastante controverso, reside na especialidade e na flexibilidade do privado para obtenção de melhores indicadores de qualidade e de eficiência na prestação dos serviços.

⁷⁸ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviços públicos: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, 2012. p. 112.

A afirmação não tem lastro de concretude absoluta, e exceções precisam ser lançadas. Acompanho a posição defendida por Floriano de Azevedo Marques Neto⁷⁹, ao destacar: “É certo que isso não é garantido *per se*. Nem há razões para se acreditar, sempre, que os particulares sejam mais eficientes na exploração de uma atividade que os entes estatais. [...] Mas, regulada adequadamente em um pacto concessório, pode ensejar benefícios de otimização e qualificação da prestação que sejam revertidos para os usuários”.

Dessa forma, a opção constitucional dada ao gestor público, nos termos do art. 175 da Carta da República, para exercício de sua titularidade para definir o prestador, deve ser cada vez mais pautada na transparência e no dever de informação.

Como se sabe, pelo texto constitucional, “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”, razão pela qual, a apresentação dos motivos justificadores é relevante.

As regras legais setoriais⁸⁰ pautam formalidades, dentre elas: regime da empresa concessionária, caráter do contrato e sua prorrogação, condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão, direitos dos usuários, política tarifária e obrigação de serviço adequado.

Além de tais requisitos, é fundamental avançar na participação da sociedade e na modelagem de instrumentos efetivos de transparência⁸¹.

O apreço e o fomento à participação social, como aponta Gustavo Justino de Oliveira⁸², qualificam as decisões, sendo que: “A realização de audiências públicas nos processos administrativos vem de encontro com o postulado de legitimidade do poder, inerente ao Estado democrático de direito. Está relacionada com a aplicação dos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República”.

⁷⁹ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 180-181.

⁸⁰ Art. 175 [...] Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

⁸¹ Citemos, por exemplo, a previsão expressa do art. 11, inciso IV, da Política Nacional de Saneamento (Lei Federal nº 11.445/2007), que condiciona a validade dos contratos de concessão, à realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação e sobre a minuta do contrato. Aliás, falta isonomia das questões de divulgação e participação social quanto se trata de contrato de programa firmado nos termos da Lei Federal nº 11.107/2005, para prestação de serviços em saneamento, que não obriga a realização de audiência ou consulta públicas para justificar e validar a dispensa de licitação.

⁸² Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 32.

Aprimorar a participação da sociedade, bem como dar voz aos usuários são premissas pouco exploradas na prática contratual da Administração, mas que fazem todo sentido quando tratamos da motivação e da transparência das escolhas públicas.

Pensar além do mero formalismo de motivação do ato administrativo, enquanto requisito de legalidade dos contratos, mas na necessária publicidade da prestação de contas e avaliação das metas e indicadores dos contratos, ainda é um desafio presente na realidade dos módulos concessórios.

Novas metas surgem com a acessibilidade às informações (pelo mecanismo de transparência)⁸³, conforme desenhado pela Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011)⁸⁴, pois somente com o conhecimento dos dados e das dificuldades inerentes a cada serviço será possível apresentar ao cidadão propostas de melhorias e de enfrentamento dos problemas do Poder Público.

A preocupação com a gestão da informação pública não é apenas do Brasil, existindo relatos de recomendações também em Portugal, onde há críticas de falta de acesso e de transparência.

Apontam Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques, que: “As PPP, mais concretamente, os contratos e seus termos de renegociação são inacessíveis à população em geral. Esse secretismo não é compreensível nem legal. Todos os contratos deveriam estar disponíveis e acessíveis ao público, uma vez que configuram contratos administrativos entre o Estado e entidades privadas para a gestão de serviços públicos de interesse geral⁸⁵”.

Tratando o tema com propriedade, destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro⁸⁶:

⁸³ Muitos ainda são os desafios para implantação da Lei de Acesso à Informação no Brasil, como destaca Gregory Michener: “Diferentes instituições e jurisdições utilizam sites com estruturas, terminologias e formatos diferentes que incomodam e confundem os cidadãos, e impedem o uso padronizado de robôs para avaliar a transparência. Da mesma forma, as informações sobre remuneração e benefícios, especialmente do Judiciário, são frequentemente fornecidas em formatos fechados e explicadas em linguagem tão truncada ou misteriosa que são ininteligíveis - até para acadêmicos da área do direito. Todos esses desafios sugerem a necessidade de padronização e simplificação - melhor governança da informação por meio de uma autoridade central forte”. Cf. MICHENER, Gregory; CONTRERAS, Evelyn; NISKIER, Irene. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 619, Ago. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext &pid=S0034-76122018000400610&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122018000400610&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 jun 2019.

⁸⁴ Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: [...] VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; [...].

⁸⁵ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. p. 196.

⁸⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 223.

Não há dúvida que a exigência [de transparência e participação] é útil em termos de participação dos interessados. Mas ela será inútil para o cumprimento dos princípios da democracia participativa se as sugestões não forem efetivamente examinadas e a recusa devidamente justificada. A consulta não pode transformar-se em mero instrumento formal para dar aparência de legalidade à exigência [...]”.

Essa nova concepção de administração gerencial⁸⁷, introdução de flexibilidades com a troca de controles formais por controles de resultados, além de maior transparência na motivação das decisões e na sua divulgação, são novidades e foram bem consolidadas nas ideias apresentadas por Carlos Ari Sunfeld⁸⁸, ao apontar que: “As visões estão mudando, há novos conceitos a elaborar, há experiências a consolidar e muito debate ainda a fazer. Não é um momento fácil para quem quer entender o direito administrativo, mas é fascinante para influir em sua construção”.

1.3.2. Limites dos direitos transferidos aos privados

Importante reflexão a ser feita, ainda, trata dos direitos transferidos aos privados e os seus respectivos limites nos modelos concessórios⁸⁹.

De modo especial, para que se possa entender o que a Administração Pública espera da concessionária, são necessários aprimoramento qualitativos e quantitativos dos serviços delegados, o que remete a investimentos em infraestrutura e expansão das atividades para atingimento da universalização.

Nessa esfera de transferência das atividades do público para o privado, citamos dois pontos que merecem atenção: a forma de organização dos serviços públicos concedidos e a gestão empresarial.

⁸⁷ Atento a uma Administração Pública voltada para resultados através do uso de metas, destacamos as lições de Rodrigo Pagani de Souza, ao apresentar movimento que: “[...] visa a atender a certa *reivindicação de parâmetros mais precisos de controle* da gestão pública. O puramente baseado em valores e princípios jurídicos abstratos começa a dar sinais de fadiga. Começa-se a questionar a insegurança jurídica provocada por um controle que se apegue a tais valores e princípios, descurando de regras ou mesmo metas que concretizem o propósito da gestão pública”. Cf. SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 55.

⁸⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 54.

⁸⁹ Estudo aprofundado sobre os direitos transferidos aos privados nos modelos concessórios pode ser consultado em: MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-24112009-131838. Acesso em: 2019-07-01.

No tocante à forma de organização dos serviços públicos pelo privado, temos claras limitações, notadamente por imposições e regras trazidas pelo contrato e pelas normas regulatórias do setor.

Tais normativos tendem a ser dinâmicos e alinhados com os anseios da sociedade e com as novas tecnologias, refletindo um novo conceito de regulação, pautado em padrões e normatizações técnicas, ambientais e econômicas.

Já no segundo tópico, a gestão empresarial (gestão interna do negócio), não é matéria de disciplina por meio da concessão, do contrato ou de normativo do regulador.

Vale o comentário de Floriano de Azevedo Marques Neto⁹⁰, ao anotar que:

[...] a concessão não é instrumento de descentralização, não faz da concessão parte da Administração Pública. Bem é verdade que a Constituição (art. 175, parágrafo único, inc. I) alude ao fato de que a lei deveria prever ‘o regime das empresas concessionárias de serviços públicos’. Contudo, a Lei nº 8.987/1995, ao tratar da concessionária, não trouxe qualquer norma que a fizesse sujeita ao regime de direito público no tocante à sua gestão.

E vamos além, nas oportunidades de manifestação da Lei Geral de Concessões, tanto no regime de contratos com terceiros (art. 25, §2º), quanto nas questões de pessoal (art. 31, parágrafo único), tivemos a sujeição ao regime de direito privado.

Ou seja, a Administração Pública deve centrar seus esforços e estudos técnicos na definição da organização da atividade, notadamente à garantia do serviço público contínuo e acessível (pela universalidade e pela tarifa módica) e com base em premissas de boas práticas tecnológicas (atuais para mitigar impactos ambientais).

Para Oliver Eaton Williamson⁹¹: “O contrato, no contexto da racionalidade ilimitada, é descrito, portanto, como um mundo de planejamento”.

A afirmação vale, também, para os contratos de terceirização⁹², que adiante serão apresentados como atividades inerentes, cabendo à empresa concessionária a sua contratação e gerenciamento, sem possibilidade de participação do Poder Público em tal gestão.

Ponto positivo desse entendimento que está se solidificando é que a livre iniciativa e a liberdade econômica devem ser respeitadas, cabendo ao concessionário atentar

⁹⁰ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Op. cit., p. 181-182.

⁹¹ Cf. WILLIAMSON, Oliver Eaton. *As instituições econômicas do capitalismo*: firmas, mercados, relações contratuais. São Paulo: Pezco Editora, 2012. p. 26.

⁹² Aponta Fernando Dias Menezes de Almeida, que: “Os contratos indicados expressamente no art. 1º da Lei n. 8.666/93, encontram sua definição na própria Lei. Mas independente do nome, têm identidade de objetos com contratos definidos pelo Código Civil”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 286.

para as normas da entidade regulatória setorial, que é formatada no modelo de autarquia em regime especial, e tem ganhado respeitabilidade e desejável segurança jurídica⁹³ às partes contratantes.

No tocante à organização empresarial e aos conflitos decorrentes de tensões entre normas públicas e privadas, tais como interesses coletivos dos trabalhadores e interesses da sociedade, no caso de greve, vamos além da discussão jurídica.

As conhecidas inquietações político-filosóficas de Aristóteles⁹⁴ apontam que: “De fato, ainda que o bem seja idêntico tanto para um indivíduo quanto para a cidade, revela-se melhor e mais perfeito compreender a preservar o da cidade; pois, se, por um lado, deve-se contentar um indivíduo apenas, por outro é mais belo e mais divino fazê-lo para uma nação e para as cidades”.

Ponto com relação direta entre as tensões entre público e privado tratado adiante discute a liberdade da concessionária para definir estratégias empresariais e quais os seus limites frente à livre iniciativa?⁹⁵.

A liberdade econômica e a livre gestão empresarial, como se verá à frente, não são incompatíveis com as finalidades verdadeiramente públicas, cabendo ao contrato, através de seu plano de negócios validado em licitação estabelecer balizas mínimas.

Fundamos a afirmação nos argumentos de Nelson Mannrich⁹⁶, ao destacar que, ao lado do trabalho como valor, encontra-se, igualmente, na base do Direito do Trabalho, a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica. Pondera, também, que a atual Constituição da República se pauta pela realização da justiça social, o lucro a ser perseguido

⁹³ Em proposta acadêmica liderada por Carlos Ari Sundfeld, intitulada “Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades públicas da regulação”, destaca que: “A liberdade econômica não é incompatível com as finalidades verdadeiramente públicas que inspiram a regulação. O equilíbrio ambiental, a coesão social, a segurança das instalações e a qualidade da infraestrutura pública são fundamentais não só à sociedade, mas também ao mercado. O que não pode existir é regulação de pura retórica, cujos compromissos sejam consigo mesma, não com as finalidades públicas”. Texto em versão final disponível para consulta em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economica_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf>. Acesso em 01 jun. 2019.

⁹⁴ Cf. Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza, 4ª reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2017. p. 18.

⁹⁵ No citado texto de proposta liderada por Carlos Ari Sundfeld, é afirmado que: “Afinal, a livre iniciativa é um valor constitucional (CF, art. 1º, IV e art. 170, caput). Mas até hoje ela não mereceu uma lei nacional estruturante, ao contrário de outros valores constitucionais do art. 170, como a proteção do trabalho humano (feita pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e outras leis), do consumidor (Código de Defesa do Consumidor), do meio ambiente (objeto de várias leis nacionais) e mesmo das empresas de pequeno porte (Estatuto Nacional da Microempresa - lei complementar 123, de 2006)”. Texto em versão final disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta-de-lei-nacional-de-liberdade-economica-sbdp-fgv-Direito_sp.pdf>. Acesso em 01 jun. 2019.

⁹⁶ Cf. MANNRICH, Nelson. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma?. *Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 58, p. 31-47, mar./abr. 2017. p. 34.

pela livre iniciativa não se justifica por si mesmo, subordinando-se à função social da empresa. É nesse sentido que se deveria interpretar o caput do art. 7º, ao vincular direitos assegurados aos trabalhadores na perspectiva da melhoria de sua condição social, servindo de norte ao empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, no contexto da valorização do trabalho.

Trazemos para o debate a experiência de Portugal, que se assemelha às discussões travadas nesse ponto no Brasil e se incomoda com a relação entre interesse público⁹⁷ e livre iniciativa.

Na opinião de Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques⁹⁸:

Existe ainda a ideia (errada) de que a monitorização dos contratos se resume à monitorização do desempenho financeiro da Concedente, bastando para isso o respectivo relatório e as contas anual. Essa ideia é profundamente errada, porque ao Concedente não interessa, ou não compete, a monitorização do desempenho empresarial do Concessionário, tão só o contrato. E por monitorização do contrato deve entender-se a verificação dos níveis de qualidade dos serviços prestados [...] assim como o cumprimento de todos os parâmetros estabelecidos [...].

Por fim, vale citar a Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica.

A norma dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador (inciso IV, do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e caput do art. 174 da CF), ressaltando que a livre iniciativa não é o único fundamento do Estado Democrático de Direito. Merece destaque e atenção a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, posições às vezes antagônicas, porém não excludentes, que devem ser cuidadosamente conciliadas.

⁹⁷ Para uma compreensão adequada sobre o alcance da noção de interesse público no direito contemporâneo, o constitucionalista Luis Roberto Barroso, citando a distinção entre interesse público primário e secundário, retirada de clássicas lições de Renato Alessi (*Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: A. Giuffrè, 1960. p. 197), destaca que o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança, e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trata da União, quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do Erário, que é de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 92 e 402.

⁹⁸ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Op. cit., p. 199.

Enfim, tais pontos ressaltam a existência de tensões entre normas públicas e privadas, sendo que o presente trabalho busca apontar instrumentos e formas de mitigar a conflituosidade inserida nesse contexto.

1.3.3. Mecanismos de fiscalização e de regulação

Ainda tratando de aspectos relevantes dos módulos concessórios, apresentamos, em breves considerações, os mecanismos postos à disposição do Poder Concedente para a fiscalização e regulação de seus contratos⁹⁹.

Ponderamos que não merecem atenção especial, no presente tópico, mecanismos de fiscalização e regulação dos contratos de terceirização realizados pela Administração Pública.

Tais contratos são classificados por Fernando Dias Menezes De Almeida como módulos convencionais instrumentais, já que “Os contratos indicados expressamente no art. 1º da Lei n. 8.666/93, encontram sua definição na própria Lei. Mas independente do nome, têm identidade de objetos com contratos definidos pelo Código Civil”¹⁰⁰.

A dinâmica de acompanhamento da execução do objeto contratual, da gestão de indicadores e de metas e da fiscalização dos pactos é menos complexa e tem parâmetros claros definidos no próprio contrato.

No tocante aos módulos concessórios, que são tidos como ajustes administrativos complexos e com prazo de vigência superior aos contratos públicos instrumentais (no caso da Lei Federal nº 8.666/1993, limitados a 60 meses), tivemos expresso reconhecimento do legislador de cláusulas exorbitantes, mutabilidade e flexibilidade em relação ao objeto inicial do contrato.

Outra característica marcante do módulo concessório é a apresentação de cláusulas genéricas com menor grau de detalhamento de seu conteúdo, já que a longa

⁹⁹ Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “No direito brasileiro, começou-se a falar em regulação e em agências reguladoras com o movimento de Reforma do Estado, especialmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e introdução da ideia de competição entre concessionárias de serviços públicos, entendeu-se necessário ‘regular’ as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar a regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 230.

¹⁰⁰ Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 286.

vigência do pacto concessório pode trazer dificuldades para a aplicabilidade e interpretação de conteúdos muito específicos.

Na esfera dos módulos concessórios, são usuais diversos tipos de cláusulas gerais.

De um lado, notam-se cláusulas gerais restritivas, fundadas nos ditames do art. 37 da Constituição Federal e, de outro lado, a flexibilidade para interpretação de acordo com o momento e as circunstâncias vivenciadas.

Evidente que a flexibilidade não pode ser irrestrita, absoluta, pois há uma relação própria de direito administrativo, fundada em parâmetros dos princípios da moralidade, legalidade, publicidade, entre outras condições da legislação específica (Lei de licitações e Contratos e Lei Geral de Concessões).

Além de tais pontos que revelam características *sui generis* da contratação, temos a dinâmica dos mecanismos de fiscalização¹⁰¹ (para atingimento de metas e indicadores de desempenho) e as regras com parâmetros para a regulação econômica dos contratos.

Podemos destacar, então, que os módulos concessórios, em contraponto aos módulos convencionais instrumentais, possuem particularidades em relação à fiscalização.

É perceptível o novo papel referenciado ao Poder Concedente com a inserção do ente regulador. Estamos diante de nova instância de acompanhamento dos serviços públicos delegados, com autonomia, independência e pessoal altamente especializado.

A regulação é definida por Philip Selznick¹⁰² como um controle permanente e concentrado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades dotadas de certo valor social.

Num sistema “clássico” de regulação dos serviços públicos, o regulador assume a maioria das decisões. O serviço é desenvolvido segundo um planejamento central e as condições de exploração são estabelecidas com grande detalhamento. O objetivo nuclear é o controle do sistema e dos seus operadores¹⁰³.

¹⁰¹ Egon Bockmann Moreira, aponta: “A fiscalização das novas concessões de serviços públicos tem alto custo. São projetos complexos, que envolvem mais de uma atividade econômica a ser supervisionada (incluindo-se aí aquelas que geram receitas acessórias, secundárias ou de projetos associados), desenvolvidos em longo prazo e com número indeterminado de usuários. De usual, os contratos preveem o cumprimento de metas e convivem com reiterados avanços tecnológicos e fortes investidas de concorrentes. A fiscalização deve estar atenta também ao mercado exógeno à própria concessão, que muitas vezes acelera (ou atenua) o ritmo dos serviços concedidos – desde sua prestação até sua mutabilidade”. Cf. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 202.

¹⁰² Cf. SELZNICK, Philip. (1985) Focusing Organisational Research on Regulation. In: NOLL, R., Ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley. p. 363.

¹⁰³ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004. p. 604.

Inúmeros poderes podem ser atribuídos às agências reguladoras independentes, para exercício com margem de autonomia em face do restante da Administração Pública.

Não significa que o “poder concedente” seja a agência reguladora. A dissociação de competências entre órgãos e sujeitos estatais é decorrência da procedimentalização e do desenvolvimento de instrumentos de controle da atuação administrativa estatal¹⁰⁴.

A agência reguladora¹⁰⁵ é formatada no modelo de autarquia em regime especial e tem grande relevância social.

Precisa conhecer em profundidade o contrato a ser regulado, pois o instrumento jurídico será a fonte básica de regras para mensuração da qualidade dos serviços. Desafio a ser enfrentado é ponderar com exatidão os mandamentos genéricos inseridos e a projeção no tempo para as metas e indicadores.

Adicionem-se às dificuldades inerentes aos institutos concessórios a inevitável opção a ser partilhada com o prestador do serviço em relação a novas tecnologias, a receitas acessórias ou complementares e a manutenção do equilíbrio das tarifas¹⁰⁶.

Dentre suas atribuições, é importante compreender que o regulador desempenha funções administrativas de diversa ordem¹⁰⁷. É titular de competências regulamentares para

¹⁰⁴ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 712.

¹⁰⁵ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] agência reguladora, em sentido amplo é, no direito brasileiro, qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta, com função de regular a matéria específica que lhe é afeta. Em sentido restrito, e abrangendo apenas o modelo mais recente, a agência reguladora é entidade da Administração Indireta, em regra autarquia em regime especial, com a função de regular a matéria que se insere em sua esfera de competência, outorgada por Lei. Sendo entidade da Administração Indireta, está sujeita ao princípio da especialidade, significando que cada qual exerce e é especializada na matéria que lhe foi atribuída por Lei.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. Op. cit., p. 231.

¹⁰⁶ Pondera Floriano de Azevedo Marques Neto: “[...] Dado o fato de ser um contrato continuado, que afeta várias classes de interesses, esse pacto deve conter regras procedimentais e de interação entre os diferentes agentes envolvidos. Daí a importância de o contrato: prever regras, por exemplo, obrigando que o concessionário dê adequado processamento às queixas do usuário, apresentando relatório ao regulador; conter o procedimento detalhado para revisões tarifárias (ordinárias e extraordinárias), inclusive admitindo a participação das diferentes classes de usuários nesse processo; ou trazer previsão sobre o modo de solução amigável de divergências contratuais (art. 23, inc. XV), o que não se confunde com a recomendável adoção de procedimento arbitral para solução de controvérsias (art. 23-A, inserido pela Lei nº 12.196/05)”. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*, Op. cit., p. 202.

¹⁰⁷ Em estudo de referência sobre o tema de regulação, Calixto Salomão Filho, destaca o papel primordial do Estado em uma nova e necessária reconfiguração de suas funções “Implica atribuir outra função, talvez até mais onerosa. Em vez de gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe fazer algo que o particular e o mercado jamais farão. Incumbe-lhe *redistribuir*. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive do campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos. [...] A redistribuição pode ser direta – como ocorre, por exemplo, quando a regulação exige dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores (ou candidatos a consumidores) que a eles não tem acesso. É o que se tem, ultimamente, chamado de *universalização de serviço*. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação, desenvolvimento e meio ambiente*. In: *Regulação e desenvolvimento: novos temas*, SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.), São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 29-30.

editar normas em abstrato. Dispõe de competência decisória para solucionar casos concretos. A ele incumbe, ainda, dirimir conflitos com e entre particulares, respeitadas a garantia e a universalidade da jurisdição¹⁰⁸.

A concepção regulatória de fiscalização do contrato visa à mitigação de conflitos, como apresenta a ideia de Ronald Coase¹⁰⁹, ao afirmar que agências reguladoras estatais podem funcionar igualmente como firmas, de maneira bastante específica.

Como centros reguladores, as agências irão antecipar as possíveis divergências futuras que venham a existir entre os agentes privados e direcionar a política pública de determinados negócios. Elas minimizam os custos de transação, pois evitam a necessidade de barganha entre privados ou prefixam os responsáveis por danos decorrentes do exercício de atividades empresariais¹¹⁰.

Passa a integrar, também, o arcabouço de regras de fiscalização as normas que são editadas pela agência reguladora no exercício de seu poder normativo¹¹¹, poder este reconhecido como legítimo e que justifica o exercício de sua função especializada.

Os módulos concessórios possuem peculiaridades tanto em seu conteúdo quanto em particularidades relacionadas à fiscalização, o que os insere em um ambiente de múltiplos atores de controle externo.

Seriam legitimados a exigirem informações e prestação de contas: o Concedente, por suas atribuições de titular e responsável pela gestão do contrato administrativo¹¹² e o ente

¹⁰⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 608.

¹⁰⁹ Cf. COASE, Ronald. The problem of social cost. In: *The firm, the market and the law*. University of Chicago Press; First Edition (February 15, 1990). p. 117.

¹¹⁰ Nesse sentido, complementando o raciocínio de Ronald Coase, conferir: WERNECK, Bruno Dario; RODRIGUES, Mariana Ferreira; NASCIMENTO, Marcos de Sá. Contratos privados decorrentes de parcerias público-privadas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 479-493.

¹¹¹ Entende Rafael Carvalho Rezende Oliveira, que: “A legislação confere autonomia às agências reguladoras para editar normativos, dotados de conteúdo técnico e respeitados os parâmetros (*standards*) legais, no âmbito do setor regulado. A intenção é despolitizar o respectivo setor, retirando da esfera política e transferindo ao corpo técnico da agência a atribuição para normatizar a atividade regulada. Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 150. Complementa o argumento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, anotando: “O fundamento do poder normativo das agências reguladoras seria a técnica de deslegalização (ou delegificação) que significa ‘a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)” cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

¹¹² Em conformidade com esse entendimento, as observações de Maria Luiza Machado Granziera: “No serviço público delegado a terceiros, mediante concessão, o poder concedente detém a titularidade do mesmo e o poder de fiscalização. Isso pressupõe capacidade técnica e administrativa para executar todos os atos relativos ao processo, desde decisões técnicas, elaboração de termos de referência, elaboração de edital e contrato, até a

regulador, na condição de órgão independente e especializado para definição das regras setoriais e o equilíbrio/modicidade da tarifa.

Também são legitimados à fiscalização dos interesses públicos envolvidos o Poder Legislativo do ente da Federação que realizou a concessão, o Tribunal de Contas e o Ministério Público.

A percepção inicial é que a inserção de vários atores e órgãos de controle propiciam maior transparência ao serviço delegado, porém, acaba por trazer dificuldades para a uniformização de condutas.

O aparato instalado para atender a todas as instâncias de avaliação e controle tem custo regulatório (a ser compensado na tarifa) e não é incomum problemas de entendimentos e de orientações, notadamente frente às investidas de ativismo dos órgãos de controle¹¹³ ou por recomendações do Ministério Público.

Insere-se a regulação, portanto, na lógica de atuação preventiva, com vistas à segurança jurídica, persecução da necessária estabilidade das relações entre o Poder Público e os particulares e diminuição da litigiosidade nos contratos.

A lógica de atuação *ex ante*, inovadora no sistema de controle, visa alterar a atual conjuntura das relações públicas e de atuação dos representantes da Administração.

Nas reflexões de Marçal Justen Filho¹¹⁴, a multiplicidade de instâncias de controle da atividade administrativa e a ameaça de punição aos desvios produzem mecanismos de desincentivo à atuação ativa dos agentes públicos. O resultado prático aproxima-se do pior dos mundos. Por um lado, as providências de combate à corrupção não atingem os efeitos desejados. Por outro lado, os agentes públicos hesitam em assumir responsabilidades relevantes¹¹⁵.

É o conhecido apagão das canetas!

fiscalização e o controle dos serviços prestados”. Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 112-113.

¹¹³ Uma crítica lúcida e com grande assertividade é feita por Diogo Rosenthal Coutinho ao destacar que “[...] o binômio ‘pode/não pode’ prevalece, em suma, sobre a discussão sobre ‘como se pode’ alcançar objetivos na Administração Pública. E em grande medida isso tem relação com o fato de que gestores públicos, juristas ou não, temem que as razões práticas e funcionais que dão para justificar esta ou aquela medida sejam questionadas por órgãos de controle, como os Tribunais de Contas”. Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 458.

¹¹⁴ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 25.

¹¹⁵ Diante das incertezas e buscando providências efetivas para superar a insegurança jurídica constatada foi aprovada a Lei Federal nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com vistas à ampliação da estabilidade nas relações entre a Administração Pública e os particulares.

Inobstante tais preocupações, é papel da Academia apresentar reflexões e propor modelos de aperfeiçoamento. No caso do presente trabalho, para a melhoria das autarquias em regime especial¹¹⁶ no acompanhamento do que seria o serviço adequado.

Percebe-se a vinculação dos reguladores às atividades finalísticas dos módulos concessórios (análise global da qualidade dos serviços), porém, não é seu papel da agência avaliar a cadeia de regularidade de processos e contratações (dentre eles, as terceirizações).

Somem-se a essa constatação as novas regras inseridas no ordenamento jurídico por meio da Lei Federal nº 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, e cria a figura jurídica do abuso de poder regulatório¹¹⁷.

A nova legislação não é boa para o setor regulatório e não agrega estabilidade e segurança jurídica às relações privadas decorrentes de módulos concessórios. Pelo contrário, a norma não foca em governança pública e, sob o prisma da desburocratização, traz nítido esvaziamento do poder regulatório das agências.

Com o pretexto de reforçar a liberdade econômica, o novo diploma legal está claramente desregulamentando o setor.

Sem grandes incursões em conceitos econômicos, podemos afirmar, com grande probabilidade de certeza, que mercados só funcionam bem se forem bem regulados.

Empresas e empresários bem-intencionados sabem disso e valorizam a regulação técnica, criteriosa e independente. Reguladores em posição de fragilidade, com possibilidade de terem os seus trabalhos considerados abusivos não terão o protagonismo e dinamismo necessários para alavancar uma economia capitalista que pretende ser pujante.

¹¹⁶ Com precisão Marçal Justen Filho aponta: “[...] as agências representam uma inovação significativa quanto ao desempenho da função administrativa. Mas essa inovação envolve, de modo principal a reorganização das competências administrativas. Se as agências reguladoras dispõem de competências privativas, continuam tais competências a apresentar natureza administrativa. E são ditas privativas *em face* do Poder Central”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 609.

¹¹⁷ O art. 4º da citada Lei dos direitos de liberdade econômica, no Capítulo III, que trata das garantias de livre iniciativa, dispõe: “*É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei*”. (grifou-se).

Nesse contexto, apesar dos temores com o abuso regulatório, parece relevante, em aspectos trabalhistas, agregar sugestões para o conceito de serviço adequado.

Serviço adequado não pode ser aquele que atende às metas contratuais e aos indicadores da agência reguladora.

Podemos ter, por exemplo, um serviço de saneamento prestado com regularidade, com metas e índices de tratamento da água e do esgoto excelentes, porém, os trabalhadores terceirizados de empresas subcontratadas não observam normas de saúde e segurança do trabalho. É hipótese de um serviço público adequado, porém, com problemas na cadeia de atividades de apoio a essa concessão.

Esse processo de fragmentação da atividade fiscalizatória, distribuído entre vários órgãos estatais, sem integração ou correlação com o todo do serviço concedido, pode levar a distorções¹¹⁸ e percepção sobre o adequado serviço em sua atividade final.

Idêntica preocupação é apontada em estudo da experiência portuguesa.

Para Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques¹¹⁹, das fraquezas vistas no desenvolvimento de PPP tem sido exatamente a falta de controle centralizado do processo. A responsabilidade divide-se por um conjunto de entidades da administração central, algumas de tutela financeira (DGTF e Parpública) e outras setoriais (IMTT, INIR, ERSAR, ERSE, etc.). Ademais, em alguns setores, como a saúde, foram criadas estruturas próprias, como as *Parcerias.Saúde*.

Seria bastante arrojado em termos de eficiência que a agência não observasse apenas a satisfação do usuário, a regularidade dos serviços e os investimentos realizados, mas buscasse, também, uma aferição do indicador de etapas desenvolvidas na cadeia do objeto contratual.

Com relevante apoio teórico de Luís Roberto Barroso¹²⁰, cabe entender que

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do

¹¹⁸ O alinhamento de políticas públicas regulatórias consistentes deve ser perseguido, sob pena de distorções. Nos dizeres de Alejandro Nieto: “De pouco adianta criarem-se infrações e sanções voltadas a assegurar a limpeza urbana se não forem instaladas lixeiras pela cidade. Da mesma forma, a evasão fiscal não se evita apenas com inspeções e multas, mas também com campanhas de ilustração fiscal e com a colaboração de funcionários dispostos a ajudar os contribuintes de boa vontade”. Cf. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed., Madrid: Tecnos, 2012. p. 576.

¹¹⁹ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Op. cit., p.75.

¹²⁰ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 402.

legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez, mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

Evidente que não se propõe, por exemplo, a transferência da fiscalização do trabalho para o ente regulador, porém, a preocupação com a fragmentação das atividades e o distanciamento de um processo de comunicação e de interação entre os órgãos causa temores.

O problema do distanciamento e das incertezas é reforçado com a alteração legislativa que deslocou atribuições de fiscalização do trabalho, que eram desenvolvidas historicamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego, para o Ministério da Economia, por meio da Lei Federal nº 13.844, de 18 de junho de 2019¹²¹.

O que se propõe é uma nova visão do processo de fiscalização e sancionatório de contratualização consolidado no Brasil, que é pautado tão somente em metas contratuais e na adequada externalização da atividade ao usuário.

O novo pensar é abrir a possibilidade de interação com outros indicadores e variáveis. Tal ideia foi inicialmente pensada por Ian Ayres e John Braithwaite¹²², no modelo teórico denominado regulação responsiva.

A regulação responsiva tem um viés marcadamente pragmático. Ela valoriza o contexto e os atores a que se dirige, rejeita fórmulas pré-definidas, aposta em arranjos institucionais flexíveis e leva a sério os impactos de cada medida estatal em relação ao comportamento dos agentes regulados. Tudo com vista ao sucesso da regulação. Daí se tratar de uma abordagem contextual, antifundacional e consequencialista¹²³.

Na leitura de Ian Ayres e John Braithwaite, o olhar para a política regulatória precisa ser contextual. Isto é: regular responsivamente pressupõe considerar a cultura, as práticas e a história do setor regulado; a conduta dos diversos agentes que nele atuam, como empresas, usuários de serviços e associações; a maneira específica como eles interagem e respondem a incentivos. Especialmente, há de se atentar para as diferentes motivações que impulsionam esses atores. Isto porque, caso a caso, tais fatores poderão apontar para respostas estatais mais ou menos interventivas¹²⁴.

¹²¹ Art. 31. Constituem áreas de competência do Ministério da Economia: [...] XXXII - fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; [...].

¹²² Cf. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.

¹²³ Nesse sentido, conferir: VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. 1. Reimpressão - Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 132.

¹²⁴ Cf. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. Op. cit., p. 4.

1.4. Parceria Público-Privada

1.4.1. Amplitude do capítulo

Dentre os modelos contemporâneos de contratualização que foram adotados no Brasil, em alargamento ao conceito de concessão, para prestigiar arranjos inovadores e contratações complexas, tivemos a inserção, em nossa legislação, da modalidade denominada parceria público-privada¹²⁵.

Embora a concessão de serviços públicos seja instituição secular, a parceria público-privada como instrumento dela derivado experimentou, na Europa¹²⁶, aplicação orgânica e gerenciada nos últimos 20 anos.

Sua distinção como modalidade autônoma dessas delegações ocorreu na esteira da crescente complexidade dos cenários econômicos que passaram a exigir condições mais elaboradas de interação entre o Estado e o setor privado produtivo¹²⁷.

O instituto da parceria público-privada, modalidade originada das experiências inglesa e com larga aplicação em projetos para prover serviços públicos e de infraestrutura, foi introduzido em nosso ordenamento com a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

¹²⁵ As parcerias público-privadas podem também ser vistas sob a perspectiva da teoria dos "quase-mercados", nos quais "o Estado continua financiando o serviço público que, no entanto, não é mais prestado pela Administração Pública, mas sim por empresas privadas. Tudo isto porque, na ótica da ortodoxia neoliberal, 'os quase-mercados podem ser considerados uma solução engenhosa para os problemas derivados das deficiências tanto do mercado, como do Estado. É o mecanismo que permite aproveitar a força da concorrência para superar os problemas de ineficiência, desinteresse e falta de prioridades que caracteriza os sistemas estatais, evitando ao mesmo tempo os riscos de injustiça e de informação deficiente normalmente associados aos mercados normais". Cf. GUERRA, Jorge Rodríguez. *Capitalismo flexible y Estado de bienestar*. Granada: Ed. Comares, 2001. p. 200.

¹²⁶ Relatam Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques, que: "A importância atribuída pela Comissão Europeia (CE) às PPP tem reflexo direto na documentação produzida sobre o assunto. Em março de 2003 a DG Regio publicou um documento com as diretrizes para um desenvolvimento bem-sucedido de PPP, a que se seguiu, em 2004 o Livro de Recursos em Estudos de Caso PPP. Também nesse ano, a CE publicou o Livro Verde sobre PPP, bem como a diretiva comunitária sobre contratos públicos e concessões, aplicando às PPP a legislação estabelecida para a contratação pública tradicional. A numerosa documentação produzida não permitiu mais do que estabelecer um quadro estratégico orientador das PPP, do ponto de vista jurídico, mas também os princípios sustentadores do modelo. Cabe a cada Estado-Membro desenvolver uma definição detalhada do modelo e das características a adotar. Em verdade, a realidade heterogênea dos países, e mesmo dentro dos países, dos vários setores em si, não permitiria a produção de guias mais detalhados". Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. p. 26.

¹²⁷ Cf. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 81.

Há de se destacar que as experiências estrangeiras, apesar de inspirarem a prática brasileira, não são vastas, nem lineares e tampouco consensuais¹²⁸.

A peculiaridade distintiva da PPP brasileira consiste num regime diferenciado e reforçado de garantias, inclusive com a possibilidade de soluções claramente orientadas a impedir que o mecanismo constitucional do precatório reduza a confiança de potenciais investidores¹²⁹.

A conjuntura que ensejou o surgimento da ideia de parcerias público-privadas no Brasil pode, então, assim ser sintetizada, em: 1) gargalos de infraestrutura impeditivas do crescimento e conseqüente melhoria da situação fiscal do Estado; e 2) existência de uma série de atividades de relevância coletiva, muitas delas envolvendo as referidas infraestruturas, não autossustentáveis financeiramente e sem que o Estado tenha condições de financiá-las sozinho¹³⁰.

A nova modalidade de contrato de módulo concessório traz, como diferença das concessões comuns, o valor econômico do projeto¹³¹, a duração do ajuste, a nova disciplina jurídica da remuneração ao particular (possibilitando a remuneração por contraprestação pública), dentre outras inovações pontuais, como o compartilhamento dos riscos, através de matriz de riscos previamente delineada no contrato¹³².

¹²⁸ Lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Mais uma vez, o legislador baixa normas sob inspiração do direito estrangeiro, seja do sistema do *common law* (já que a parceria público-privada teve origem no direito inglês), seja no direito comunitário europeu, onde o sistema vem sendo adotado, sem que haja um modelo único para as parcerias” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 187.

¹²⁹ Cf. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Op. cit., p. 216.

¹³⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas - PPP'S no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621>>. Acesso em: 29 jul 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43621>.

¹³¹ Alexandre Santos Aragão, destaca: “Ao tratarmos da limitação das PPP's a projetos de mais de R\$ 20 milhões já percebemos que essa modalidade contratual administrativa não se destina a ser usada pela Administração Pública de forma generalizada, mas sim focadamente em determinados projetos prioritários do ponto de vista do desenvolvimento nacional, devendo, portanto, ser inseridas dentro de um projeto nacional global”. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas - PPP'S no Direito positivo brasileiro. Op. cit., p. 143.

¹³² A conceituação clássica de concessão de serviços públicos, em seus elementos de definição, apresenta a regra de exercício por parte do concessionário de atividades por sua conta e risco. Conforme anota Pedro Gonçalves, “‘Por conta e risco’ implicava inexistência de solidariedade financeira da Administração concedente, assumindo o concessionário sozinho as perdas ou os ganhos da exploração do serviço”. Cf. GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 104. Em relação à experiência brasileira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera: “No contrato de concessão de serviço público regido pela Lei nº 8.987/1995, por definição legal contida no art. 2º, II e III, a execução dos serviços é feita por conta e risco do concessionário, regra que é abrandada pela aplicação das teorias da imprevisão, do fato do príncipe, do fato da Administração, da força maior”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias*

A estruturação do projeto de PPP, portanto, qualifica-se pela superlatividade: envolve investimento incidente sobre objeto complexo, em volume ampliado de recursos e com dilatado prazo de retorno¹³³.

E o interesse na apresentação do modelo está nas inúmeras tensões entre público e privado nesse formato de contratação. São corriqueiras as tensões decorrentes de arranjos não pensados no trato das diferenças entre a gestão pública e a modelagem empresarial de gerenciamento de atividades.

Variadas são as críticas ao modelo¹³⁴, ao ponto de defesa da incompatibilidade de coexistência com a prestação pública concomitante, como no caso de saneamento básico, nas atividades de água e esgoto.

Críticas pertinentes têm colocado em questão a relevância dos contratos de PPP, sendo, uma delas, em relação à modelagem de projetos e a consequente divisão de riscos, que têm trazido excessiva carga de responsabilidades ao parceiro público, notadamente na gestão da inadimplência, que é suportada, em sua grande maioria de vezes, pela Administração Pública.

Para ser repensado, também, é o caráter social de alguns serviços (como tarifa social ou isenções categorias) que, na maioria das vezes, são suportadas pelo parceiro público e não dividido com o parceiro privado que, em tese, também tem compromisso com as camadas vulneráveis da sociedade dependentes dos serviços públicos prestados.

Outro ponto sensível e com grande impacto é a falta de percepção de mudanças de gestão e na estrutura administrativa que o parceiro público deve implementar para que se

na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 203.

¹³³ Cf. OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 212.

¹³⁴ Chama a atenção, nesse ponto, a declaração do então Ministro do Planejamento, Guido Mantega, à coluna de Merval Pereira, no jornal O Globo, de 13/7/2004: "Face às necessidades de realização de investimentos em infraestruturas, impossibilitados em razão da falta de verba própria do Estado e do esgotamento da sua capacidade de investimento, a que as parcerias público-privadas visam fazer frente, sempre foi considerado o risco de as PPP's servirem como meio de afrouxamento das normas de responsabilidade fiscal, ainda mais considerando serem substancialmente uma forma de o Estado financiar no longo prazo infraestruturas com as quais não poderia arcar de uma só vez no presente e o assumido objetivo de ampliar o espaço fiscal". Nesse ponto, o art. 30, inc. I, da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), dispõe competir ao Senado Federal o estabelecimento de limites globais para a dívida consolidada e para as operações de crédito dos Entes da Federação, na forma do art. 52, VI a IX, da Constituição Federal, tendo a mesma Lei Complementar definido as operações de crédito como o "compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros" (art. 29, III).

possa suportar um contrato com alto custo (já que, na maioria das vezes, envolve vultosos investimentos) e com longo prazo de vigência.

O ato de transferir para a empresa a execução de um serviço público, custeando tal atividade com contraprestação paga através da receita do poder público, pede a criterioso estudo de remodelagem da estrutura administrativa do ente público.

Parte da estrutura pré-existente daquele serviço se tornará ociosa e não se pode, na maioria das vezes, ser desmontada.

Exemplificando: imaginemos uma autarquia municipal de saneamento básico, responsável pelos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Em dado momento, resolve firmar parceria público-privada para investimentos e tratamento do esgoto. Desde a assinatura do contrato, passa a repassar grande parte de sua receita para cobrir os custos do contrato.

Algumas perguntas inevitáveis precisam ser feitas: a autarquia dispõe de condições financeiras para continuar operando sem qualquer subsídio, ou seja, apenas com a parte da receita que lhe será reservada? Como gerir a questão de pessoal, em especial pelas condições de estabilidade e impossibilidade de demissão dos servidores? Como absorver o custo operacional e incorporar o contingente de pessoal diante desse contexto?

Ou seja, tensões irão permear a relação público-privada e irão pressionar questões sensíveis como o custo de pessoal (servidores efetivos), posto que detentores de estabilidade não podem ser demitidos, o que vem colocando à prova esse modelo.

Mesmo conhecedora dos percalços, a Administração Pública se vê forçada a buscar soluções e modelar arranjos compatíveis com sua escassez financeira, já que o sistema jurídico brasileiro estipula que o serviço público envolve dever do Estado, na forma de prestação irrecusável, direta ou indireta, de satisfazer necessidade coletiva cujo suprimento em escala universalmente desejável e compatível com o princípio da solidariedade é inatingível pela espontaneidade do mercado¹³⁵.

Enfim, dentre os principais desafios que precisam ser enfrentados para o avanço das PPP's no Brasil, é preciso capacitar e conscientizar o setor público sobre a complexidade das parcerias, bem como criar procedimentos administrativos para absorver projetos dos particulares e, assim, assimilar valiosos *inputs* para o desenvolvimento do empreendimento público.

¹³⁵ No mesmo sentido, conferir: OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico* (Lei nº 11.079/2004). Op. cit., p. 208.

Também é preciso desenvolver técnica de aferição de indicadores de desempenho dos parceiros privados, bem como modificar a cultura e parâmetros usualmente utilizados para definir o *value for money*.

Em comum, ambos os desafios apontam para a necessidade de sofisticação no trato dos projetos de PPP, cuja celebração significa uma decisão de endividamento de longo prazo, até mesmo geracional. Um amplo processo de sensibilização para as características peculiares das PPP's, que demandam construção de ambiente relacional com destravamento dos modelos de garantias, precisa ser fortalecido no Brasil, passando inclusive pelas instâncias de controle; afinal, a batalha cultural nos órgãos de controle contra as PPP's é salutar¹³⁶.

1.4.2. Justificativas para a contratação

Diferentemente do que se observa em grande parte dos países que desenvolveram a concepção das parcerias público-privadas, o Brasil calçou em critérios financeiros o seu fundamento.

A insuficiência de recursos públicos para fazer frente às necessárias obras de infraestrutura motivou a propositura do Projeto de Lei, o que se extrai da mensagem¹³⁷ de encaminhamento Congresso Nacional.

Tal qual se depreende da própria análise da mensagem que acompanhou seu Projeto de Lei, tangencia o núcleo fundante das parcerias público-privadas, em nosso contexto, a busca imediata por maior eficiência na prestação de serviços. Deduz-se, aliás, que é a pretensão principal de seus idealizadores desonerar diretamente o Estado, buscando junto

¹³⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas: conceito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. <Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito> >

¹³⁷ [...] As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização. (Brasil, PL nº 2546/2003). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra; jsessionid = 35C43AA055F55EC4C5816D3F0733A1F8.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em 30 Jul 2019.

à iniciativa privada capital necessário para que se dê início a determinado pacote de obras, de cujos valores o erário não disporia¹³⁸.

Muitos são os críticos do novo modelo desenhado, e vários pontos de contradição foram levantados, em especial a alegada insuficiência de recursos públicos para fazer frente às obras de infraestrutura do país, já que dentre as modalidades existe a possibilidade de remuneração pecuniária por parte do poder público¹³⁹.

Há de se ressaltar que as concessões administrativas são contratos em que a cobrança de tarifas pode ser inviável econômica ou socialmente¹⁴⁰, ou até mesmo vedada juridicamente, como a cobrança pela saúde ou pela educação públicas (art. 196 e 206, inc. IV, da Constituição Federal), ou ainda, porque o único usuário do serviço a ser prestado é o próprio Estado.

Aqui não se fala mais sequer em tarifa a ser complementada por verbas do Estado, mas da inexistência *tout court* de tarifas, o que torna o modelo criticável frente ao seu objetivo primário pensado¹⁴¹.

Há ainda, dentre os mais críticos, aqueles que vislumbram nas parcerias público-privadas uma forma não declarada de privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte as funções administrativas do Estado, com fuga de vários dos institutos próprios do direito administrativo, como a licitação para aquisições, concurso

¹³⁸ Cf. NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 161.

¹³⁹ Leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Na realidade, um dos principais objetivos declarados pelo governo e insistentemente aceito e comentado pela mídia é o que diz respeito à necessidade de realização de obras de infraestrutura, para os quais o governo não dispõe de recursos suficientes. Esse objetivo pode ser verdadeiro, mas é desmentido pelo fato de que a lei aprovada (Lei nº 11.079, de 30-12-2004) prevê duas modalidades de parceria – a concessão patrocinada e a concessão administrativa – em que a forma de remuneração abrange, total ou parcialmente, a contribuição pecuniária do poder público”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. Op. cit., p. 188.

¹⁴⁰ Destaca Vitor Rhein Schirato: “[...] na definição da forma de prestação e da forma de remuneração dos serviços públicos, o Estado deverá proceder a uma análise das condições de oferta dos serviços, da capacidade de pagamento dos usuários e das possibilidades sociais e fáticas de recolhimento de valores dos usuários da atividade. A partir dessa análise, o Estado deverá escolher se arcará diretamente com os custos da prestação de determinado serviço público, se transferirá esses custos integralmente para os usuários, ou se compartilhará esses custos com os usuários, em proporções definidas conforme as particularidades de cada caso”. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out/dez 2013.

¹⁴¹ Nesse sentido, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas - PPP'S no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621>>. Acesso em: 29 jul 2019. doi: [http:// dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43621](http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43621). p. 116.

público para seleção de pessoal e regras de finanças públicas, sempre em nome da eficiência, que se alega ser maior no setor privado do que no setor público¹⁴².

Respeitados tais posicionamentos, não compartilho das mesmas ideias, já que ao contrário do que se pensa, a parceria público-privada não implica redução ao Estado mínimo, mas a redefinição do papel do Estado como regulador e fiscalizador das ações e investimentos necessários em infraestrutura para permitir eficiente prestação de serviços públicos¹⁴³.

Por outro lado, muitos são os defensores da nova modalidade de pactuação do poder público, destacando-se que as parcerias público-privadas, à sua maneira, representam uma forma de superação dos custos tradicionais de contratação. Anota Enzo Roppo¹⁴⁴, que: “em grande medida, as soluções privadas eficientes se concretizam por intermédio de contratos privados derivados das PPPs. Sendo os contratos os instrumentos jurídicos das relações econômicas”.

Aliás, percebe-se que grande parte da discussão que envolve a defesa do modelo de parceria público-privada, em sua essência, decorre da ideia de supremacia do interesse público, da qual decorrem uma rivalidade e uma oposição entre o público e o privado, o que não parece ter sentido.

Como bem observa Humberto Ávila¹⁴⁵, o interesse público nada mais é que a realização de interesses privados, donde decorre não uma oposição, mas uma conjugação de público e privado.

Como já destacado anteriormente, as ideias de modelagem das parcerias público-privadas vieram traduzir as expectativas de um ambiente jurídico estável para garantir investimentos privados no setor público, abrindo uma nova modalidade de contratação com formatação diversificada dos modelos de concessão anteriormente utilizados¹⁴⁶.

¹⁴² Nesse sentido conferir: Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 188-189.

¹⁴³ Cf. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As parcerias público-privadas e suas tendências em dez anos de existência legal quanto a endividamento público e criação de infraestrutura. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 503.

¹⁴⁴ Cf. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Lisboa: Almedina, 1988. p. 9.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Daniel Sarmiento (Org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 192-193.

¹⁴⁶ A Lei Federal nº 11.079/2004 traz inovações relevantes e bastante promissoras para a busca de eficiência e comprometimento com metas de desempenho nos contratos de parceria público-privada, como é o caso, por exemplo, do parágrafo único, do art. 60 da Lei, que autoriza a vinculação da contraprestação ao desempenho do parceiro privado, conforme padrões de qualidade previamente definidos. Nos dizeres de Rafael Wallbach Schwind: “Essa previsão trata da alocação de riscos de *qualidade* e de *disponibilidade* na montagem de empreendimentos que dependam do emprego de recursos públicos para a remuneração do parceiro privado”.

Daí essa forma de colaboração entre o setor público e o setor privado que visa criar condições necessárias para o endividamento público racional, planejado e responsável, sem os perigos exacerbados do passado, causados principalmente pela baixa taxa de retorno financeiro em comparação aos altos riscos econômico, regulatório e político que implicavam, na maioria das vezes, malogro aos projetos quando de suas execuções¹⁴⁷.

Nesse contexto, a escolha resta motivada, em última análise, pela eficiência na prestação dos serviços em paralelo a financiamento parcial de sua implementação, mediante a contenção das despesas dentro das possibilidades orçamentárias públicas, inclusive de longo prazo, com o auxílio da diluição das parcelas adiantadas pelo setor privado ao longo de anos¹⁴⁸.

Inobstante críticas ao modelo, que foi pensado sob a perspectiva de alavancagem de investimentos e aprimoramento da qualidade dos serviços públicos, vários são os desafios a serem enfrentados para uma efetiva utilização desse instrumento jurídico de parceria¹⁴⁹, além de desenharmos propostas para eliminar os problemas reais que são relatados¹⁵⁰, em especial em uma rediscussão ampla sobre as prioridades dos gastos públicos.

E, nas tensões e desafios de como partilhar uma gestão pública e outra privada, concomitantemente, nos casos de serviços que são remunerados pela única tarifa (como é o caso do saneamento básico em água e esgotamento sanitário), a solução está no planejamento e na otimização mútua das atividades.

Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 236.

¹⁴⁷ Cf. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As parcerias público-privadas e suas tendências em dez anos de existência legal quanto a endividamento público e criação de infraestrutura. Op. cit., p. 496.

¹⁴⁸ Cf. BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 56, n. 1, p. 7-21, jan/mar 2005.

¹⁴⁹ Diogo Coutinho sintetiza que o direito administrativo brasileiro: “Herdeiro do direito administrativo francês sistematizado no início do século XX, ele tem revelado dificuldades e limitações epistemológicas par se adaptar às metamorfoses do Estado e dos papéis de seu arcabouço jurídico na construção das políticas públicas”. Cf. COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 456. Interessante reflexão, no mesmo sentido, faz José Eduardo Faria, ao destacar que o nosso direito administrativo segue enfrentando dificuldades severa em conjugar “poder discricionário e certeza jurídica, eficácia na gestão pública e segurança do Direito”. Cf. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 4. tir. (cont.), São Paulo: Malheiros, 2007. p. 179.

¹⁵⁰ Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, aponta, nas suas vivências com experiências em parcerias público-privadas que: “[...] é importante verificar-se que, dentre os novos desafios a serem por elas enfrentados, está o relacionado às garantias que, muitas vezes nos âmbitos municipais e estaduais, resumem-se à previsão de um fundo garantidor, o qual se mostra inócuo na quase unanimidade das suas celebrações. Forçoso, por conseguinte, que sejam pensadas algumas formas de garantia alternativa às já previstas, podendo por estas relacionadas à separação de recursos ou em contas vinculadas, ou em penhor de ativos, como ainda, em certas hipóteses, a partir de empresas gestoras de ativos”. Cf. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As parcerias público-privadas e suas tendências em dez anos de existência legal quanto a endividamento público e criação de infraestrutura. Op. cit., p. 506.

Há de se entender, por fim, que essa nova modalidade de módulo concessório, com o enfrentamento dos problemas pontuais detectados, tem grande potencial de indução de melhoria dos serviços públicos, em especial o gerenciamento especializado das atividades, introdução de inovações, criação de economia de escala, antecipação de investimentos e aumento do desempenho operacional.

1.4.3. Eficiência técnica e novas fontes de receitas: breves apontamentos

Como destacado, a parceria público-privada, disciplinada na Lei Federal nº 11.079/2004, consiste em módulo concessório, em que um particular se obriga a aplicar os recursos materiais, seu pessoal e seu conhecimento para executar uma prestação de natureza complexa, que compreende a execução de obras e a prestação de serviços, mediante remuneração proveniente total ou parcialmente dos cofres públicos.

A Lei reconhece uma comunhão de interesses entre setores público e privado, o que se traduz na própria qualificação das partes (parceiro público e parceiro privado)¹⁵¹.

Independentemente da modelagem jurídica da contratação ou da remuneração do serviço, há se de definir uma proposta político-social para a fórmula da tarifa imposta à sociedade para cobrir os custos operacionais, de expansão e, também, de universalização dos serviços públicos.

A mera outorga de uma concessão já reflete uma proposta política sobre a repartição dos encargos atinentes ao fornecimento de utilidades essenciais. Celebrada a concessão, consagra-se o postulado de que paga quem usa e na medida em que o faz. Mas a fixação das tarifas não se faz obrigatoriamente pela repartição aritmética dos custos entre os usuários. Podem ser estabelecidas diferenciações em vista de características quanto à situação pessoal do usuário. Essas diferenciações são admissíveis nos limites do princípio da isonomia.¹⁵²

Para dar concretude aos princípios da eficiência e da modicidade da tarifa, a Lei Federal nº 11.079/2004 trouxe interessantes arranjos econômicos para a buscar melhores

¹⁵¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 744.

¹⁵² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 709.

práticas de eficiência mercado, instituindo possibilidades de vinculação da remuneração pelo desempenho¹⁵³ e compartilhamento de ganhos econômicos.

Nessa lógica, a doutrina de Phillippe Cossalter¹⁵⁴ destaca que os “resultados de exploração não são ligados à utilização da infraestrutura ou à percepção do serviço [...] os pagamentos não serão à utilização real do serviço, mas à utilização potencial. Mas, em um plano puramente contábil, o resultado do explorador é subordinado a variações que dependem diretamente da qualidade do serviço prestado”.

Para que se possa formatar um contrato com valor global elevado, logo prazo para amortização dos investimentos e potencial impacto financeiro para a Administração Pública¹⁵⁵, é necessário fundar-se em estudos de viabilidade.

A manutenção de expectativas positivas pressupõe a repartição dos riscos do empreendimento¹⁵⁶, modelagem de tarifas módicas que preservem os interesses daqueles que necessitam de subsídios, e arranjos econômicos viáveis para a execução dos projetos¹⁵⁷, o que se faz com incentivo a novas tecnologias e fontes de receitas.

¹⁵³ A ideia de remuneração mediante avaliação de desempenho não surgiu com a Lei das PPP e foi introduzida com critérios claros pela Emenda Constitucional nº 19/1998, trazendo o conceito de contrato de gestão, nos termos do §8º, do art. 37 da Constituição Federal. Sobre o tema, aponta Gustavo Justino de Oliveira: “[...] parece que a intenção do constituinte reformador foi salientar e disseminar, por meio da criação de um novo instituto jurídico, uma *nova forma de desempenhar as atividades administrativas*, sobretudo sob o ponto de vista interno da organização administrativa. Nessa *nova forma de administrar* há o *predomínio de técnicas dialógicas*, que necessariamente colocam em relevo as *funções de interação e negociação* entre órgãos e entidades administrativas, as quais visam estipular uma *programação das ações* a serem desenvolvidas com o intuito de permitir uma *melhor avaliação de desempenho e controle dos resultados* oriundos dessas ações.” Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 161, (grifo do autor).

¹⁵⁴ Cf. COSSALTER, Phillippe. A private finance initiative. Trad.: Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 6, jan/mar. 2004. p. 165.

¹⁵⁵ Uma vantagem bastante explorada nas literaturas técnicas sobre parcerias público-privadas é a integração, em um único contrato, das obrigações de construção, *manutenção* e operação dos sistemas, encorajando uma abordagem de longo prazo para a implantação e *gestão* dos ativos, pois dentro da PPP os recursos para manutenção são protegidos. Sabemos que priorizar recursos para manutenção é algo difícil em um ambiente de prioridades conflitantes. Na PPP o construtor tem o compromisso de manter a facilidade durante o contrato por um custo fixo para o governo ou para a sociedade.

¹⁵⁶ Relevante a ideia de custo de transação, citada por Marçal Justen Filho a partir da formulação de Robert Coase (COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr/jun 2009): “Um ponto de grande relevância reside no reconhecimento do que a incerteza e a insegurança quanto aos efetivos custos de transação produzem a elevação dos preços. Em outras palavras, o agente econômico ‘precifica’ sua insegurança. A elevação da margem de risco reflete-se no aumento dos preços praticados por um agente econômico, até atingir um ponto em que o risco é tão elevado que o sujeito prefere evitar a realização do negócio”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias: a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 234.

¹⁵⁷ Proposta lançada por autores portugueses, propõe divisões de tarefas e até mesmo redimensionamento do objeto para que se possa modelar contrato com adequada estruturação financeira. O exemplo de Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques é: “A separação vertical entre a infraestrutura e a operação, nos casos em que não existam ganhos de eficiência pela gestão conjunta, é outro dos caminhos a seguir. A esse propósito, atente-se

Destaca Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵⁸ que o contrato pode prever mecanismos de pagamento atrelados ao atingimento de certos parâmetros de qualidade na *performance* (remuneração vinculada a seu desempenho objetivamente aferido) de tal sorte que o valor da contraprestação varie, dentro de certa margem, conforma padrões de qualidade e disponibilidade contratualmente pactuados (art. 6º, §1º). Com isso, o poder concedente ganha importante instrumento (que não exclui, mas antes se soma ao ferramental sancionatório e coativo) para forcejar que o concessionário desempenhe suas atividades com mais qualidade e eficiência, haja vista que sua remuneração depende do atingimento de metas do contrato.

Diante dessa lógica, natural que o compartilhamento de ganhos econômicos entre os parceiros seja a ideia motriz do instituto da parceria, entendida como espécie capaz de conjugar, colaborar e empreender esforços para atingimento dos fins comuns, no caso o oferecimento de serviço (ou até mesmo obra) em condições adequadas e a preço módico.

O comprometimento dos parceiros em função da distribuição de encargos de acordo com a melhor capacidade de cada um para suportá-los, reflete, via de consequência, na proporcional distribuição dos ônus referentes aos resultados em razão do gerenciamento daqueles encargos.

Dessa sorte, se o parceiro público concorreu para a redução dos gastos com financiamento, deve-lhe ser repartido o ganho econômico advindo dessa redução. Esse é o sentido do inciso IX do art. 5º da Lei nº 11.079/04¹⁵⁹.

A exploração de receitas acessórias, complementares ou de projetos associados à execução de contratos de concessão, de parcerias público-privadas e de outras modalidades de contratos complexos é uma tendência global¹⁶⁰.

os resultados obtidos no Metro do Porto com o segundo concurso para a operação do sistema. A integração vertical conduz, frequentemente, a que sejam mais atrativas as margens resultado da atividade de construção, do que da operação do sistema. Tal conduz a que estas concessões despertem o interesse das empresas mais pelo volume de construção, do que pela margem de operação”. Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Op. cit., p. 202.

¹⁵⁸ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 208.

¹⁵⁹ Cf. NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 132-133.

¹⁶⁰ Pondera Pedro Gonçalves, ao tratar da exploração de atividades acessórias ao serviço concedido, no direito português e europeu: “[...] o contrato de concessão de serviço público pode criar para o concessionário o dever ou a faculdade de exercer actividades de natureza diversa: assim, por exemplo, um concessionário de transportes ferroviários pode ficar obrigado a explorar estabelecimentos de refeições rápidas ou um estabelecimento hoteleiro próximo de uma estação (quando isso suceda, poderá ser necessário distinguir essas obrigações complementares ou acessórias da obrigação principal que recai sobre o concessionário)”. Cf. GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 270.

Intenta-se nos contratos maximizar a exploração de receitas alternativas na busca por alternativas de eficiência econômica e garantir, assim, às partes contratantes, incentivos financeiros na contraprestação a ser paga.

Passa-se, então, a explanações introdutórias sobre os modelos possíveis de busca pelo incremento de receitas dos módulos concessórios.

Vale lembrar que tais atividades são originariamente previstas na Lei de Concessões, em seu art. 25, §1º, e provenientes de atividades acessórias e complementares, cujo recebimento decorre da realização de atividades econômicas que estão relacionadas tangencialmente ao objeto do contrato.

1.4.3.1. Atividades inerentes, Acessórias e Complementares

As chamadas receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados correspondem a um conjunto de valores cujo recebimento decorre da exploração de atividades econômicas relacionadas tangencialmente à execução de módulo concessório.

A qualificação alternativa, complementar ou acessória decorre do fato de o objeto contratual identificar-se com uma atividade diversa daquela geradora desse tipo de receita. Daí a existência de uma atividade principal: que identifica o objeto ou o escopo central do contrato, desenvolvida pelo contratado e geradora de receitas principais (tarifas, contraprestações, subvenções ou subsídios) e atividades acessórias: geradoras de receitas acessórias, tangentes ou relacionadas ao escopo do contrato, mas não identificadas com este¹⁶¹.

Pondera Eurico de Andrade Azevedo¹⁶² que, embora se considere a concessão um contrato *intuitu personae*, a lei admite a contratação de terceiros para a execução de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, desde que o concessionário continue responsável pela execução de seu objeto e a natureza deste o permita.

¹⁶¹ Cf. PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>>

¹⁶² Cf. AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 107-108.

A busca por novas fontes de receitas em contratos de módulos concessórios (alternativas, acessórias ou complementares), tem ganhado grande relevância na dinâmica atual dos contratos. O conceito legal¹⁶³ e a ideia motriz da prática de almejar novas bases de arrecadação é incentivar o concessionário a explorar novas fontes geradoras de receitas com vistas ao incremento de recursos, tanto para a divisão de tais ganhos, quanto para a possível redução de encargos e custos do poder concedente (reduzir tarifa, contraprestação, subsídios, subvenções ou aportes realizados) com o contrato.

Apesar da impressão de serem receitas menores, ou até mesmo secundárias na formação econômica dos módulos concessórios, os projetos associados e receitas acessórias tem ganhado força e imponência frente à arrecadação total dos serviços. Existem relatos de casos em que a arrecadação de projetos associados chega a representar a maior parcela do valor auferido pela concessionária, razão pela qual tanto se pensa e explora a alternativa¹⁶⁴.

Outra forma de desonerar a tarifa do usuário ou a contraprestação paga pelo Poder Público é através dos chamados projetos associados.

Os projetos atrelados aos módulos concessórios têm a finalidade de integrar e de estruturar novos projetos, que por si só não são viáveis, nem sustentáveis, porém ligados a uma atividade fundada em um contrato existente pode viabilizar o negócio.

Em contrapartida, os projetos associados passam a minorar os custos que são suportados pela concessão. Seria o caso, por exemplo, da exploração de publicidade e de propaganda através de painéis de propaganda em uma estação de metrô, ou estacionamento em uma área integrante da concessão de um aeroporto.

A exploração de projetos associados é bastante interessante em muitos casos de concessões, pois tais empreendimento geram vantagens econômicas quase que imediatas aos

¹⁶³ O art. 11 da Lei nº 8.987/1995, define: “Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”, sendo complementado pelo seu parágrafo único que assim delimita: “Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

¹⁶⁴ “Os exemplos de sucesso de empreendimentos associados são muitos, em todo o mundo. Vale lembrar a experiência dos serviços metroferroviários da Ásia desenvolvida, com destaque para os das cidades de Tóquio e Hong Kong. No primeiro caso, uma das operadoras do serviço sobre trilhos para os subúrbios, a Tokyu Corporation (2,5 milhões de passageiros/dia), obtém, do total da sua receita anual, apenas 23% provenientes da arrecadação tarifária do serviço de transporte. Os restantes 77% são oriundos da exploração dos ramos imobiliário, do comércio, lazer, serviços, hotelaria e construção [...] a holding do Metrô de Hong Kong [...] teve um lucro de US\$ 540 milhões em 2002, dos quais quase 90% derivados de atividades de desenvolvimento imobiliário”. Cf. BRANCO, Adriano Murgel. O financiamento das obras e serviços públicos no modelo de câmara de compensação. In: *O financiamento de obras e de serviços públicos*. DALLARI, Adilson Abreu e BRANCO, Adriano Murgel. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 53-54.

bens e serviços ao redor, oriundas das obras e serviços públicos a serem prestados. Ora, tais externalidades positivas do empreendimento público não podem ser desprezadas. Quando menos, geram receitas não tarifárias e ampliam a demanda fora dos horários de dias-padrão (além dos empregos e das vantagens urbanísticas), sendo que tais vantagens podem ser contratualmente reconduzidas a uma concessão de serviço público, como prevê o art. 11 da Lei 8.987/1995¹⁶⁵.

Essa discussão não é, por certo, infundada. O atual momento de grave crise fiscal e de grandes contingenciamentos anuncia ambiente fértil para modelagem de contratações sob o regime de concessões, em especial para infraestrutura, que enfrentam desafios em virtude da reconfiguração do setor após as investigações de corrupção.

As empresas de construção civil, que são potenciais interessadas nos novos ciclos de concessões, também enfrentam dificuldades para assumir novos projetos e conduzir uma retomada dos investimentos, tendo de enfrentar, portanto, o desafio de modelagens claras e objetivas nas responsabilidades e nas prerrogativas das concessionárias, tudo isso, alinhando, ainda, fontes alternativas de receitas para viabilidade técnica e econômica de projetos.

Nesse ponto, aliás, reside um dos problemas na modelagem dos contratos atuais, que é a falta de visão estratégica e de futuro¹⁶⁶ para se detalhar o fluxo financeiro e a regra de repartição dos ganhos entre as partes signatárias do contrato, o que, não raro, traz disputas jurídicas que acabam por inviabilizar a formatação de projetos associados por falta de consenso na divisão dos ganhos¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 418.

¹⁶⁶ Falta, em muitas das vezes, uma visão arrojada para os gestores públicos que pensam a formatam os seus contratos de concessão de parcerias público-privadas, em especial na atenção a novas tecnologias e outras fontes financeiras que podem dar lastro à menor tarifa ou ao menor desembolso de contraprestação. Interessante análise, apontada por Egon Bockmann Moreira, é a fonte desmaterializada, porém precificada, dos créditos de carbono. Assevera: “Os projetos concessionários que admitirem a internalização de *créditos de carbono* como receita a repercutir na modicidade tarifária não só gerarão benefícios ao usuário (redução de custos), mas também ao meio ambiente e às futuras gerações. Sua adoção implicará também o incentivo para avanços tecnológicos no controle da poluição em projetos de interesse público”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 420.

¹⁶⁷ Em igual entendimento, Marcos Augusto Perez, destaca: “[...] tanto esta regra, que obriga a incorporação de uma previsão das receitas acessórias às projeções econômico-financeiras do contrato, como o inciso VI do art. 18, que comanda a identificação pelo edital de licitação das ‘possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados’ ratificam implicitamente a obrigação de que os estudos prévios de viabilidade da concessão comportem uma ampla sondagem sobre as fontes geradoras de receitas acessórias, afinal não haveria como prevê-las em edital ou incorporar projeções dessas receitas ao contrato de concessão sem que antes, na fase interna ou de preparação ou modelagem da licitação e do contrato, sejam as mesmas devidamente estudadas” Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados*. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*, Op. cit.

No tocante ao tema atividades inerentes, acessórias, complementares e projetos associados, faremos uma avaliação específica sobre a conceituação de tais modalidades, já que previstas na Lei Geral de Concessões e será discutido em profundidade o regime jurídico de tais serviços e os limites de sua terceirização.

1.4.3.2. Revisitando temas conhecidos nas concessões

Por questões metodológicas, e para que não haja ruptura da estrutura conceitual dos módulos concessórios, serão lançados breves detalhamentos sobre o personalismo dos contratos administrativos e os institutos da subconcessão e da subcontratação. Os pontos controvertidos e os debates específicos ligados à pergunta central (tese), serão tratados no Capítulo 4.

Em termos gerais, na tônica de visitar institutos, repensar a lógica das contratações públicas e dar vazão às ideias de segurança jurídica e de eficiência, passo a delinear visões práticas e relevantes sobre: personalismo nos contratos administrativos, subconcessão, subcontratação e derrogação do regime contratual comum.

A lógica dos módulos concessórios, pautada nos consideráveis investimentos em infraestrutura, com horizonte alongado de prazo e acentuado grau de complexidade nos serviços, obriga a concessionária a buscar parcerias especializadas com empresas terceiras.

É dizer, como destaca Rafael Véras de Freitas¹⁶⁸, que

[...] celebram negócio jurídico cooperativo com outras sociedades, cada qual com uma *expertise* distinta e complementar, que tem por objetivo atender às capacidades técnicas e financeiras exigidas para bem executar módulos concessórios. Ou, o que é ainda mais comum, o próprio instrumento convocatório exige que os licitantes constituam uma Sociedade de Propósito Específico para esse fim – o que, aliás, é mandatário na contratação de Parcerias Público-Privadas.

É próprio dessa modelagem contratual, considerando a extensão e a complexidade dos serviços, que os módulos concessórios tenham apoio de terceiros para a execução do objeto.

Para a Lei Geral de Concessões, tal apoio está delimitado em alguns institutos detalhados na norma setorial específica: atividades inerentes (ou subcontratação), no art. 25

¹⁶⁸ Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul/dez 2016, p. 75.

§1º, e a subconcessão, previsto no art. 26. Tais alternativas são viáveis e a própria lógica do pacto concessório é predicadora da execução de parcelas do seu objeto por terceiros¹⁶⁹.

Além das contratações das empresas concessionárias com terceiros (terceirização em sentido amplo), temos um ponto relevante e bastante atual, que é a discussão acerca do personalismo dos contratos administrativos.

A questão do personalismo envolve duas figuras jurídicas apresentadas na Lei de Concessões: a subconcessão (tratada no art. 26) e a transferência de concessão ou do controle societário da concessionária (art. 27).

A grande movimentação das empresas de infraestrutura, após recentes escândalos de corrupção, levou a vários casos de aquisições, recuperações judiciais, abertura de capitais e reconfiguração de consórcios de empresas detentores de contratos com o Poder Público para prestação de serviços públicos em módulos concessórios.

Nesse cenário, surgem questionamentos sobre titularidade dos contratos firmados com a Administração Pública e os limites para transferência, sendo que a grande preocupação com a transferência de concessão ou do controle societário levou o legislador (através da Lei nº 13.097/2015) a endurecer as regras de comprovação de habilitação jurídica e econômica para tal transação.

E a lógica do questionamento e das ressalvas ao instituto estão delimitadas na ideia conceitual da Lei de Licitação, em que uma empresa venceu uma licitação pública, teve sua habilitação e comprovações técnica, jurídica e econômica aferidas, e depois, repassa o contrato para empresa terceira que adquiriu ou participa do capital da empresa vencedora do contrato.

1.4.3.3. A questão do personalismo dos contratos administrativos

O tema do personalismo do contrato administrativo encontra muita resistência na doutrina mais tradicional do direito administrativo.

De certa forma, a visão tradicionalista despreza as particularidades e as realidades de mutações dos módulos concessórios, notadamente aqueles voltados à prestação de serviços públicos com investimentos vultosos em infraestrutura.

Os fundamentos para as resistências da doutrina clássica estão nos alicerces dogmáticos da Teoria Geral dos Contratos Administrativos no Brasil.

¹⁶⁹ Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. Op. cit., p. 75.

Desde a edição do Decreto-Lei n° 2.300/1961¹⁷⁰ (diploma que precedeu à Lei n° 8.666/1993), o ordenamento jurídico brasileiro encampou o entendimento doutrinário no sentido de que o contrato administrativo seria toda avença de que a Administração Pública é parte, a qual se submete a um regime jurídico exorbitante ao Direito Privado¹⁷¹ (não extensível ao contratado privado)¹⁷².

Diante dessa ideia, estaríamos frente a um negócio jurídico disciplinado por um regime jurídico verticalizado e que não comportaria modulações.

Essa interpretação, que não parece a melhor, foi incorporada à Lei Federal n° 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), norma essa que impõe a obrigatoriedade da aplicação de um regime único¹⁷³ a “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Adverte Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁷⁴ que a utilização do conceito de regime jurídico único, adaptada do pensamento clássico francês, sempre foi pautada no sentido de conferir prerrogativa de alteração unilateral a contratos vinculados a serviços públicos, e não a qualquer tratativa com o Poder Público. Destaca que

¹⁷⁰ Eis o dispositivo que consagrou essa sistemática: Art. 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste.

¹⁷¹ Para Hely Lopes Meirelles: “Contrato privado é o celebrado entre particulares, sob a égide do Direito Privado, em que prevalecem a igualdade jurídica entre as partes e, via de regra, a informalidade. Contrato semipúblico é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público. Contrato administrativo típico a Administração só realiza quando dele participa como Poder Público, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis* causa, sob a égide do Direito Público” Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1991. p. 156.

¹⁷² Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 76.

¹⁷³ Pondera Rafael Veras de Freitas, que a justificativa de alteração unilateral, pelo Poder Público, seria o fato de as circunstâncias exógenas ao pactuado serem cambiantes, e não a existência de um regime contratual único. Porém, não foi essa a concepção adotada pelo ordenamento jurídico pátrio. A Lei n° 8.666/1993, na qualidade de norma geral sobre a matéria, “engessa” o regime de todos os contratos administrativos, na medida em que tem aplicação subsidiária para além dos módulos contratuais a que se refere. Essa previsão normativa importa: (i) na impossibilidade de a ação administrativa ser modulada, de acordo com sua finalidade; e (ii) no aumento dos custos de transação dos contratos celebrados com o Poder Público. Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 78. Sobre a questão dos custos de transação, conforme sugestão já lançada, remetemos à leitura de COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr/jun 2009.

¹⁷⁴ Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 203-206.

a mutabilidade do modo de ser do serviço público, enquanto objeto contratual, não decorre do contrato, mas, sim, de normas extracontratuais, materialmente legislativas, que, acompanhando imperativo constitucional de manutenção da prestação de um serviço público adequado às necessidades da população, têm que mudar, para manterem-se atualizadas.

O engessamento em um modelo jurídico único de contratualização, que despreza a multiplicidade e a crescente gama de módulos contratuais celebrados pela Administração Pública, em especial os módulos de natureza convencional¹⁷⁵, faz com que se busque um ajustamento padrão a um modelo que não cabe em todos os contratos firmados pelo Poder Público, o que enseja, com frequência e com razão, discussões jurídicas que levam a repensar a prática contratual administrativa.

A preocupação que se levanta, de início, é que a simples comparação entre dois diplomas legais distintos e que tratam de modelos contratuais absolutamente diferentes – o regime da Lei de Licitações (Lei Federal nº 8.666/1993) e o regime legal dos módulos concessórios –, sem que eles convivam de forma paralela e pontualmente subsidiária, sem que um subverta a lógica do outro, sob pena de exagerada a dose, acabar esvaziando a concessão ou parceria público-privada, transmutando-as numa prestação de serviços que, se assim o for, deveria acompanhar *in totum* o modelo tradicional¹⁷⁶.

E vamos além, render-se a essa lógica jurídica do regime jurídico-administrativo e com fundamentos nas bases tradicionais do direito administrativo, reporta-nos à ideia que o contrato administrativo está fundado no caráter *intuitu personae* do contratado, posição, esta defendida por muitos doutrinadores¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Comenta Odete Medauar: “A expansão de tais figuras foi de tal monta a partir de 1990, que, além da expressão, *governar por contrato*, surgiram outras, e.g.: *Administração pactualista*, *direito administrativo cooperativo*, *contratualização das políticas públicas*. Muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses que seria, nesta visão, a essencial característica dos contratos. No entanto, situando-se nas *obrigações recíprocas* o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, podem ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos do regime aplicado aos contratos administrativos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dado aos consórcios públicos no ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios públicos, no Brasil, envolvem a realização de atividades de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas as pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos”. Cf. MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

¹⁷⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014. p. 141.

¹⁷⁷ Nos clássicos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: “O Contrato administrativo é sempre consensual e, em regra formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. [...] é *intuitu personae* porque deve ser

Parece mais condizente com a ideia de Administração pactualista a posição de Marçal Justen Filho¹⁷⁸, ao afirmar ser incompatível com a natureza da função pública o subjetivismo admitido no direito privado, sendo tal escolha irracional inadmissível (exceto, obviamente, os contratos que são, por sua natureza *personalíssimos*, como contratação de um determinado artista ou renomado advogado). Em suas palavras, é irrelevante para a Administração Pública a identidade do particular contratado.

Completa o raciocínio destacando que tal posicionamento pode ser extraído do disposto no art. 64, §2º, da Lei de Licitações, que autoriza a contratação do segundo colocado no caso de desistência do vencedor.

Os contratos de concessão não têm como nota característica a sua execução *personalíssima*. Se assim já não se passa com tradicionais contratos de empreitada regidos pela Lei nº 8.666/1993, com muito mais razão tal lógica não poderá ser transposta para os módulos concessórios.

Duas são as ordens de razão. A primeira, porque a própria Lei nº 8.987/1995, em diversos dispositivos (arts. 26, 27, 28), reconhece a necessidade da alteração subjetiva desses ajustes. A segunda diz com a própria natureza desses ajustes. É que, por se tratar de ajustes de prazo diferido, as mudanças porque passa a própria prestação dos serviços públicos (corolários do princípio da atualidade) podem justificar que o concessionário se valha do auxílio de terceiros para a sua prestação¹⁷⁹.

Pelas características próprias e pela dinâmica dos módulos concessórios, como se verá adiante, no Capítulo 4, a subcontratação (de atividades inerentes) a subconcessão (mediante licitação) e a terceirização mediante ação regulatória (atividades acessórias e complementares) são avanços significativos para os serviços públicos concedidos, até mesmo para que se possa empreender maior dinamismo e especialidade para algumas das atividades repassadas a terceiros.

O que desperta a atenção do presente trabalho, e também será objeto de avaliação (por parte do Capítulo 2), é o regime de pessoal que envolve concessionária e prestadores de

executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed., São Paulo: Malheiros, 2018. p. 245. Mesmo entendimento é exposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem: “A natureza *intuitu personae* é característica de todos os acordos de que a Administração é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 308.

¹⁷⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 407.

¹⁷⁹ Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 97.

serviços, quer seja na condição de contratados desta ou por terceirizações (subcontratações), notadamente na dinâmica da negociação coletiva de direitos de tais categorias.

1.4.3.4. Subconcessão e a subcontratação

O art. 25, caput, da Lei Geral de Concessões estabelece, como regra geral, que a execução dos serviços concedidos incumbe à concessionária, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários, ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

No §1º, estabelece que “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”¹⁸⁰.

O art. 26 da mesma Lei Geral de Concessões, por sua vez, admite a figura da subconcessão¹⁸¹, limitando tais poderes de outorga de atividades aos termos previstos no contrato de concessão, desde que haja, de forma expressa, autorização do poder concedente.

Fato é que não se interdita que o concessionário se valha da cooperação com terceiros para levar a efeito a prestação do serviço transferido no módulo concessório. Daí porque a Lei nº 8.987/1995 prescreve sistema de contratações realizadas pelo concessionário, composto por subcontratação, transferência da concessão e subconcessão, cada qual com regime jurídico distinto e particularidades¹⁸².

Como já adiantado anteriormente, subconcessão e subcontratação (terceirização de serviços) não são sinônimos à luz da lei, existindo implicações diversas para as partes que estão envolvidas e para o serviço público prestado mediante concessão¹⁸³.

¹⁸⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 133.

¹⁸¹ A subconcessão se caracteriza pela transferência de parcela do conjunto de direitos e de obrigações que o poder concedente transferiu ao privado e foram fixados no contrato. Nas palavras de Luiz Alberto Blanchet, “O objeto da concessão é divisível em partes no que concerne à área abrangida pela concessão, por exemplo, e isto pode ser objeto da chamada subconcessão”. Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei nº 9.074 de 07 de julho de 1995*. Curitiba: Juruá, 1995. p. 132.

¹⁸² Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 84.

¹⁸³ Apenas para registrar, temos duas outras hipóteses de transferências de obrigações em módulos concessórios para terceiros, que são: a *transferência da concessão*, que está prevista no art. 27 da Lei de Concessões e que autoriza a entrega do objeto da concessão para terceiro – que não celebrou o contrato com a Administração, desde que haja a anuência do Poder Concedente, e a *transferência do controle acionário*, situação em que há a alteração do controle acionário da empresa e, mediante aval do Poder Concedente se avalie e garanta todas as

Como lembra Marcos Juruena Villela Souto ¹⁸⁴, a possibilidade de cessão do contrato de concessão é uma inovação frente aos demais contratos administrativos, vale a regra de que o contrato é celebrado em caráter personalíssimo, vedada a subcontratação ou a transferência, porém a Lei Especial procurou tratar a concessão como um negócio para o particular, admitindo, pois, a sua transferência; uma vez atendidos pelo candidato à transferência os requisitos indispensáveis à prestação do serviço, a Administração não pode negar tal direito ao concessionário (art. 27).

Na subconcessão¹⁸⁵ temos a contratação de terceiro para a execução de parte do objeto concedido, a pactuação, por sua vez, pressupõe o repasse de atividades delegadas ao privado.

É necessário que haja licitação, e a Lei não deixa claro quem promoveria essa seleção pública, mas a lógica obriga-nos a pensar que a concorrência será mais bem conduzida pela concessionária, na medida em que a relação contratual vai se estabelecer entre a empresa concessionária (na condição de subconcedente) e a empresa que se sub-roga na condição de subconcessionária, principalmente em serviços interdependentes¹⁸⁶.

Estamos, portanto, diante de contrato de natureza pública.

Apesar do apreço com o conhecimento técnico e a especialidade que cercam a atividade da concessionária – e isso traria grande vantagem na condução da seleção –, não é o entendimento que prevalece atualmente.

A formatação do procedimento é bastante complexa e de difícil compatibilidade com a natureza jurídica dos entes de direito privado, em especial frente ao argumento que o

exigências técnicas, financeiras e regularidade jurídica impostas inicialmente (art. 27-A, §3º, da Lei Geral de Concessões), combinada com as disposições do art. 116 da Lei Federal nº 6.404/76 (Lei de Sociedade por Ações).

¹⁸⁴ Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 142.

¹⁸⁵ Defende Vitor Rhein Schirato: “[...] do ponto de vista da concorrência na prestação de serviços públicos, a subconcessão não é um instrumento relevante, porque não se prestaria a fomentar a concorrência. A subconcessão será aplicável aos serviços que sejam prestados em regime de monopólio natural, isto que é instrumento muito útil à pulverização (e conseqüente mitigação) dos riscos envolvidos com a construção, a operação e a manutenção das redes de suporte dos serviços públicos”. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. *A noção de serviço público em regime de competição*. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 268. doi:10.11606/T.2.2011.tde-03092012-110406. Acesso em: 2019-07-02.

¹⁸⁶ A tese de outorga de poderes para a concorrência à concessionária é defendida por: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed., Op. cit., p. 135. Em sentido contrário, destacamos a posição defendida por BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei nº 9.074 de 07 de julho de 1995*. Op. cit., p. 133, destacando: “a competência para promoção da concorrência da qual deve ser precedida a subconcessão é do poder concedente e não do subconcedente, pois este tem interesses seus incompatíveis com os interesses públicos envolvidos na licitação”.

art. 37, XXI, da Constituição Federal, à luz do *caput* desse artigo, vincula: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Fragilidade legal, portanto, é que não se menciona no texto constitucional, como condutor de licitações públicas, a pessoas jurídicas de direito privado.

Modo diverso pode ser entendido o caso de prestadores públicos vinculados por contrato de programa (Lei Federal nº 11.107/2005), já que possuem natureza de pessoa jurídica de direito público.

Segundo ponto é a subcontratação (ou terceirização), prevista no art. 25, §1º, da Lei Geral de Concessões, e autoriza a pactuação com empresas terceiras para a realização das atividades inerentes, acessórias ou complementares que estejam ligadas ao objeto concedido. A mesma sistemática é possível para os projetos associados desenvolvidos.

O tema é controvertido e será abordado com clareza no Capítulo 4, não só para trazer as diferenças entre cada uma das atividades elencadas no citado artigo, mas também para mostrar as limitações da ação terceirizante.

Por questões metodológicas, adianta-se a ideia de que a subcontratação é negócio jurídico por meio do qual o concessionário contrata com outro agente privado o exercício de determinadas atividades não atreladas ao núcleo do serviço público que lhe foi delegado (v. g. limpeza, vigilância)¹⁸⁷.

Para Antonio Carlos Cintra do Amaral¹⁸⁸: “Por não veicular parcela do serviço público, não se submete à mesma intensidade regulatória do contrato de concessão. Razão porque são despiciendas a prévia autorização do poder concedente e a realização de procedimento licitatório”.

E a dinâmica de eventual subconcessão e das subcontratações¹⁸⁹ que envolvem os módulos concessórios e as respectivas prestações de serviços públicos despertam atenção para dois desafios:

¹⁸⁷ Cf. FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 84.

¹⁸⁸ Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2000/c24>>. Acesso em: 12 set 2019.

¹⁸⁹ Vale destacar o movimento legislativo que busca estabelecer parâmetros e delimitar objetivamente a parcela possível de subdelegação contratual que está presente na discussão do Projeto de Lei nº 3.261/2019 (altera o marco regulatório do saneamento), destacando que: “Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (grifou-se).

(i) para a Administração Pública, na condição de concedente e gestor do contrato, que passa a vivenciar dificuldades para a fiscalização das metas e da qualidade dos serviços públicos concedidos, frente a pulverização de muitas das ações previstas no contrato; e

(ii) dos atores envolvidos nas temáticas trabalhistas dos contratos, com aflições frente à precarização das relações de trabalho e divisão do poder negocial diante do número maior de categorias e de sindicatos envolvidos nas negociações.

Explorando a experiência portuguesa, foram detectados problemas com dispersão de conhecimento ocasionada com as novas contratações e a fragmentação da experiência de diferentes setores, o que demonstra a incapacidade de consolidar aprendizagens e melhores práticas. No caso de PPP's de âmbito local, notadamente em setores como a educação ou o lazer, não existe qualquer controle das parcerias estabelecidas¹⁹⁰.

Tema que será aprofundado no item 2.8 (Capítulo 2), mas que merece nota imediata, é o exercício do direito de greve nas subcontratações.

Vários serviços públicos em módulos concessórios são prestados em atividades essenciais, conforme disposto no art. 10 da Lei de Greve (Lei Federal nº 7.783/1989).

Por força da Lei de Greve, há restrição ao exercício do direito por parte dos trabalhadores envolvidos, quer sejam eles servidores públicos (abrangidos pela Lei em razão da decisão proferida no Mandando de Injunção nº 607-ES) ou empregados das empresas concessionárias ou subcontratadas (terceirizadas).

Aponta Egon Bockmann Moreira¹⁹¹, que: “[...] é indispensável que, durante o transcurso do movimento grevista, seja assegurada aos usuários a fruição do serviço, ainda que circunscrita a um mínimo – este definido caso a caso pelo regime jurídico do serviço –, com a respectiva densificação normativa oriunda de seu regime estatutário e do contrato de concessão (ou permissão)”.

Independentemente da natureza da contratação dos empregados, quer seja na condição de empregado da concessionária de serviços públicos, quer seja de empregado da

§ 1º A subdelegação é condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º Os contratos de *subdelegação* disporão sobre os limites da *subrogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário, observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 e serão precedidos de procedimento licitatório.*

§ 3º O contrato de subdelegação poderá ter por objeto serviços públicos de saneamento básico que sejam objeto de um ou mais contratos”. (grifou-se).

¹⁹⁰ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012. p. 199.

¹⁹¹ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 274.

empresa subconcessionária ou da subcontratada (em qualquer etapa do processo), a natureza da atividade desempenhada (serviço público), se essencial, impõe restrições ao direito de greve por força da Lei.

A natureza jurídica da empresa ou do contrato civil firmado entre as empresas é irrelevante nesse contexto, pois o que impõe limitação à greve é o serviço a ser desempenhado e não o contrato de trabalho e a natureza do vínculo.

1.4.3.5. A divisão de riscos nas concessões administrativas

Como destacadas anteriormente, algumas peculiaridades emergem dos módulos concessórios e pedem análise mais detalhada; são elas: o alongado prazo de pactuação, a complexidade econômico-financeira para a composição da tarifa ou contraprestação e mutabilidade¹⁹² em função de avanços tecnológicos.

Esses componentes inserem considerável grau de incerteza e de dificuldades para a execução e planejamento dos módulos concessórios.

Quanto mais durar um contrato, maior será sua exposição a eventos que dificultem ou inviabilizem a execução das obrigações. E quanto mais clara e adequada for a repartição dos riscos desses eventos, mais seguro será o investimento do empreendedor e mais atrativa se tornará uma licitação, por exemplo, para a concessão de serviços públicos¹⁹³.

Para Fernando Araújo¹⁹⁴, é preciso reconhecer que a elaboração e a execução de um contrato tendem a ser mais dispendiosas quanto mais extensos forem os riscos que pretende cobrir.

Ademais, detalhar todas as minúcias do instrumento contratual é extremamente custoso, e significa que, quanto mais complexo for o contrato, mais caro será estipular todas as contingências que poderão ocorrer, gerando um *trade off* completude versus custos. Existe, portanto, um grau ótimo de completude contratual, ditado pelo custo marginal de complemento.

¹⁹² Segundo Marçal Justen Filho: “a utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009. p. 445.

¹⁹³ Cf. MARRARA, Thiago. *A formação do equilíbrio econômico-financeiro e seus respectivos aditamentos em contratos de concessão comum e parcerias público-privadas de municípios vinculados à ARES-PCJ*. Parecer Jurídico. Disponível em: <<http://www.arespcj.com.br/files/files/ESTUDO%20N%2004%20-%202018%20-%20MODIFICACAO%20DE%20CONCESSOES.pdf>>. Acesso em 05 nov 2019.

¹⁹⁴ Cf. ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 149.

Nesse cenário de incerteza futuras, surge a pertinente discussão sobre a repartição dos futuros e eventuais riscos que possam afetar a relação contratual¹⁹⁵ e a melhor forma de alocação de tais condições não previstas ou que possam ocorrer na constância do contrato.

A alocação dos riscos do negócio¹⁹⁶ nos módulos concessórios é feita através da matriz de riscos contratuais¹⁹⁷.

A disposição dos riscos é planejada na fase de estudos de viabilidade, transferida e discutida no edital (fase interna), exposta em audiência pública (apresentação da minuta do edital) e convertida em anexo do contrato administrativo, vinculando o vencedor.

A matriz antecipa e atribui a cada uma das partes a obrigação de assumir as consequências de ocorrências futuras, sendo que a definição impacta diretamente na viabilidade da atividade a ser delegada e na formação do preço da tarifa ou da contraprestação a ser ofertado na licitação.

Passa a ser imprescindível, portanto, na pactuação dos contratos, a definição de critérios adequados de repartição de riscos entre os agentes envolvidos, com cláusulas que assegurem, ao mesmo tempo, flexibilidade para a adaptação a novas circunstâncias e para a transferência de ganhos de eficiência das concessionárias para os usuários¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Nos dizeres de Pedro de Menezes Niebuhr: “A repartição objetiva de riscos entre parceiros, vale lembrar, adquire *status* de postulado, cujos efeitos extrapolam a literalidade da diretriz estampada no inciso IV do art. 4º da Lei nº 11.079/04. O tratamento dado aos riscos pela Lei, em especial à repartição deles, alcança outras diretrizes, como, por exemplo, a que exige responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias, e a que prescreve a consideração da sustentabilidade financeira e das vantagens socioeconômicas dos projetos”. Cf. NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 116-117.

¹⁹⁶ Uma deficiência bastante notada na prática contratual é a ausência de uma definição conceitual do risco, o que dificulta sobremaneira a busca por um entendimento padronizado de como melhor operacionalizar a sua mensuração. Destaca Marcos Nóbrega, que “A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais, o evento que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período do tempo e, por fim, o impacto que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco”. Cf. NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. In: *Revista de Direito Administrativo Econômico*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, mai/jun/jul 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcos-nobrega/riscos-em-projetos-de-infraestruturaincompletude-contratual-concessoes-deservico-publico-e-ppps>>. Acesso em 30 set 2019.

¹⁹⁷ Para Fernando Menegat e de Gustavo Miranda: “[...] a expressão ‘matriz de riscos’ tem dimensão mais estrita, fazendo referência à cláusula contratualmente prevista com a finalidade de disciplinar a repartição objetiva de riscos entre as partes – contratante (Poder Público) e contratado (particular). Ao se falar em “matriz de risco”, portanto, os diplomas que regem as contratações públicas não têm em mira todo o gerenciamento de riscos de uma organização, mas sim, numa visão mais estreita, procura apenas sopesar o gerenciamento dos riscos especificamente atrelados àquela determinada contratação. Sua função, assim, é limitada (ainda que não menos importante): disciplinar a repartição dos riscos contratuais entre as partes contratantes”. Cf. MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada. In: *Revista Consultor Jurídico*, 03 jun 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opiniao-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada#author>>. Acesso em: 30 set 2019.

¹⁹⁸ Cf. KARAM, Rejane. *A concessão de rodovias paranaenses sob a ótica da regulação*. Dissertação de Mestrado em Desenvolvimento Econômico, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 141.

A alocação de riscos, como contributo para uma melhor definição e maior clareza na delimitação do objeto delegado, visa assegurar eficiência ao processo de contratação, evitando que uma das partes assuma determinado risco que pode ser gerido melhor pela outra parte. No caso do setor público, a assunção de alguns riscos pela administração pública que poderiam ser geridos de maneira mais eficiente pelo concessionário pode onerar o poder concedente e, por consequência, o usuário¹⁹⁹.

O tema é controverso no direito brasileiro, e ponderações precisam ser feitas.

Primeiro ponto é que a matriz de riscos deve constar do módulo concessório, seja na concessão comum, na concessão patrocinada (em que se recolhe tarifa do usuário) e na concessão administrativa (por essência, modalidade sem tarifa, remunerada mediante contraprestação direta do parceiro público).

Licínio Lopes Martins²⁰⁰, analisando as legislações europeias e americana na temática de repartição de riscos – que para nós serve como paradigma da produção de nossas regras, até mesmo pelo pouco experimentado modelo de concessões no país, destaca que “Em síntese, pode concluir-se que a adequada distribuição/repartição dos riscos contratuais entre a Administração e co-contratante, especialmente nos contratos de longa duração, é hoje um princípio comum aos diversos ordenamentos jurídicos, não podendo deixar de ser visto, quanto ao seu conteúdo normativo, como uma projeção ou concretização do princípio geral do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, (e, em geral, dos contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos)”²⁰¹.

A grande controvérsia sobre a divisão decorre da equivocada redação da Lei Federal nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), pois o art. 2º, III, atribuiu ao concessionário

¹⁹⁹ Cf. GARCIA, Leonardo Lopes. *Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas concessões de rodovias federais*. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2433031.PDF>>. Acesso em 28 set 2019.

²⁰⁰ Cf. MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80268>>. Acesso em: 24 out 2019.

²⁰¹ O mesmo autor destaca, dando ênfase no modelo de repartição de riscos adotado na legislação italiana que, “De igual modo, na Itália, o *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, com a alteração que lhe foi introduzida em 2008, veio a contemplar uma definição do *contratti di partenariato pubblico privato*, abrangendo, entre outros contratos, concessões de obra pública e de serviço público, remetendo, quanto à repartição do risco, para as indicações do direito comunitário, o que, em termos práticos, significa uma remissão para a doutrina constante do Livro Verde sobre as parcerias público-privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões, da Comissão Europeia, de 30 de Abril de 2004 (COM-2004-327 final)”, a qual, em matéria de repartição de riscos, recomenda a sua divisão aos cuidados daquele que possui maior capacidade de gerenciá-lo. Cf. MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. Op. cit.

um conjunto de riscos ao cravar a expressão “por sua conta e risco”²⁰², dando-se a entender que todo risco oriundo do contrato seria de exclusiva responsabilidade do concessionário desde a assunção da delegação dos serviços.

Essa lógica representa grande divergência em relação ao praticado nos módulos convencionais instrumentais, por regência da Lei Geral de Licitações e Contratos, na qual o contratado é alheio a todo e qualquer risco – à exceção daqueles da denominada álea ordinária²⁰³⁻²⁰⁴.

Para Marçal Justen Filho²⁰⁵, somente seria possível atribuir o risco do empreendimento integralmente ao particular se a concessão transformasse o serviço em privado. Nesse caso, o insucesso da empresa seria algo pertinente a apenas o interesse do particular.

Arremata o autor, apontando que o serviço continua a ser público e indispensável à promoção dos direitos fundamentais, sendo vedada, como regra geral a sua interrupção. O serviço público deve ser mantido, o que conduz à impossibilidade de transformá-lo num instrumento de risco privado.

A expressão “por sua conta e risco” leva a compreensões inadequadas, haja vista que o contrato de concessão não pode implicar automática assunção de todo e qualquer risco pelo concessionário, sob pena de se admitir uma ineficiente oneração dos usuários do serviço concedido, que pagariam tarifas mais elevadas para fazer frente aos riscos assumidos pelo particular.

Sob a égide da Lei Federal nº 8.987/1995, a doutrina nacional fez esforços para melhor compreender o conteúdo da expressão, de modo a acometer ao concessionário apenas

²⁰² Sobre a posição de parte da doutrina, aponta Marcos Augusto Perez: “muito embora inequivocamente majoritária, essa posição – que doravante denominaremos doutrina tradicional do risco na concessão – não disfarça um despreocupado apego à repetição de textos clássicos, cujo questionamento parece-nos fundamental na atualidade”. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 103.

²⁰³ De acordo com essa teoria a expressão por conta e risco, conforme constante do art. 2º, inciso III, da Lei Geral de Concessões, não pressupõe a assunção integral dos riscos oriundos do contrato, mas apenas daqueles que são ordinários do contrato, ou seja, aqueles inerentes à própria atividade econômica.

²⁰⁴ A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhada de grande parte dos autores administrativistas, apresenta estudo sobre as áleas no âmbito da teoria da mutabilidade dos contratos administrativos e propõe a seguinte divisão: (i) álea ordinária ou empresarial, significando o risco existente em qualquer negócio, o que todo empresário corre em razão da flutuação de mercado; (ii) álea administrativa, que englobaria os riscos decorrentes do poder de alteração unilateral dos contratos administrativos pelo Estado, a álea relativa aos atos de autoridade (o fato do príncipe), bem como a álea identificada como fato da Administração; e (iii) a álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão e coligado à ideia de circunstâncias externas aos contratos, “estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 323.

²⁰⁵ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 673.

os riscos que pudessem ser por ele mais eficientemente absorvidos, evitando onerar a tarifa a ser paga pelos usuários²⁰⁶.

A definição clara de limites, adotando parâmetros normativos dotados de maior estabilidade, mas aptos a serem adaptados e atualizados para o futuro, constituem o que a doutrina do direito administrativo econômico chama de marco regulatório.

Nos destaques de Alexandre Santos de Aragão²⁰⁷: “O marco regulatório propicia estabilidade para os serviços públicos, cujos contratos de delegação são celebrados por décadas, mesmo que a segurança jurídica seja inalcançável, ainda mais em atividades sobre as quais a Administração inegavelmente possui considerável *ius variandi* para adaptá-las à evolução dos interesses públicos”.

Sempre se afigurou evidente e inquestionável que, quando o serviço público objeto da delegação envolvesse elevados riscos ou apresentasse margem reduzida de lucratividade, o Poder Público poderia contribuir com a remuneração do particular. Essa é a concepção vigorante em todos os países de tradição similar à nossa, tendo sido confirmada na jurisprudência comunitária, francesa, e na orientação geral da União Europeia²⁰⁸.

O tratamento do tema ganhou novos contornos com a edição da Lei Federal nº 11.079/2004, sendo adotada configuração mais clara e adequada à natureza de tais contratos. Aqui, o legislador determinou expressamente, no art. 4º, VI, a “repartição objetiva de riscos entre as partes” como condição obrigatória dos contratos de PPP²⁰⁹, superando a expressão genérica “por sua conta e risco” que tanta controvérsia instalou na Lei Geral de Concessões.

Isso significa que, com a leis das parcerias público-privadas, os riscos passaram a dever ser objetivamente identificados, e divididos de maneira a serem alocados à parte contratual que tiver melhores condições de absorver ou mitigar aquele determinado risco, causando menos impacto à estrutura econômico-financeira do contrato²¹⁰.

²⁰⁶ Cf. MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada. Op. cit.

²⁰⁷ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27.

²⁰⁸ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009. p. 85-87.

²⁰⁹ Importante destacar, ainda, que o art. 5º, III, da Lei das PPP's, impôs a repartição objetiva de riscos como cláusula contratual obrigatória, inclusive para as hipóteses de “caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea extraordinária”.

²¹⁰ Nas palavras de Thiago Marrara: “O art. 4º estabelece as diretrizes de contratação de PPP e, ao fazê-lo, exige a repartição objetiva de riscos entre as partes contratantes (inciso VI). Dessa previsão legal se extraem alguns mandamentos estratégicos, a saber: i) todos os termos contratuais de parcerias necessitam conter normas sobre riscos; ii) os riscos devem ser compartilhados, ou seja, não podem ser, todos eles, alocados a uma única parte;

Para Carlos Pinto Coelho Motta²¹¹: “a repartição objetiva dos riscos entre as partes deve ser feita, efetivamente, de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los. (...)”.

Posição idêntica é defendida na doutrina portuguesa representada por Rui Cunha Marques²¹² ao defender que “um determinado risco deve ser transferido para o parceiro privado se, e só se, ele for capaz de o gerir melhor (de forma mais eficiente) que o parceiro público.

Nessa percepção, a matriz de riscos²¹³, obrigatoriamente, será parte integrante do edital e do contrato, distribuindo os riscos *ex ante* e definindo responsabilidades entre as partes, gerando segurança jurídica, adequada simetria das informações (para garantia do regulador), bem como distribuindo os ônus financeiros decorrentes dos eventuais fatos supervenientes que possam afetar o contrato (atuação *ex post*).

Além de reforçar o mandamento contido no art. 4º, VI, o art. 5º detalha hipóteses gerais que devem ser abordadas imprescindivelmente no contrato, abrangendo eventos previsíveis, mas irresistíveis (força maior), eventos imprevisíveis (caso fortuito), eventos imputáveis a entes estatais que não figurem como concedente (fato do príncipe) e eventos externos de natureza econômica (álea econômica extraordinária). Na falta de norma contratual sobre esses grupos de riscos, a regra do compartilhamento se aplicará. Observe-se, todavia, que o art. 5º, III, não menciona o fato da Administração. Isso ocorre, pois ele consiste num comportamento imputável exclusivamente ao ente concedente, cabendo somente a ele a responsabilidade por eventuais danos e impactos sobre o contrato²¹⁴.

iii) a definição dos riscos e a atribuição aos contratantes serão objetivas, diretas, claras, de modo a conferir um grau satisfatório de segurança jurídica às partes ao longo da execução contratual”. Cf. MARRARA, Thiago. *A formatação do equilíbrio econômico-financeiro e seus respectivos aditamentos em contratos de concessão comum e parcerias público-privadas de municípios vinculados à ARES-PCJ*. Parecer Jurídico. Disponível em: <<http://www.arespcj.com.br/files/files/ESTUDO%20N%2004%20-%202018%20-%20MODIFICACAO%20DE%20CONCESSOES.pdf>> Acesso em 22 dez 2019.

²¹¹ Cf. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 1036-1037.

²¹² CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. Op. cit., p. 46.

²¹³ Em complementariedade sobre o tema matriz de riscos cabe, ainda, a identificação da essência de risco, nas palavras de Marcos Nóbrega: “A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais a serem considerados: o evento que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo e, por fim, o impacto que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco”. Cf. NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: incompletude contratual; concessões de serviços públicos e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 22, mai/jun/jul, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-22-MAIO-2010-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em 25 out 2019.

²¹⁴ Cf. MARRARA, Thiago. *A formatação do equilíbrio econômico-financeiro e seus respectivos aditamentos em contratos de concessão comum e parcerias público-privadas de municípios vinculados à ARES-PCJ*. Op. cit.

Quanto aos demais fatores impactantes (álea econômica, fato do príncipe, etc.), o art. 5º tampouco entra em muitos detalhes. Ele prevê simplesmente o compartilhamento de riscos, sem ditar como isso deverá ocorrer em cada caso.²¹⁵

No geral, entende-se que o compartilhamento deve se dar conforme o critério da gestão do risco. Em outras palavras, atribui-se o risco à parte contratante que detenha mais condições de evitar o evento danoso e impactante sobre o contrato²¹⁶.

Nas ponderações de Thiago Marrara²¹⁷: “A rigidez e a inexorabilidade da tutela do interesse público (pelo lado do contratante estatal e do usuário) e do direito ao reequilíbrio (pelo lado do prestador), persistentes durante toda a vigência do ajuste, somente se viabilizam na medida em que certas obrigações aceitam modificações para garanti-los. A mutabilidade do contrato administrativo configura, portanto, um inevitável mecanismo de harmonização dos interesses e direitos que o permeiam e não aceitam relativização. Essa mutabilidade, em regra, atinge as chamadas “cláusulas regulamentares”, ou relativas à prestação do serviço²¹⁸.

A prática de avaliação de contratos tem mostrado que o desafio posto é encontrar, ao longo do processo de modelagem dos projetos, o mais eficiente esquema de repartição de riscos entre as partes, já que a tendência da Administração, dentro do poder de decisão que detém para delimitar os termos do edital, na maioria das vezes tende a querer alocar grande parte dos riscos para a concessionário, desprezando a orientação de buscar alocar os riscos para a parte que tem melhor capacidade e incentivo para lidar com ele.

Para Fernando Vernalha Guimarães²¹⁹, num mundo ideal, em que os riscos pudessem ser todos identificados e alocados indubitavelmente à responsabilidade de cada

²¹⁵ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005. p. 140.

²¹⁶ Conforme explica Alexandre Santos de Aragão, no uso da margem de modelagem dada pela lei, é inaceitável que a Administração Pública adote “critério de divisão de riscos que descaracterize o próprio instituto e a sua natureza de delegação, como ocorreria se, por exemplo, a Administração Pública devesse pagar quantia fixa, sem relação com a quantidade e qualidade das utilidades disponibilizadas pelo parceiro privado”. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, 2005, p. 141.

²¹⁷ Cf. MARRARA, Thiago. *A formatação do equilíbrio econômico-financeiro e seus respectivos aditamentos em contratos de concessão comum e parcerias público-privadas de municípios vinculados à ARES-PCJ*. Op. cit.

²¹⁸ Marçal Justen Filho observa: “Admite-se alteração das cláusulas atinentes às condições da prestação do serviço. São as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de sua execução, os padrões de qualidade, os limites qualitativos e quantitativos e outras características da atividade em que se materializa a prestação do serviço público. Quando se tratar de concessão de serviço relacionada com obra pública, a competência estatal examinada abrangerá inclusive o conteúdo e a programação original dessas obras”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009. p. 441.

²¹⁹ Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner

uma das partes, a margem para disputas e litígios seria mínima, sendo que a valoração de suas ofertas estaria livre (ou quase livre) dos custos de transação associados a estas inseguranças.

Finaliza o mesmo autor, destacando ser impossível eliminar completamente a suscetibilidade do contrato à materialização de riscos não catalogados. Há não apenas um problema de cognoscibilidade dos riscos, sendo humanamente impossível atingir-se um grau de detalhamento absoluto em relação a isso, como um problema econômico, pois estudos de risco com nível avançado de detalhamento e especificação podem incrementar a tal ponto os custos de transação da contratação administrativa que a tornem ineficiente.

Em um cenário licitatório com insuficiente ou dúbia identificação de riscos, teremos sérios riscos à comparabilidade entre as propostas das empresas e a ausência de detalhamento avançado em relação à matriz de riscos abre espaço para interpretações discrepantes pelos interessados, dando origem a propostas orientadas por premissas divergentes.

Claramente, deparar-nos-emos com um cenário de propostas que visualizam cenários distintos, fragilizando a ideia inicial de um ambiente compatível à disputa licitatória.

Tal constatação não é desconhecida e tampouco desprezada pela doutrina, e há o reconhecimento que os módulos concessórios por suas peculiaridades, complexidade e longo prazo de duração são, essencialmente, contratos incompletos.

Essa incompletude remete à necessidade de clara e objetiva divisão dos riscos, o que traz maior segurança jurídica – às partes e ao regulador do contrato –, o que daria margem para abandonar a aplicação da teoria tradicional de divisão de riscos (teoria das áleas).

No tocante à incompletude dos contratos²²⁰, vários são os motivos que implicam repercussões no pacto contratual.

Fatores relevantes elencados por Giuliana Bonanno Schunck²²¹, são:

Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>>. Acesso em 04 out 2019.

²²⁰ Nos ensinamentos de Hugh Collins: “Como os contratantes não conseguem conhecer todas as intempéries e aspectos futuros que podem impactar aquela transação, seria de se esperar que eles estudassem e fizessem as análises necessárias para poder prever tais aspectos em seus contratos. Porém, novamente por uma questão de custo, os contratantes podem deixar seus contratos incompletos em vez de contemplá-los com todas as possíveis contingências, considerando que os custos que serão incorridos para possibilitar a complementação eventualmente serão bastante superiores àqueles relativos às medidas a serem tomadas para que se complemente o contrato”. Cf. COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 26.

²²¹ Cf. SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 44-45.

(i) a assimetria de informação. As partes costumam ter mais informações sobre seu próprio negócio do que sobre o negócio da outra parte; assim, muito elas sabem sobre a sua prestação, mas não conseguem saber tudo sobre a contraprestação ou o negócio da outra parte.

(ii) negligência no dever de informar. Embora exista desde a fase pré-contratual, ainda que o contratante informe, não raro ele não disponibilizará absolutamente todas as informações sobre seu negócio à outra parte, seja porque isso não traz benefícios comerciais (muitas vezes pode, inclusive, lhe ser prejudicial), seja porque não tem interesse, tempo ou até mesmo as efetivas condições para oferecer as informações.

(iii) falta de compreensão da outra parte sobre vários aspectos da transação. Desconhecendo ou subestimando uma informação, deixa de fazer constar alguma condição.

São ferramentas poderosas, ainda, os estudos da teoria da microeconomia que, na busca por mitigar assimetrias dos riscos, através da avaliação empírica de responsabilidade e domínio sobre eventos futuros, faz a seguinte classificação:

(i) riscos endógenos: aqueles que podem ser reduzidos pela identificação e atribuição de seu controle às partes que possuam o incentivo adequado para diminuir ao máximo a sua exposição a eles (riscos de construção e de financiamento, por exemplo); e

(ii) riscos exógenos: aqueles que não podem ser controlados pelas partes envolvidas em um contrato, isto é, a origem dos riscos não pode ser alterada pela ação direta dos envolvidos no contrato.

Marcos Augusto Perez²²² pondera que deixar de analisar os verdadeiros riscos ou preceituar uma repartição fixa e aplicável, indistintamente, a todos os contratos de concessão é um desacerto, pois a teoria tradicional das áleas não resolve os fatos desestabilizadores dos contratos, mas, ao contrário, cria problema de difícil solução para esses riscos inerentes a contratos de concessão.

Ao analisar os módulos concessórios, considera-se fundamental averiguar como foi estabelecida a alocação de riscos, pois tal repartição influenciará as revisões contratuais.

Para o presente estudo, a repartição de riscos ganha relevância e interesse, pois a clara alocação de responsabilidades na definição do componente de pessoal (através da matriz de riscos), dá segurança jurídica para a compreensão da atribuição de responsabilidades sobre tal componente de custos.

²²² PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Op. cit., p. 116.

O Capítulo seguinte (Capítulo 2), apoiado nessa base conceitual da matriz de riscos e na sua divisão, avança em termos propositivos para trazer uma nova ideia conceitual de delineamento da liberdade negocial nas relações coletivas de trabalho.

II. Regime de Pessoal nos Módulos Concessórios

2.1. Amplitude do capítulo

Destacados os aspectos relevantes nos módulos concessórios, notadamente as particularidades e requisitos para a concessão de serviço público (Lei Federal nº 8.987/95), bem como os fundamentos para a concessão administrativa e concessão patrocinada (Lei Federal nº 11.079/04), dar-se-á ênfase, a partir e então, ao regime de pessoal nos módulos concessórios.

Com o propósito de buscar novas formas privadas de gestão, em uma lógica ampla de privatização²²³, os módulos concessórios transferem para o privado a operação dos serviços delegados de titularidade do ente da Federação.

Nesse contexto de trespasse das atividades, insere-se a responsabilidade pela prestação dos serviços²²⁴, bem como todos como todas as obrigações pela contratação e gestão de pessoal, com regras privadas de pactuação, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT²²⁵.

Diante da natureza privada do empregador²²⁶, ficam excluídas as regras públicas de contratação mediante concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal), bem como a

²²³ Nas anotações de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “O próprio vocábulo *privatização*, ligado a *privado*, evoca as ideias de gestão por pessoas privadas e de gestão pelos métodos do setor privado. Insere-se na tendência de *fuga do direito público* ou *fuga para o direito privado* [...]”. Cf. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 9.

²²⁴ O entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no tocante à responsabilidade do Estado e das empresas concessionárias de serviços públicos, aplicando a teoria de risco administrativo do negócio, firmou o seguinte entendimento (REsp 1.330.027): “[...] Quanto à ré, concessionária de serviço público, é de se aplicar, em um primeiro momento, as regras da responsabilidade objetiva da pessoa prestadora de serviços públicos, independentemente da demonstração da ocorrência de culpa. Isso porque a recorrida está inserida na Teoria do Risco, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-19_08-00_A-responsabilidade-do-Estado-e-das-concessionarias-de-servicos-publicos.aspx>. Acesso em 11 dez 2019.

²²⁵ Resume Marçal Justen Filho: “É característico da concessão o concessionário assumir pessoalmente o desempenho das atividades correspondentes à prestação do serviço público. Nos limites determinados no contrato, o serviço público passa à exclusiva responsabilidade do concessionário. Isso significa, por um lado, que o poder concedente cessa sua atuação. Por outro, autoriza transferência das atividades para terceiros (respeitados os limites legais e contratuais). Isso não significa obrigatoriedade de o concessionário atuar sempre pessoal e diretamente. O concessionário assume juridicamente a gestão do serviço, com a faculdade de contratar terceiros para o desempenho das atividades pertinentes”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 277.

²²⁶ Nas precisas palavras de Amauri Mascaro Nascimento: “A empresa, sob o ângulo trabalhista, interessa apenas de um modo: como a organização que tem empregados e que portanto devem cumprir não apenas fins

validação de tais contratações pelo Tribunal de Contas do Estado, que atua na avaliação de legalidade e dos certames para as contratações públicas em todas as esferas.

Como bem destaca Hely Lopes Meirelles²²⁷, pela concessão o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega apenas a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente.

Nesse sentido, a assunção dos serviços públicos em módulos concessórios não altera ou condiciona a estrutura empresarial da concessionária em sua relação privada de admissão de empregados, sempre pautados nas regras celetistas.

Surgem, entretanto, questões que precisam ser balizadas para compreensão das características e especificidades dos módulos concessórios.

A seguir traz-se à discussão questões de negociações coletivas, formas de reajuste dos salários e seus reflexos.

2.2. Negociação coletiva, reajuste salarial e reflexos nos módulos concessórios

Adentrando a temática específica do presente trabalho, propõe-se, analisar, à luz das reflexões lançadas acerca dos contratos administrativos em módulos concessórios – quer sejam eles na modalidade de concessão ou de parceria público privada –, algumas das reais dificuldades e as tensões existentes entre as premissas do direito administrativo e as regras do direito do trabalho, notadamente no campo da terceirização.

O ponto de partida a ser analisado são a amplitude e os efeitos da negociação coletiva de trabalho²²⁸ fundada na relação de emprego daqueles trabalhadores vinculados às empresas concessionárias de serviços públicos através de contratos administrativos em módulos concessórios, bem como os seus reflexos jurídicos e econômicos.

econômicos, mas também sociais, com o que se incluem, entre as matérias de que e ocupam os juslaboralistas, as relações entre o empregado e os superiores hierárquicos, a estrutura da empresa para atender a essas relações, a representação dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na administração, nos lucros ou no capital, os poderes de que é investido o empregador etc.”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 671.

²²⁷ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 510.

²²⁸ As relevantes lições de Amauri Mascaro Nascimento atentam que: “O modelo de direito do trabalho de um país pode ser medido sob o ângulo da negociação coletiva. O espaço que a negociação coletiva ocupa no direito interno é um critério que permite classificar o sistema de relações de trabalho de um país. Daí os modelos *abstencionistas* ou *desregulamentados* e os modelos *regulamentados*. A negociação coletiva é a expressão do princípio da autonomia coletiva dos particulares e da liberdade sindical. Uma das principais funções do sindicato é, exatamente, a negociação coletiva”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 7. ed., São Paulo: LTr, 2012. p. 400.

O ponto destacado não é novo, já que o componente de custos de *peçoal* ou *mão-de-obra* é largamente reconhecido nos contratos e na matriz de riscos contratual como um dos principais componentes de custo dos módulos concessórios.

Operar serviços públicos tem, como regra, investimentos e custos operacionais que demandam, por sua vez, alocação de pessoas – em maior ou menor quantidade, dependendo da natureza da atividade –, mas quase sempre em grande escala.

Chama a atenção e merece luz o fato de ser tema pouquíssimo explorado, tanto pela teoria dos contratos administrativos, quanto pelo direito do trabalho.

No campo trabalhista, aliás, o tema é relegado quase à inexistência, focalizando somente dentro do padrão clássico da relação de trabalho os direitos trabalhistas que são garantidos aos empregados de concessionárias, nos padrões estabelecidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

É necessário ir adiante. Quando identificamos tensões entre regras do direito administrativo (aqui focalizando os contratos administrativos – quer sejam eles módulos concessórios ou de terceirização à luz da Lei de Licitações, a Lei Federal nº 8.666/1993), e os pontos basilares do direito do trabalho (aqui com realce ao direito à negociação coletiva e demais benefícios dela decorrentes), percebemos um distanciamento das reais possibilidades de liberdade negocial.

A afirmação decorre da expressa previsão, no contrato administrativo, de regras editalícias *pré-definidas* e pactuadas contratualmente entre as partes (através da fórmula paramétrica de reajuste), sobre a forma, prazo e componentes de custo com pessoal.

Tais condições contratuais põem pressão sobre itens que seriam tratados – ou deveriam ser tratados –, como estratégia de liberdade negocial²²⁹ e de ampla liberdade que legitima a atuação do sindicato representativo da categoria²³⁰, posteriormente referendada por norma coletiva de trabalho.

²²⁹ Para Amauri Mascaro Nascimento, a liberdade de exercício e de funções: “Faz do sindicato fonte de produção de direito positivo, complementando as lacunas da lei, detalhando onde a lei não desce, criando figuras novas e direito maiores para os empregados, enfim, construindo um *direito paralegal* indispensável para a melhor ordenação das relações trabalhistas”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 41.

²³⁰ Aqui vale o apontamento de Oliver Eaton Williamson, ao destacar o papel estratégico da negociação e a busca por eficiência dos sindicatos, em especial na sua gestão e governança, já que: “[...] Sem dúvida, esta é a fonte de muito conteúdo preditivo da abordagem de custos de transação. O argumento básico é agora familiar: a continuidade da relação de emprego é valorizada tanto pelo empregador quanto pelo empregado para as tarefas que envolvem a aquisição de significativas habilidades específicas à transação, enquanto tarefas para as quais a aquisição de habilidades não é substancial e/ou de propósito geral não criam os mesmos interesses de continuidade”. Cf. WILLIAMSON, Oliver Eaton. Op. cit., p. 232.

Outro ponto que será explorado são, o desafio e os limites de aplicação do salário equitativo, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 383²³¹, com tendência de reconhecer a igualdade salarial não apenas nos casos de terceirização ilícita, como delineados pelo art. 12, letra “a”, da Lei Federal nº 6.019/74 (Lei do Temporário)²³², mas a toda hipótese de terceirização.

Esse item merece ser analisado à luz do contrato administrativo em módulo concessório e, também, do contrato de terceirização fundado na Lei de Licitações, já que ao concessionário ou ao contratado-licitante é garantido o direito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, diante de tal reconhecimento quem paga efetivamente a conta desse novo custo reconhecido?

Não bastassem as implicações contratuais que limitam o poder negocial dos sindicatos, temos de considerar, ainda, como ingrediente indutor de dificuldades às categorias profissionais, o impacto desestruturador causado ao movimento sindical pelas profundas transformações²³³ da economia de mercado com a crescente descentralização das atividades da empresa e aumento exponencial das terceirizações²³⁴, com as quais os produtos de uma empresa, hoje, serão os insumos de outra, amanhã²³⁵.

²³¹ Orientação Jurisprudencial nº 383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

²³² O art. 12, letra “a”, da Lei Federal nº 6.019/74 (Lei do Temporário), dispõe: “[...] remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculado à base horária [...]”

²³³ Nesse sentido, Antônio Carlos Aguiar, ao diagnosticar a nominada Quarta Revolução Industrial, aponta: “Revolução que vai além da utilização da robótica como meio de substituição de mão de obra. A mudança é cultural e estrutural na forma de atuar e de se mover neste Mundo Virtual, que substitui modelos econômicos de constituição e realização de negócios das empresas, bem como da forma de trabalhar e ser contratado (de onde, como e para quem prestar serviços). Em determinados momentos, até mesmo quem está no comando ativo do serviço realizado e contratado é figura digna de incertezas jurídicas. Ultrapassa-se, assim, a fronteira tradicional (e territorial) de relacionamentos de todos os tipos e áreas”. Cf. AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018. p. 36.

²³⁴ Com o destaque de Domenico De Masi, fica evidente que com as novas formas de organização de trabalho os sindicatos terão de rever as próprias estratégias e estruturas, pois a rigidez da forma de trabalho é desarticulada e a empresa recupera por outro caminho (dispersão geográfica, miniaturização das peças facilitando o seu transporte, substituição da mão de obra pela tecnologia, desregulamentação etc.) a capacidade de barganha que, ao longo dos últimos 50 anos, perdeu em relação aos sindicatos. Cf. DE MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial*. Tradução de Anna Maria Capovilla, Luiz Sérgio do Nascimento Henriques, Marco Aurélio Nogueira, Maria Cristina Guimarães Cupertino e Renato Ambrósio. 3. ed., São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2000. p. 90.

²³⁵ Continuando o raciocínio, desenvolvido por Amauri Mascaro Nascimento, conclui-se: “Paradoxalmente à subcontratação de atividades acessórias, a empresa é multifuncional, de modo que a indústria é, ao mesmo tempo em que fábrica, uma empresa que, também, oferece produtos financeiros, créditos diretos ao consumidor, cartões de crédito, empréstimos comerciais, fundos mútuos, ações, seguros, circunstâncias essas que, sem exceção, põem em completa destruição as categorias tradicionais, e transformam as bases de representação

Desprezar tais pontos, e deixar de colocar luz nesses instrumentos que tornam a negociação coletiva inócua, pressiona economicamente para que ela seja inefetiva, ou até mesmo fragilizada a sua função constitucional, é um grave erro de estratégia.

Diante da prometida onda de concessões que se avizinha, tanto pela sempre citada necessidade de recursos privados, quanto pela conveniência de busca por novos parceiros para maciço investimento em atendimento às novas obras e manutenção de atividades de infraestrutura, parece ser vital revisitar temas que podem mitigar conflitos entre capital e trabalho.

2.3. Modelagem das licitações e dos contratos: discricionariedade do Gestor Público e oportunidade para aprimoramento do regime de pessoal

Uma primeira fragilidade a ser destacada – e com grande grau de probabilidade de ser o fundamento para as dificuldades nas negociações coletivas que envolvem categorias representativas dos segmentos vinculados aos contratos e módulos concessórios –, são a forma e o tratamento da modelagem dos editais de licitação e respectivos contratos.

Duas razões podem ser consideradas – em uma análise empírica, que pode trazer algumas ponderações sobre os padrões atuais de modelagem nos módulos concessórios:

(i) a visão ainda distorcida sobre a aplicabilidade de muitos dos institutos e regras da Lei de Licitações, causando desapego à legislação setorial (no caso a Lei de Concessões – Lei nº 8.787/95, para casos de concessões plenas e Lei das PPP – Lei nº 11.079/04, para concessões administrativas e patrocinadas).

Nesse ponto são costumeiras e razoáveis as críticas de superficialidade do edital de licitação e do contrato administrativo, em especial por falta de adequado planejamento e de estudo de viabilidade econômica frente ao prazo do contrato e por equívocos de leitura interpretativa com enquadramento em percentual de aditamento de prazo e de valor (na contraprestação), como disposto na Lei Federal nº 8.666/93; e

(ii) O poder público tem dificuldades para modelar os contratos em virtude da falta de *expertise* e da baixa incidência de demandas dessa natureza, uma vez que são contratos absolutamente raros para o cotidiano da Administração Pública, notadamente pelo seu alongado prazo, que varia entre 20 ou 30 anos. A dificuldade de acervo histórico,

sindical, que passam por uma mutação muito grande, imprevisível e sem controle”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Op. cit., p. 89.

avaliação crítica e amplo conhecimento dos instrumentos é muito grande e se perde no tempo com os avanços das tecnologias, com as alterações legislativas e com as práticas de mercado.

Aliás, para ilustrar tal percepção de baixa incidência dos módulos concessórios na realidade jurídica nacional, trazemos os dados de um setor que tem apresentado grande movimentação para delegação de atividades, inclusive com proposta de alteração legislativa, pelo Projeto de Lei nº 4.162/2019 para atração de investimentos privados, que é o saneamento básico (em especial serviços de água e coleta e tratamento de esgotos domésticos).

Dados da Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto – ABCON²³⁶, apontam, atualmente, 135 (cento e trinta e cinco) contratos no segmento, atendendo 325 (trezentos e vinte e cinco municípios) e população total de aproximados 33,5 milhões de pessoas.

Cabe, ao gestor público, buscar formas de contemplar os interesses locais e expectativas para a adequada prestação dos serviços, o que perpassa por muitos interesses, não só do serviço adequado, tarifa módica e atualidade tecnológica, mas também entender a forma com que tais objetivos serão alcançados.

Não se deve esquecer que existirão pessoas por trás das atividades e processos, sendo salutar expandir processos participativos como o diálogo competitivo para os módulos concessórios, porém, a pauta do diálogo deve, necessariamente, pautar a valorização do trabalho, a repreensão por qualquer forma de segregação ou de precarização/desvalorização do trabalhador.

É absolutamente salutar formatar contratações públicas com a participação de atores sociais detentores de habilidades e conhecimentos técnicos especializados, porém a inclusão de pautas que vão além dos simples cálculos econômicos e equilíbrio dos contratos devem permear as discussões, já que, ao fim, tais decisões serão inseridas na tarifa, taxa ou contraprestação paga pelo usuário ou pelo poder público.

A formulação de políticas públicas, planejamento e prestação de serviço público, por sua vez, não são pautadas apenas por regras que lhe são objetivamente aplicáveis, mas também por normas de cunho principiológico.

Nesse sentido, destaca Fernando Vernalha Guimarães²³⁷ que, naquilo que suas atribuições não estiverem limitadas pela incidência injuntiva das regras, nascerá um espaço

²³⁶ Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. *Panorama da participação privada no saneamento*. 98 p. 2019. Disponível em: <http://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2019/04/PANORAMA2019low.pdf>. Acesso em 09 out 2019.

²³⁷ Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos*,

para a discricionariedade. Neste particular, as escolhas realizadas com vistas a definir o conteúdo dos contratos administrativos e sua equação econômico-financeira são escolhas *discricionárias* ainda que guiadas por princípios e diretrizes”.

Igual entendimento apresentado por Egon Bockmann Moreira²³⁸, ao observar que “[...] é nítida a reserva da Administração quanto à definição do modelo concessionário a ser implementado – trata-se de ato discricionário que concretiza específica política pública”.

Mas não se pode ignorar que inovar e trazer novas perspectivas²³⁹ para o contrato administrativo, reavaliar formas de mensurar eficiência e propor visão arrojada para a terceirização são temas polêmicos e que pouco encoraja gestores públicos, em especial pela forma voraz com que órgãos de controle e Ministério Público tem reagido a tais pioneirismos.

Foram célebres os debates conduzidos pelos autores conceituais do Projeto de Lei nº 7.448/2017, Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques Neto (sancionado como Lei Federal nº 13.655/2018 e inserindo artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), com a pretensão de atacar dois problemas corriqueiros da rotina administrativa, a insegurança jurídica e a ineficiência.

Na visão dos administrativistas, a insegurança provoca paralisia da máquina administrativa, e cunharam o apelido “apagão das canetas”, segundo o qual paira uma grande inércia em todas as esferas da Administração Pública pelo medo em inovar ou até mesmo propor novos modelos jurídicos com medo de disparidades de entendimentos dos órgãos de controle²⁴⁰.

equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 97.

²³⁸ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 130.

²³⁹ Nos dizeres de Alice Voronoff: “Cada vez mais, prevalece a percepção de que, em sociedades complexas e dinâmicas, as vias imperativas e unilaterais já não resolvem de forma satisfatória e adequada muitas das questões a cargo da Administração Pública. Não raro, decisões regulatórias impositivas falham porquanto elaboradas em meio a um quadro sistemático de assimetria de informações do administrador em relação aos setores regulados. Esse é apenas um dos obstáculos que dificulta (quando não impede) a pretendida conformação da conduta dos particulares, a qual poderia ser alcançada de modo mais efetivo por meio de uma decisão concertada; i.e., construída entre os atores envolvidos”. Cf. VORONOFF, Alice. Cinco desafios para a consensualidade administrativa: por que a via consensual ainda é tão difícil? Coluna Tribuna da Advocacia. *Jota Info*. Jul. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/cinco-desafios-para-a-consensualidade-administrativa-19072019>> Acesso em 15 out 2019.

²⁴⁰ Complementa Thiago Priess Valiati: “A partir da perigosa utilização desmedida da Lei de Improbidade, instaura-se o medo na Administração. O cenário de “apagão das canetas” prejudica a capacidade de inovação na gestão pública e acaba por ocasionar, por exemplo, o travamento de investimentos nos setores de infraestrutura no país. Como já alertou o próprio Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Bruno Dantas, ‘a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública’”. Cf. VALIATI, Thiago Priess. O impacto da Nova Lei de Introdução (L.13.655/18) na aplicação da LIA: o desestímulo ao direito administrativo do medo. *Direito do Estado - Colunistas*, 02 out 2018. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-priess-valiati/o-impacto-da-nova-lei-de-introducao-l-13655-18-na-aplicacao-da-lia-o-desestimulo-ao-direito-administrativo-do-medo>>. Acesso em 15 out 2019.

E o círculo de desmotivação é retroalimentado pela posição de administrativistas que defendem posição bastante restritiva para a inovação do modelo de contratualização sem base legislativa autorizadora.

As lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴¹, apontam que: “O direito administrativo brasileiro não é de elaboração pretoriana; a Administração Pública, se quiser criar figuras contratuais novas, tem que procurar seu fundamento no direito positivo. Não é possível, pura e simplesmente, ignorar o regime jurídico de direito público, sem que se promovam as alterações legislativas necessárias a essa finalidade”.

Inobstante esse entendimento – que em sua essência não contém impropriedades –, o desafio a ser enfrentado é a barreira cultural instalada contra a inovação jurídica por meio da consensualidade e de novos formatos de arranjos jurídicos²⁴². Parece existir uma espécie de subconsciente coletivo que aposta na via unilateral como a melhor maneira para se atender ao interesse público.

No diagnóstico de Juliana Bonacorsi²⁴³, há uma cultura repressiva no Poder Público, que se deve, resumidamente, a quatro fatores pontuais: “(i) legado histórico da Administração Pública como centro de exercício da autoridade estatal; (ii) compreensão da prerrogativa sancionadora como dever-poder; (iii) valorização dos efeitos da sanção administrativa; e (iv) demanda repressiva tanto por parte da própria Administração Pública quanto pelos órgãos de controle”.

²⁴¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 411-412.

²⁴² Aqui vale o destaque de Fernando Vernalha Guimarães para o instrumento jurídico do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, como via de superação do dogma da unilateralidade da Administração, destacando que “A institucionalização, assim como a normatização da hipótese da manifestação de interesse particular em projetos estatais, retrata a tendência em superar um ambiente de resistência e desconfiança em relação à influência do interesse privado nas soluções estatais voltadas à execução de obras e serviços. Mais do que isso, reflete a superação do dogma da impenetrabilidade, pelo interesse privado, do ambiente de gestão de projetos estatais. O prestígio da ideia de que as concepções para obras e serviços públicos deveriam ser preservadas da vulnerabilidade à influência prévia de privados - sempre movidos pela racionalidade econômica e por interesses egoísticos - resultou de longo e desgraçado histórico de práticas de corrupção e promiscuidade no trato dos bens públicos. A necessidade de responder aos eventos de corrupção, na direção da minimização dos riscos de desvios de ética e da imparcialidade e da lisura na condução dos projetos estatais, conduziu à criação de um bloco de legislação voltado a reprimir hipóteses de interlocução dos privados com os gestores da coisa pública. Esta concepção orientou, por exemplo, a criação de diversas restrições contidas na Lei nº 8.666/93 - como se observa a propósito da hipótese de impedimento de o autor do projeto básico disputar a licitação decorrente (art. 9º, inc. I). Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 73-97, mar/ago 2013.

²⁴³ Cf. PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 296.

Nesse novo cenário de debates, alinhado ao pensamento do direito administrativo que busca aclarar e incentivar a segurança jurídica²⁴⁴ pelas novas disposições da LINDB, é possível incentivar proposições inovadoras sem que estas representem, necessariamente, ilegalidades, corrupção, desvio de finalidade ou conduta a ser repreendida^{245 246}.

É necessário avançar para extirpar essa visão distorcida que somente mediante regras extremamente rígidas a Administração Pública pode funcionar e que, somente com a rigidez da estrita legalidade podemos eliminar os desmandos.

Marçal Justen Filho²⁴⁷, em afirmação de necessária e urgente revisão das formas de abordagem dos pressupostos do direito administrativo – o que se dá pela *personalização do direito administrativo*, pondera: “não é o poder (e suas conveniências), mas a realização do interesse público – entendido como a afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana”.

Acompanha o mesmo raciocínio, Gustavo Justino de Oliveira²⁴⁸, ao destacar que a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e de todos os demais direitos consagrados constitucionalmente dependem, rigorosamente, de uma ação administrativa; e a ação administrativa, por sua vez, não equivale, necessariamente, a uma prestação de serviço

²⁴⁴ Com as certas palavras de Ruy Pereira Camilo Junior, ao destacar que “A lei 13.655/18, acrescentando dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito, consagrou a ‘virada pragmática’ de nosso Direito Público, abrindo-se para o ambiente exterior em que opera. A aplicação das regras publicísticas passa a ser feita com o foco explícito no contexto fático dos agentes administrativos e com obrigatória atenção às consequências e efeitos práticos dela decorrentes. O operador do direito há de imergir na realidade circundante e – retomando o sentido clássico da prudência – agir à luz das peculiaridades do caso concreto, com seu colorido e suas nuances, e de olhos abertos aos desdobramentos de suas próprias ações. O presente e o futuro se enlaçam na concretização da norma e na busca do bem comum”. Cf. CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Nem Xamãs nem Pitonisas: consequencialismo e rigor técnico. Um comentário ao artigo 20, da LINDB, acrescido pela Lei n. 13.665/18. In: *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro* – anotada, Vol. II. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 86.

²⁴⁵ O destaque se faz em contraponto à opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao apresentar contundente afirmação que: “[...] Essa circunstância, aliada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo, de apadrinhamento, somada aos ideais do neoliberalismo, do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo. É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público. Sob o pretexto de ineficiência da Administração Pública, procurando-se os meios privados de atuação”. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. Op. cit., p. 412.

²⁴⁶ Como propriedade destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Assim, a perda que possa representar qualquer redução, que se identifique, da importância do Estado como *fonte de direitos*, em última análise, acaba por não ser de monta tão apreciável, pois, como *fonte estatal*, continuará a ser fonte determinante para a *definição* e a *garantia de cumprimento* das *políticas públicas* por parte dos governos, em benefício dos cidadãos [...]”. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 36.

²⁴⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26, 1999. p. 127.

²⁴⁸ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 180-181.

público, mas a qualquer das atividades que compõem a dinâmica da Administração Pública – entendida como o conjunto de atividades desenvolvidas pela Administração.

Enfim, diante da falta de conforto e de segurança jurídica para buscar um modelo adequado às expectativas e necessidades locais, pressionado pela constante, pouco dialógica e intimidatória ação do Ministério Público – com seus infundáveis inquéritos civis, Termos de Ajustamento de Conduta e, mais recentemente, “recomendações” com o questionável teor intimidatório “sob pena de Ação Civil Pública”, opta por reproduzir em seu edital os modelos aplicados em outras localidades que não apresentaram questionamento, nem dos órgãos de controle (por análise prévia de edital) e nem pelo Ministério Público e Poder Judiciário.

Destaca-se, por fim, que reproduzir modelos sem questionar a melhor forma de contratualização, leva a fórmulas e regras contratuais que nem sempre deram certo em todas as localidades aplicadas, nem sempre são as adequadas e, muitas das vezes, transportam para o novo contrato problemas e críticas sem que se avalie as consequências futuras.

2.4. Estrutura de reajuste: fórmula paramétrica e índice da inflação.

Diante da prática de reprodução padronizada de condições editalícias, os módulos concessórios contemplam, via de regra, nas cláusulas econômicas de reajuste, fórmula paramétrica²⁴⁹ contendo a descrição e todos os componentes de custo ou índice inflacionário para reposição das perdas do período apurado.

A fórmula paramétrica, em regra, utiliza índices que espelham a estrutura de custos do sistema em um determinado momento, fixando o peso dos principais componentes de custo que terão variação calculada pelos índices. Como as estruturas de custo variam ao longo do tempo, é importante que haja um processo de revisão da tarifa, em que se verifica se os pesos dos componentes se alteraram²⁵⁰.

²⁴⁹ Vitor Rhein Schirato, quando explana sobre formatos de reajuste, aponta: “Importante ressaltar que a escolha não é aleatória. A opção por índice ou fórmula depende da matriz de custos de um determinado serviço. Se essa matriz for mais fortemente influenciada pela inflação ou por outras fontes refletidas por um índice já existente, deverá haver a adoção de índice. Caso haja a influência de custos específicos, com pesos específicos, deverá haver uma fórmula paramétrica que contemple os custos mais apropriados para refletir a realidade do serviço prestado. Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 162, out/dez 2013.

²⁵⁰ Cf. CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil*. Texto para discussão 2192. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, abr. 2016. p. 16.

A vantagem que justifica a adoção dessa metodologia de reajuste é a ausência de conflitos entre concessionárias e gestores públicos no momento da negociação do reajuste, pois os índices, percentuais e estrutura de custos são públicos e de fácil aferição.

Ponto negativo é que a simplificação do cálculo leva a risco de desmobilização da estrutura criada para o acompanhamento de custos do setor por parte do poder público, que tende a visualizar legalidade na mera aferição dos cálculos, sem análise crítica dos componentes e aperfeiçoamento de fiscalização.

A prática de reajuste por fórmula paramétrica é bastante utilizada em inúmeros segmentos de serviços públicos delegados em módulos concessórios e, para maior amplitude de sua aplicação apresento, a seguir, o cálculo da tarifa de transporte público urbano²⁵¹ da cidade de Belo Horizonte/MG²⁵² e o contrato de parceria público-privada para gestão de esgotamento sanitário do Município de Piracicaba/SP²⁵³:

Figura 1: Reajuste da tarifa de transporte público urbano de Belo Horizonte/MG

$$PF = P_0 \times (0,25 \times Var.diesel + 0,05 \times Var.rodagem + 0,2 \times Var.veiculos + 0,4 \times Var.pessoal + 0,1 \times Var. Desp.adm) \quad (2)$$

sendo *PF* o preço final da tarifa; *P₀* o preço da tarifa no início do contrato; *Var.diesel* a variação do preço do diesel desde o início do contrato medido pela Fundação Getulio Vargas (FGV); *Var.rodagem* a variação do preço dos pneus desde o início do contrato medido pela FGV; *Var.veiculos* a variação do preço dos veículos desde o início do contrato medido pela FGV; *Var.pessoal* a variação dos salários dos trabalhadores medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC); e *Var. desp.adm* a variação dos custos administrativos medidos pelo INPC.

²⁵¹ É digno de nota o destaque dado ao contrato de concessão de transporte público urbano do município de Belo Horizonte, citado no presente estudo por sua atualidade e técnica criteriosa na composição de custos e na adequada formulação de metodologia de reajuste da tarifa, porém, infelizmente, raros são os casos de contratos de transporte público urbano modelados com critérios de sustentabilidade. Na grande maioria dos casos impera a informalidade – com contratos precários ou muito genéricos, critérios pouco claros de definição das tarifas, crescente e não pensados subsídios tarifários para muitos casos. Como fato absolutamente comprometedor da qualidade de tais serviços, a definição política das tarifas, que são reajustadas de acordo com o humor e a tendências política do momento, trazem graves e irreversíveis *déficits* para o serviço público prestado. Acrescente-se, ainda, que a falta de obrigatoriedade de regulação setorial para acompanhamento da qualidade dos serviços e definição clara e sustentável das tarifas, que leva a um grande e desproporcional poder do Chefe do Poder Executivo local, que estabelece as tarifas através de Decreto Municipal quando da conveniência e de interesses não tão claros. Existindo protestos ou momento político desfavorável simplesmente não se reajusta. Tal cenário leva a prestação de serviço à precariedade e à falta de sustentabilidade econômico-financeira explicando, assim, de forma bastante sintética, a razão pela qual existe tão grande número de municípios com intervenção nas empresas concessionárias.

²⁵² Cf. CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil*. Op. cit., p. 17.

²⁵³ Fórmula de definição da contraprestação no Anexo 1.6.

Figura 2: Reajuste da contraprestação pelo serviço de esgotamento sanitário de Piracicaba/SP

<p>ÁGUAS DO MIRANTE S.A O Contrato de Parceria Público-Privada (PPP) nº 048/2012, em sua Cláusula 9.10, prevê que o reajuste do Preço de Referência (PR) ocorrerá anualmente, após 12 (doze) meses, contados da data base (janeiro de 2011), utilizando a seguinte fórmula paramétrica contratual:</p> $PR = 1 + (0,50 \times IPCA) + (0,20 \times IGP-M) + (0,15 \times INCC) + (0,15 \times E)$ <p>Onde: IPCA = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE; IGP-M = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado e divulgado pela FGV; INCC = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice Nacional de Custo da Construção (INCC), calculado e divulgado pela FGV E = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, da tarifa de Energia Convencional A4 (TUSD+TE) da CPFL, instituído e publicado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica</p>
--

Reproduzindo os modelos mais corriqueiros temos, ainda, módulos concessórios – além da maioria dos contratos de terceirização nos moldes da Lei de Licitações –, formados por reajuste mediante aplicação de índice inflacionário (previamente eleito na licitação e no respectivo contrato). Abaixo a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do município de Sumaré/SP²⁵⁴.

Figura 3: Reajuste da tarifa de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Sumaré/SP

<p>BRK AMBIENTAL SUMARÉ S.A O Contrato de concessão plena dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário do município de Sumaré – Estado de São Paulo, prevê o reajuste anual com as seguintes considerações: 3.5.3.1". O valor da TARIFA será reajustado, pela ENTIDADE REGULADORA, a cada 12 (doze) meses, ou no menor prazo previsto na legislação, de acordo com a variação oficial do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.</p>
--

Os modelos adotados, por mais que tenham padronização mínima, apresentam as suas particularidades, em especial, na composição da fórmula, já que o peso dos componentes de custo tem variação de acordo com cada localidade e, principalmente, pela natureza dos serviços públicos concedidos prestados²⁵⁵.

²⁵⁴ Fórmula de definição da tarifa no Anexo 1.11.

²⁵⁵ A título de exemplificação e para uma melhor compreensão da modelagem da fórmula paramétrica em contratos em módulos concessórios, incorporamos, através do Anexo I, a íntegra da fórmula de alguns contratos, em especial focalizando na área de serviços públicos de saneamento básico, já que esse segmento tem maior diversidade e pluralidade de concepções desenhadas em razão da titularidade municipal para definição do modelo de prestação dos serviços públicos, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

Nessa lógica, o peso de combustível é mais relevante para o transporte público urbano de passageiros, da mesma forma que o custo de energia elétrica é mais impactante para os serviços de água e esgotamento sanitário.

Surge, portanto, independente da modelagem ou tipo de serviço público prestado, quer seja módulo concessório ou módulo convencional instrumental, uma aparente tensão entre regras de direito público e privado, a formação da composição de custo de pessoal ou mão de obra.

O propósito de tal avaliação é demonstrar que as composições de tais custos, bem como sua formação e atualização, são relevantes para entender e propor alternativas ao atual modelo de reajuste, de exercício da liberdade negocial, de valorização do trabalho e, principalmente, da eficiência que se busca quando da celebração da avença pública.

2.5. Composição de custos de pessoal: variáveis endógenas e exógenas.

Avaliando os componentes da fórmula paramétrica em módulos concessórios, pede atenção a forma de composição econômica do dispositivo, a avaliação dos serviços e a relação de responsabilização por eventos imprevistos que venham a desequilibrar a equação.

A composição de custos de uma atividade concedida pressupõe e a remuneração dos itens empreendidos naquela atividade específica, com características absolutamente individuais, razão pela qual, a modelagem²⁵⁶ de tarifa ou contraprestação de determinado serviço público leva em conta particularidades de operação e necessidades de investimentos de cada caso.

A modelagem, atendendo às especificidades de cada contrato administrativo deve, também, prever os riscos e a distribuição de ônus entre os contratantes, o que se faz pelo instrumento da matriz de risco.

Como destacado, várias são as dificuldades encontradas por assimetria de informações e os módulos concessórios não tem enfrentado com clareza esse componente, sendo inúmeros os casos de contratos em que a é matriz meramente formal.

²⁵⁶ Apontando a importância do planejamento e da modelagem de estudos estruturadores dos contratos de longo prazo, em especial de serviços públicos e atividades de infraestrutura, Egon Bockmann Moreira disserta: “Modelos – econômicos, administrativos e jurídicos – são estudos de soluções que pretendem tornar inteligível a experiência pretérita, bem como o que ela pode sugerir em face da diversidade de situações futuras. São descritivos e pretendem tornar mais simples a realidade (e respectivo conjunto de variáveis). Por meio da análise do passado pretende-se gerar suposições simplificadas e as respectivas análises sequenciais”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. Op. cit., p. 126.

Diante de tais deficiências não se consegue colocar à prova um simples problema de execução das atividades, tampouco exercitar plenamente o conceito de repartição objetiva dos riscos entre as partes, o que se dá de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los²⁵⁷.

O cenário, em muitas das vezes, é intencionado pelo Poder Público para remeter ao concessionário todas as responsabilidades inerentes aos serviços delegados²⁵⁸, livrando-se, de vez, daquela atividade, como se fosse percebido como um “problema” a ser resolvido na vigência do contrato única e exclusivamente pelo privado²⁵⁹.

Evidente que essa concepção é absolutamente equivocada e leva à majoração do preço da tarifa ou da contraprestação – já que o concessionário tende a entronizar em seus custos os riscos inerentes àqueles possíveis infortúnios ou sinistros e dificulta, sobremaneira, o papel do regulador do contrato.

O contratado, por sua vez, precisa, diante da incompletude ou da proposital omissão contratual, mediar conflitos ou instaurar procedimentos que deflagram infundáveis guerras jurídicas em reequilíbrios.

²⁵⁷ Ainda citando os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira, é importante destacar, em termos de aferição dos riscos na concessão e de suas variáveis, que: “Considerações a parte da assimetria de informações (*hidden action* – quando uma das partes faz ou decide algo relevante para o contrato que a outra parte desconhece e/ou não pode monitorar; *hidden information* – quando uma das partes tem informações relevantes para o contrato que são ignoradas pela outra), há variáveis endógenas e variáveis exógenas detectáveis em todos os contratos de concessão. [...] A identificação dessas variáveis permitirá as contratantes gerenciar de forma mais eficiente os riscos do contrato e a eficiência na prestação dos serviços. Além disso, atenuará as falhas de informação: caso em potencial risco seja atribuído à parte que tem melhores condições de administrá-lo, ela arcará com os custos relativos e certamente adotará as medidas adequadas para diminuí-lo. Logo, e em tese, tanto a *hidden action* como a *hidden information* não produziram os mesmos efeitos daninhos se suas consequências tivessem sido atribuídas ao outro contratante (aquele que não dispõe das informações)”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*: inteligência da Lei 8.987/1995. Op. cit., p. 128-129.

²⁵⁸ Como já destacamos, na modelagem de concessões surge, como grande inovação, a contratação através de parcerias público-privadas que, ao contrário das concessões comuns, o parceiro privado assume riscos significativos quanto à realização do projeto e à sua execução. Ao contrário do que ocorre nos modelos tradicionais, nos quais o Estado delega ao privado a construção do ativo, mas retém a obrigação de gerir e financiar o projeto, nas parcerias público-privadas a Administração compartilha com o parceiro privado a responsabilidade por projetar, financiar, executar e operar os ativos de infraestrutura, o que pode representar ganhos de eficiência consideráveis. Nesse sentido Cf. BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A concessão administrativa nos serviços de relevância social. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 165-189, abr/jun 2011.

²⁵⁹ Anota Licínio Lopes Martins, que: “A este propósito, a doutrina adianta que os contratos de concessão não podem converterem-se ou se transformarem em contratos aleatórios, exigindo-se uma moderada adequação dos riscos, pois só assim a Administração poderá atrair a participação do capital e da iniciativa privada em investimentos cujo volume implica um esforço compartilhado entre os sectores público e privado e só assim se assegura uma justa retribuição do esforço e risco empresariais”. Cf. MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar/ago 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80268>>. Acesso em: 24 out 2019.

Na busca por identificar tensões causadas no âmbito do contrato administrativo, com reflexo nas relações trabalhistas, destacamos dificuldades possíveis e vivenciadas no âmbito do componente de custo com pessoal.

Uma constatação interessante que nos remete à realidade do nosso país – e que distancia e inviabiliza a comparação da modelagem contratual brasileira com modelos adotados por países europeus –, é a instabilidade que não permite a consolidação de uma matriz econômica constante e linear de índices de inflação.

Diante da grande variação e preços há a inviabilidade de adoção de único índice inflacionário para reajuste dos contratos, vez que a cesta de componentes de cada serviço é bastante variada e a modelagem com base em índice único não corresponde à reposição do valor inicialmente pactuado²⁶⁰.

Muitos são os exemplos de variações de componentes de custos bastante acima da inflação – que por conta das suas particularidades mercadológicas pressiona a composição de custos de cada setor –, como é o caso da energia elétrica, com forte impacto em operações de serviços públicos de saneamento básico²⁶¹ e combustíveis, que pressionam operações em transporte de passageiros.

Discussão interessante e pouco explorada, aliás, é a divisão das responsabilidades das partes por eventual desequilíbrio ou alteração no componente de custo com pessoal.

A clássica concepção delimita que os custos inerentes à operação dos serviços são variáveis de natureza endógena (ou custos administráveis)²⁶², ficando sob encargo do

²⁶⁰ Sobre o fundamento econômico de reajuste dos contratos, destaca Vitor Rhein Schirato, que: “Por meio do reajuste, realiza-se operação muito simples de transpor para a realidade econômica de um contrato de concessão os aumentos dos custos necessários para a oferta da atividade ocorridos no mundo externo, em razão do fenômeno inflacionário. Para a realização dessa operação, aplica-se ao valor da tarifa um determinado índice de inflação ou fórmula paramétrica predefinido, considerado o mais apto a capturar os aumentos dos custos incorridos com a prestação dos serviços”. Cf. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, out/dez 2013. p. 162. No mesmo sentido, Rafael Wallbach Schwind: “O reajuste, portanto, não altera a tarifa, mas apenas o valor que a exprime. Como persistem os mesmos elementos levados em conta para o delineamento do equilíbrio da concessão, há apenas uma alteração nominal da tarifa para acompanhar na mesma proporção a modificação nominal dos encargos retratada por um índice de inflação ou pela aplicação da fórmula de reajuste prevista contratualmente”. Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 22.

²⁶¹ Muitas são as tentativas de adestrar os componentes de custos, às vezes com intenção de se amenizar os impactos na inflação (preços administrados) ou até mesmo por desconhecimento, criando políticas e ações eleitoreiras e populistas. Tais ataques à real composição dos custos para operação de um serviço público são constantes e citamos, apenas para uma breve exemplificação – já que são muitos, o Projeto de Lei – PL nº 290/2019, de autoria do deputado Rubens Otoni (PT-GO), que objetivando coibir aumentos da tarifa de energia elétrica acima da inflação, limita o reajuste anual das contas de luz à variação da inflação oficial do país com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).

²⁶² O termo custo administrável citado, com a ideia de componente que está sob domínio do concessionário ou do contratado na formatação de seu preço, não tem equivalência conceitual com a terminologia adotada pelos economistas de preços administrados. Nas palavras de Marcelo Barbosa Saintive e Regina Simões Chacur: “No

concessionário, parceiro privado ou contratado, ou são variáveis de natureza exógena (ou custos não administráveis), sob responsabilidade do poder concedente, parceiro público ou contratante).

A definição de tais encargos deve ser feita de forma clara e objetiva na matriz de riscos do contrato, para que se possa garantir segurança jurídica ao pacto administrativo.

Nessa concepção, as variáveis endógenas serão aquelas diretamente relacionadas com o objeto do contrato e com o seu conteúdo; em tese, seria a resultado esperado pela contratação (prestação adequada dos serviços, investimentos em infraestrutura e operação das atividades).

Por essa lógica, no componente endógeno, as partes pactuarão a influência de cada componente e o respectivo peso de cada item na composição da fórmula.

Serão delimitadas, ainda, responsabilidades em caso de alterações. São exemplos, a segurança de engenharia, o inadimplemento dos usuários e a variação dos salários e as greves internas dos funcionários das concessionárias, além dos processos de reajuste e de reequilíbrio contratual²⁶³.

As variáveis exógenas, por sua vez, são externas ao contrato e não apresentam qualquer correlação com o pacto administrativo, sendo que este não tem nenhuma ingerência ou influência.

O contrato e a sua base objetiva sofrerão efeitos dessas variáveis sem poder nelas influir de antemão. O que o contrato faz é consignar elenco de eventos de possíveis incidência e desenvolver instrumentos para proteger a relação contratual (seguros, fórmula paramétrica de reajustes, dentre outros)²⁶⁴.

A preocupação com a definição e delimitação de riscos – principalmente pela tecnicidade e complexidade com que se apresentam na matriz de riscos –, precisa, ainda, ser

Brasil adotou-se historicamente a regulação tarifária pelo custo do serviço, mas, à medida que foi recrudescendo o problema inflacionário ao longo dos anos 80 e início dos anos 90, as tarifas públicas foram também utilizadas para o seu controle. O comportamento dos preços administrados tem sido apontado como um dos principais fatores explicativos da dinâmica da inflação no passado recente no Brasil. De fato, a expressiva elevação dos preços administrados reflete uma profunda mudança ocorrida nos preços relativos dentro da economia brasileira e resulta de uma diversidade de fatores, originários tanto de decisões de política econômica quanto de choques adversos”. Cf. SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. SEAE/MF - Documento de Trabalho nº 33. Mai/2006. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B03FAE02692>>. Acesso em 25 out 2019.

²⁶³ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*: inteligência da Lei 8.987/1995. Op. cit., p. 129.

²⁶⁴ Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público*: inteligência da Lei 8.987/1995. Op. cit., idem.

publicizada e aperfeiçoada nas instâncias de controle social (consulta e audiências públicas), além de outras formas de divulgação.

Propõe-se, na modelagem da contratação pública, dar transparência e visibilidade à alocação dos eventuais riscos do negócio suportados pelas partes.

Fato é que as relações jurídicas nas quais o Estado faz parte tem sofrido um inexorável processo de complexização e, ao menos em primeiro momento reflexivo, percebe-se que o aumento exponencial nas modalidades de arranjos contratuais experimentados pela Administração Pública não foi acompanhado por uma atualização adequada dos modelos de distribuição e gerenciamento de riscos em tais contratos. Riscos, esses, frise-se, cada vez maiores e cujo crescimento justifica-se, também, a partir do processo de complexização das relações jurídicas em que a Administração figura como contratante²⁶⁵.

Na busca por otimizar os instrumentos jurídicos, afastamento da incompletude do contrato e segurança jurídica nos módulos concessórios, vemos, em casos concretos, que a intentada definição das variáveis contratuais como endógenas ou exógenas tem encontrado dificuldades para aplicabilidade.

O componente de pessoal reajuste de salários e efeitos das greves, por exemplo, não podem ser se entendidos como variáveis administráveis (ou endógenos), considerados sob domínio da concessionária, em todas as circunstâncias.

A leitura generalista desse componente certamente traz atritos entre as regras de equilíbrio (e manutenção da equação econômico-financeira) do contrato e os ditames de direitos sociais e trabalhistas dos empregados.

Em que pese a opinião defendida, não se pode desconsiderar o entendimento majoritário de nossos tribunais, que o simples aumento salarial, determinado por dissídio coletivo de categoria profissional, deve ser reconhecido como risco do concessionário – ou empresa contratada, cabendo, por essa, ser exclusivamente suportado, descartando pedido de revisão para equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo em decorrência da aplicação da teoria da imprevisão²⁶⁶.

²⁶⁵Cf. ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 98.

²⁶⁶ Nesse sentido, conferir: ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Op. cit., p. 111.

Tal posição, certamente comporta ressalvas, em especial pela discussão sobre risco e sua divisão que estamos travando.

Há de se entender que a liberdade negocial para que o sindicato representativo dos trabalhadores possa defender a criação, manutenção ou extensão de benefícios sociais aos seus representados, bem como a melhoria da remuneração da categoria, nem sempre irá encontrar albergue na fórmula paramétrica do contrato, o que irá cercear ou ser usado com forte poder de convencimento para bloquear qualquer ação nesse sentido.

Nesse cenário, com regras claras e objetivas discutidas desde a fase de licitação, vamos nos deparar com pouca, ou quase nenhuma, visibilidade para ação legítima de busca por repactuação das condições de trabalho, valorização ou incremento de novos direitos e benefícios sociais.

A existência de regra pré-definida com critérios estanques de reajuste dos salários e sem a previsão de incremento de benefícios por fórmula paramétrica com disposição de índice que não pode ser ultrapassado, traz o direito de reequilíbrio contratual.

Essa lógica dicotômica, onde tenho contrato de longa duração, porém com regras pré-estabelecidas sobre a recomposição de salários e benefícios, põe luz à conflagração de interesses.

De um lado o contrato público que estabelece regras formais para manutenção do equilíbrio entre obrigações e direitos – o *pacta sunt servanda* próprio da teoria dos contratos do direito civil e os direitos trabalhistas e sociais dos empregados, que não podem sofrer retrocesso, porém tem estímulo constante para reivindicar melhorias, em especial pela atuação da representação sindical e negociação dos interesses coletivos da categoria²⁶⁷.

A preocupação posta não é pensada na formulação dos contratos, havendo, tão somente a reprodução de modelos decorrentes das práticas setoriais.

No setor de energia elétrica o padrão adotado é aplicação de índice inflacionário e, nos casos de saneamento básico – que interessam pela plural formatação e elevado número de contratos –, há parcela significativa de pactos que adotam índice da inflação e outros que reconhecem a liberdade de negociação coletiva pelo sindicato da categoria.

²⁶⁷ Com referência nas lições de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto, que destacam a importância dos sindicatos, colaciono: “[...] os sindicatos de trabalhadores, sejam eles na iniciativa privada ou não, tem funções inerentes à sua própria existência: a) representação dos interesses da categoria; b) desenvolvimento da negociação coletiva com sindicato patronal ou empresa; c) prestação de assistência jurídica e de outra natureza, como, por exemplo, médica; d) defesa dos interesses próprios em juízo”. Cf. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2016. p. 394.

2.6. Composição de custos de pessoal: revisão da modelagem jurídico-negocial

Em breve exposição dos modelos consagrados nos contratos vigentes, podemos constatar que a definição clássica de variável endógeno (ou custo administrável) para custos de pessoal merece contestação, no mínimo para reconhecer que, em casos concretos, pode receber a classificação de variável exógena (ou custo não administrável), pois deriva e se condiciona ao atendimento de fato externo ao contrato, que não está sob o domínio das partes.

Com a modelagem da fórmula paramétrica do contrato para remunerar o reajuste de salários dos empregados com índice inflacionário teremos a previsibilidade e grau mínimo de certeza de variação dos percentuais, pois existe metodologia e constância no cálculo de tais índices.

Quando a forma de reajustamento se dá com a validação de acordo ou convenção coletiva de trabalho, incorporamos ao contrato grau maior de incerteza – não de incerteza jurídica, mas aquela derivada da liberdade negocial que as pautas reivindicatórias podem trazer²⁶⁸, para posteriormente serem reconhecidas e validadas com a respectiva chancela nos custos do contrato administrativo. Claramente estamos diante de um custo de natureza não administrável.

Passando a entender que a natureza do custo com pessoal é não administrável, ou seja, não está inserida no domínio de validação do contrato e de sua fórmula paramétrica, visualizamos falha não detectada com facilidade, que é o ato de subjugar a negociação coletiva e seus atores, submetendo a condições pré-datadas de difícil superação (na ótica do equilíbrio contratual), condições de trabalho e de valorização da atividade humana ativada nos serviços públicos prestados.

A modelagem jurídica e econômica de tais contratos leva a pontos interessantes que precisam ser explorados – notadamente sobre o papel dos sindicatos das categorias em

²⁶⁸ O novo papel a ser entendido pelo sindicato e as novas perspectivas para o próprio trabalho tendem a retirar, cada vez mais, as condições pré-estabelecidas em contratos de longa duração, como ocorre nos contratos administrativos em módulos concessórios. A previsibilidade contratual e a rigidez das regras precisam, cada vez mais serem repensadas. Nesse sentido Alain Supiot destaca: “[...] Muitos outros objectos são hoje matéria de negociação coletiva: a formação e qualificação profissional dos trabalhadores (inicial e permanente, para adaptação às mudanças tecnológicas e à instabilidade dos percursos profissionais); a redução/reorganização (ou ‘modulação’) do tempo de trabalho; a organização da representação dos trabalhadores ao nível de empresa ou do grupo; a protecção da saúde no trabalho; a protecção social e os planos complementares de reforma (incluindo a reforma antecipada) e suas dificuldades financeiras; as medidas de combate às discriminações, nomeadamente em razão do sexo, num contexto de crescente feminização da mão de obra”. Cf. SUPIOT, Alain et al. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 156.

sua função representativa, nas hipóteses de contratos com liberdade negocial reconhecida –, e os reflexos trabalhistas de continuidade de tais contratos:

(i). Contratos com validação de norma coletiva (aplicação de índice e condições negociadas pelos respectivos sindicatos ou pela concessionária e sindicato), incorporando ao cálculo da fórmula paramétrica a negociação coletiva²⁶⁹.

Dessa modelagem podemos retirar duas conclusões, que aqui opto por classificar como positiva e negativa. A positiva está clara quando se prestigia a autonomia negocial²⁷⁰ e a liberdade conferida ao sindicato para pleitear e defender interesses dos seus representados, com a devida consolidação dos direitos conquistados em norma coletiva reconhecida pelas partes²⁷¹. Já o ponto negativo – ou ao menos, controverso, é a validação e incorporação dessa norma (com todos os dispositivos negociais) ao contrato administrativo.

Em uma avaliação jurídico-contratual nada há de incorreto para receber qualquer tipo de reparação, já em termos práticos constatamos um ponto passível de aprimoramento.

A discussão dos termos negociados na norma coletiva, envolve, obviamente, os legitimados para a negociação – concessionária e sindicato dos trabalhadores –, porém, os efeitos jurídicos dessa pactuação (norma coletiva) serão suportados pelos usuários (através da tarifa) ou pelo Poder Público, enquanto contratante, com a alteração da contraprestação (no caso de parceria público-privada).

Melhor esclarecendo, o caso específico traz peculiaridade inovadora para a negociação coletiva: as partes negociam e dispõem sobre termos de melhores condições de trabalho, reajuste salarial e benefícios, e o proveito econômico auferido não terá reflexo direto nos custos da empresa, já que essa, ao reportar tais condições e custos para a tarifa ou para contraprestação, verá a majoração do preço totalmente coberto por terceiro que não fez parte da negociação.

Dessa formatação jurídico-econômica emerge um claro problema de efetividade da eficiência. A tarifa módica a ser perseguida, com critérios de boa prática, gestão e redução

²⁶⁹ Modelos exemplificados no Anexo I, itens 1.3 e 1.7.

²⁷⁰ Na prudencial observação de Antônio Carlos Aguiar, ao destacar a importância da negociação coletiva e enfatizar que o trabalhador nunca deixa de ser cidadão, assevera que: “A situação de subordinação vivenciada pelo trabalhador, no bojo da relação contratual que mantém com a empresa, não retira os poderes e os direitos de que é titular como pessoa humana. A sua cidadania não fica ‘à porta da fábrica’. Os princípios constitucionais de suporte empresariais não são melhores e/ou piores do que aqueles que consagram Garantias em Liberdades para os trabalhadores-cidadãos”. Cf. AGUIAR, Antônio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

²⁷¹ Nas clássicas lições de José Augusto Rodrigues Pinto, o ponto de partida do sindicalismo: “é a liberdade, o mais nobre sentimento do ser racional, consolidado na consciência do poder agir, no seio de uma sociedade organizada, segundo a própria determinação, dentro dos limites impostos por normas definidas”. Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 76.

de custos, para aprimorar os serviços e compartilhar ganhos de produtividade, tende a não se efetivar nesse item.

A crítica reside na afirmação que a modelagem de mera transposição dos custos da negociação para a fórmula paramétrica, com o respectivo trespasse para a contraprestação ou tarifa, traz problema conceitual de eficiência, já que não há interesse da concessionária em se indispor com o sindicato e com a categoria de trabalhadores em busca de redução do índice ou dos benefícios, pois não existe qualquer encargo a ser suportado pelo prestador.

O sindicato, por sua vez, tende a buscar a majoração de todos os componentes reivindicados, sem que haja maior oposição da outra parte.

O Poder Público, na condição de titular dos serviços, por fim, não dispõe de meios legais para contestar tais prerrogativas, já que é obrigado a cumprir as cláusulas do contrato por firmado e pouco pode aferir sobre itens dos componentes, já que pautados em regra contratual.

(ii). Contratos com índice inflacionário para componente de custo de pessoal incorporado ao cálculo da fórmula paramétrica²⁷².

Nesse segundo caso, que envolve módulos concessórios com custo de pessoal reajustado por índice inflacionário, temos a maior parte dos contratos de delegação, abrangendo serviços de energia elétrica, transporte público urbano de passageiros e saneamento básico²⁷³.

Em uma lógica de estabilidade, previsibilidade contratual e segurança jurídica para a Administração Pública e contratados, a modelagem através de reposição dos custos mediante índice eleito contratualmente é o mais prático e com menores riscos de variação²⁷⁴.

²⁷² Modelos exemplificados no Anexo I, itens 1.1, 1.2, 1.4, 1.5, 1.6, 1.8, 1.9, 1.10 e 1.11.

²⁷³ Conforme será explorado adiante, a adoção de índices inflacionários vinculando os reajustes, nos casos de terceirização da Administração Pública, já encontra resistências por sua baixa conectividade com a variação e a realidade do serviço específico. Nesse sentido o Decreto Federal nº 9.507, de 21 de setembro de 2018 (que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União). Estabelece: Art. 7º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos convocatórios que permitam: I - a indexação de preços por índices gerais, nas hipóteses de alocação de mão de obra;

²⁷⁴ Serve o posicionamento de Reinaldo de Francisco Fernandes para uma reflexão sobre o modelo adotado, que prestigia regras de direito público e acaba por inferiorizar, ou até mesmo negligenciar, institutos de direito do trabalho que são preteridos, pois: “Os princípios da autonomia da vontade – embora mitigado, da razoabilidade, da boa-fé, da liberdade do trabalho, entre outros, bem como as normas de proteção do empregador que se encontram no ordenamento, conduzem à conclusão de que o Direito do Trabalho deve-se pautar pelo equilíbrio harmônico entre os partícipes da relação de trabalho, sempre a serviço da coletividade e em detrimento do interesse privado singular”. Cf. FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *Relação de emprego e (in)disponibilidade dos direitos*: proposta de modulação da autonomia da vontade. Porto Alegre: Lex Magister, 2016. p. 34.

Porém, quando avaliado sob a dinâmica das relações de trabalho e da constante e necessária pauta dialógica entre empregador e empregado, tal modelo carece de efetividade, apenas emprestando legitimidade e engessando uma relação negocial que deveria – e deve ser –, dinâmica e constante²⁷⁵.

Nesse aspecto, uma primeira fragilidade (ou ponto negativo) é a substituição da negociação coletiva – ou ao menos condicionar a negociação a um índice –, irá fragilizar e/ou obstaculizar a relação negocial estabelecida como premissa constitucional de toda categoria, seja ela profissional ou econômica.

Percebe-se linha tênue que se estabelece como limitadora ao sindicato representativo da categoria profissional para reconhecimento de vantagens salariais ou outros benefícios, pois sempre haverá a retórica de dispositivo contratual que não reconhece à concessionário qualquer tipo de reequilíbrio contratual (econômico-financeiro) em caso de extrapolação dos percentuais validados pelo índice inflacionário.

Mais que a fragilidade do processo negocial temos, ainda, que destacar a falta de correlação existente entre as realidades locais quando se adota um índice nacional que, como sabemos, nem sempre reflete com exatidão a realidade da vida dos trabalhadores e as suas peculiaridades de vida.

O ato de negociar leva muito em conta conhecer e dar dignidade de condições ao trabalhador daquela empresa (no caso concessionária) e daquela localidade, já que as discrepâncias regionais e até mesmo locais são muito grandes e os índices nacionais não têm a capacidade de capturar todas essas variáveis quando da sua definição.

Finalmente, como último ponto de destaque, é a falta de padronização na eleição dos índices de reajustamento dos contratos. Em breve avaliação empírica das modelagens contratuais trazidas como exemplos, encontramos diversificados índices para variação com custo de pessoal.

Estamos diante de solução simplificada para problema complexo, pois a diversidade de índices – cada qual com método próprio de aferição e modelagem –, que levam a percentuais diferentes, mas com aplicação em situações de casos concretos idênticos.

²⁷⁵ Aqui não se trata de mera crítica ao modelo adotado, mas de entender que a lógica praticada nos contratos administrativos em módulos concessórios pode ser pensada para maior efetividade de representação e proteção dos empregados. Bem pontua Amauri Mascaro Nascimento ao destacar a função integradora do Direito do Trabalho: “[...] segundo a qual a finalidade protetora combina-se com a coordenação dos interesses entre o capital e o trabalho, forma de exercício do controle social, objetivo comum ao Direito, teoria cuja consistência melhor atende às funções de integração e de solução de conflitos na medida em que absorve a influência do unilateralismo”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

Exemplificando: o trabalhador de operação de estação de tratamento de esgotos do Município de Atibaia/SP tem índice de correção salarial proposto diferente do Município de Salto/SP, ambos no mesmo Estado da Federação, em distância geográfica irrelevante que possa justificar padrões diversos, sendo que o primeiro corrige o custo pelo Índice de Mão de Obra – IMO da Fundação Getúlio Vargas – FGV e o segundo pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

2.7. Reflexos do reajuste: exercício do direito de greve e responsabilidades

Como já aventado, a tentativa de vincular o reajuste da categoria e um índice pré-determinado nos contratos administrativos tende a gerar conflituosidade, embates e desgastes nas negociações²⁷⁶ com os sindicatos representativos da categoria profissional, não sendo incomuns, rodadas de negociação que acabam infrutíferas e levam à deflagração de greve.

Um dos pontos que se levanta é a responsabilidade em caso de deflagração de greve. Conhecidos e variados são os motivos ensejadores do movimento paredista, podendo ocorrer por discordância em relação às condições de trabalho, mas, também, diante da falta de convergência na discussão das cláusulas econômicas.

A questão pouco refletida é a responsabilização – e até onde pode ser imputada objetivamente ao concessionário –, em especial pelo ônus em decorrência da paralisação das atividades por divergência na negociação coletiva.

Diante de um serviço público, notadamente em se tratando de atividade essencial, conforme disposto no elenco do art. 10²⁷⁷ da Lei de Greve (Lei Federal nº 7.783, de 28 de

²⁷⁶ A autonomia coletiva negocial, que deve ser preservada e incentivada, nas palavras de Mônica Sette Lopes: “expressa-se na manifestação da vontade de edição de norma de conduta destinada a disciplinar as relações dos sujeitos-polos da relação de emprego, com conotação jurídica e âmbito predefinido de eficácia e de validade. Não é esta uma vontade psíquica restrita ao sujeito ou latente, como nos preceitos morais, em que a consciência é, concomitantemente, o legislador que fixa a sanção em que incidir o sujeito, por sua conta, e o juiz que a aplica a si próprio e segundo critérios pessoais. Na autonomia coletiva, com seu colorido e relevância jurídicos, como diz *Kelsen*, a vontade como ato psíquico do sujeito não basta. É necessário que a vontade das pessoas se manifeste, pois é essencial que ela possa ser comprovada pelas instâncias competentes para aplicar o direito”. Cf. LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998. p. 87.

²⁷⁷ Define a Lei Federal nº 7.783/1989, em seu art. 10: “São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo e navegação aérea; XI compensação bancária. XII - atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; XIII - atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei, em especial na Lei nº 13.146, de 6

junho de 1989) há uma dupla responsabilidade para o atendimento da população²⁷⁸, tanto por parte da concessionária, quanto por parte do sindicato da categoria profissional.

É responsabilidade das partes acima relacionadas o dever de manutenção da prestação mínima de serviços para atendimento às condições básicas dos cidadãos-usuários. O percentual e nível de atendimento será definido em comum acordo entre as partes ou pelo Poder Judiciário na falta de parâmetros de consenso.

Preocupação que emerge sobre a interpretação das responsabilidades na greve é a eventual paralisação por falta de consenso na negociação decorrente de proposta de reajuste pleiteada acima do índice inflacionário do contrato.

Melhor detalhando: pode a empresa concessionária se recusar ou se isentar de responsabilidade em negociação salarial que culmina em greve e que pleiteia reajuste acima do índice inflacionário, sob o argumento que não tem direito de pleitear posterior reequilíbrio econômico-financeiro do contrato?

Esse ponto é polêmico e pode ser respondido – com base na teoria administrativa –, pela regra da divisão de riscos, devendo tais eventos, que não são incertos e tampouco esporádicos, constar claramente da matriz de riscos contratual.

O problema é que esse item, muitas das vezes, não consta da divisão de riscos²⁷⁹ da matriz do contrato, sendo tratado como risco gerenciável pela empresa concessionária e, por sua vez, a destinatária da responsabilidade pela continuidade e não-intermitência dos serviços públicos delegados.

Na prática, deparando-nos com cenário complexo e passível de insegurança e incertezas jurídicas, vez que as empresas concessionárias acabam cedendo em alguns pleitos reivindicados pelo sindicato, sempre com vistas à não-deflagração de movimento paredista – já que a descontinuidade dos serviços enseja multas contratuais.

de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e XIV - outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

²⁷⁸ A Lei Federal nº 7.783/1989, em seu art. 11, dispõe: “Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

²⁷⁹ Nesse sentido, ao tratar sobre a precificação dos riscos ao particular, pondera Marçal Justen Filho: “Os custos atinentes aos riscos assumidos pelo particular são transferidos para a remuneração por ele estabelecida. Isso significa que essa remuneração contemplará não apenas aquelas despesas inerentes à execução da prestação. Haverá também uma parcela necessária a compensar custos e eventos futuros, cuja ocorrência poderá afetar a execução da prestação. Daí não se segue, no entanto, que todos os riscos que possam impactar a execução do contrato sejam transferidos de modo necessário, automático e implícito para o privado”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 409.

Ato posterior, a concessionária busca, junto à agência reguladora a possibilidade de repasse desse incremento de custos à tarifa ou à respectiva contraprestação, sempre com a alegação que existe desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, que leva, claramente, à redução da taxa interna de retorno do investimento, conforme pactuado.

2.8. Reajustes em módulos concessórios: breves contribuições

Das ponderações sobre a estruturação dos contratos administrativos em módulos concessórios, seu processo de formatação e reajustamento, verificamos dois cenários bastante claros:

1) ocorrência de contratos com modelagem de indicação de índice inflacionário, que dão previsibilidade e estabilidade tarifária para os serviços em módulos concessórios. O modelo agrega assertividade diante da série histórica e da composição conservadora dos índices, logo, transmite patamar mínimo de segurança jurídica ao contrato; e

A crítica posta reside na falta de dinâmica das relações negociais de trabalho, agindo com forte e constante pressão sobre as negociações, pouco contribui para a almejada liberdade negocial e incremento de melhorias e valorização efetiva do trabalho, municiando de argumentos contratuais a estagnação de condições de trabalho, sem qualquer margem para ganho real.

2) a existência de contratos com liberdade negocial, que autorizam as partes a empreenderem livre negociação, inserindo as decisões da norma coletiva no custo da fórmula paramétrica. Nesse caso não há interesse da empresa concessionária em se indispor com o sindicato e com a categoria de trabalhadores em busca de redução do índice ou dos benefícios, pois não existe qualquer encargo a ser suportado pelo prestador.

Diante de dois modelos que foram apresentados, e claramente são antagônicos – de um lado a liberdade negocial plena que repassa, de forma integral, para o concedente, os custos da negociação – e, de outro lado, um modelo pautado em índice inflacionário, que dá previsibilidade de reajustes para o cidadão-usuário, porém com potencial desagregador que desestimula a negociação por parte das categorias envolvidas.

Nesse contexto, trilhar uma terceira via e apresentar proposta que agregue ao módulo concessório segurança jurídica e legitimidade à negociação coletiva é possível.

A ideia conceitual é revisitar a forma de composição dos atores postos à mesa de negociações nos módulos concessórios, primando pelas particularidades e características da modelagem jurídica²⁸⁰.

Aliás, oferecer alternativa que possa, ao menos, ser cogitada e entendida como viável é um dos propósitos do presente trabalho.

A particularidade do caso pede sensível desprendimento da modelagem clássica de negociação, que efetivamente não vem dando certo em uma breve análise empírica.

Inovar nos padrões da via negocial é possível, como anota Vittorio Olgiati²⁸¹: “os interessados podem facilmente adaptar-se ao meio ambiente em que convivem, trocam experiências, aprendem e se relacionam profissionalmente, conformando seus interesses pela via de uma pluralidade de *standards* normativos e programas procedimentais”.

Como bem destaca Nelson Mannrich²⁸²: “Não basta a lei determinar quem são os interlocutores sociais; precisam ser legitimados, se de fato queremos efetividade dos direitos trabalhistas”.

Uma proposta de alteração legislativa, tanto na Lei Geral de Concessões, quanto na Lei de Parcerias Público-Privadas, poderia equacionar, ou ao menos mitigar, as discussões que se tornaram corriqueiras, porém pouco conhecidas do debate jurídico.

Via alternativa adequada é a utilização de metodologia própria de negociação coletivas dos módulos concessórios, com o intento de prestigiar particularidades que pedem tratamento diferenciado. A proposta pensada é espelhada no modelo que se praticou na

²⁸⁰ Damos destaque para a avaliação de Antônio Carlos Aguiar: “[...] ganha destaque a negociação coletiva de trabalho, enquanto mecanismo de materialização de vontade política e suporte de necessidades coletivas, mediante um microssistema legal, aberto e seguindo a tendência atual de multiplicação de direitos e obrigações, sedimentados em exigências específicas dos diversos segmentos da sociedade, divididos, por exemplo, em sindicatos, movimentos sociais, comunitários e entidades outras representativas – sempre a exigir maior e mais rápida resposta às suas necessidades – dentro de uma situação concreta e não hipotética que atenda a situações específicas”. Cf. AGUIAR, Antônio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

²⁸¹ Cf. OLGATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sociojurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 88.

²⁸² Cf. MANNRICH, Nelson. Sindicatos e crise econômica: heróis ou vilões. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 41, mar-abr/2011, p. 19.

Espanha, mesmo diante das poucas experiências e poucas teorizações no Brasil²⁸³, que são os acordos tripartites²⁸⁴.

Discutindo ideias e propensos a novos modelos e estruturas jurídicas que venham a agregar qualidade à negociação coletiva, é preciso superar a crítica recorrente para novas modalidades de contratação coletiva – como seria o caso do acordo tripartite –, o que se faz com base na afirmação que a intervenção de autoridades públicas na elaboração ou conclusão de contratos coletivos é contrária ao critério em que se inspira o art. 4º²⁸⁵ da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Aqui parece-nos que estamos diante de uma proposta de modelagem que em nada exclui direitos ou sequer condiciona a liberdade negocial, e sim diante de novo modelo, fruto de um pacto social que busca restaurar a efetividade e uma negociação que hoje apresenta um verdadeiro mecanismo de bloqueio à autonomia negocial²⁸⁶.

A modelagem de uma nova conformação negocial para as discussões de norma coletiva pode ser expressa por alteração das leis setoriais que regulam a matéria dos módulos concessórios ou, ainda, por expressa previsão do edital – que estabelece premissas aos participantes da concorrência pública, com respectivo espelhamento no contrato, fazendo, assim, regra cogente entre as partes.

²⁸³ Como exemplo, citamos interessante julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, que julgou acordo tripartite inválido e obrigou ex-empregador ao pagamento integral de multa sobre FGTS. O fundamento da decisão é que, se o acordo tripartite previsto em convenção coletiva de trabalho, visa a isentar o ex-empregador do pagamento da integralidade da multa de 40% sobre o FGTS, deve ser firmado por todas as três entidades que deveriam participar dele, não produzindo efeito, já que é condição indispensável à validade prevista no próprio instrumento normativo. Nesse caso, o acordo é invalidado e o ex-empregador fica obrigado ao pagamento integral da parcela. Com base nesse voto houve condenação da primeira reclamada a pagar à reclamante diferença da multa de 40% sobre o FGTS, com responsabilidade subsidiária do Estado de Minas Gerais (segundo reclamado). Cf. (TRT 3ª Região – Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira, RO nº 01226-2007-013-03-00-2).

²⁸⁴ Como anota Antônio Carlos Aguiar: “Observe-se ainda a tendência mundial de participação do Estado nas negociações coletivas, não como interventor ou auxiliar no diálogo, mas sim como partícipe das chamadas negociações tripartites. Exemplo marcante de concertação social pode ser destacado perante os *Pactos de Moncloa*, de 27 outubro de 1977”. Cf. AGUIAR, Antônio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. Op. cit., p. 161.

²⁸⁵ Estabelece o citado diploma: “Art. 4º. Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego”.

²⁸⁶ Complementando a ideia de inovação, valemo-nos das lições de Amauri Mascaro Nascimento: “*Cresce a percepção de que o direito do trabalho não é unilateralista* no sentido de voltar assumidamente e unicamente para o trabalhador como direito de classe, como foi em seus primórdios, porque sempre considerou, também, a salvaguarda dos interesses do empregador para assegurar o equilíbrio do sistema, aspecto que exerce uma pressão no princípio protetor certamente não desestabilizadora, mas re regulamentadora, mais próxima da ideia de vínculo de emprego como uma relação *pessoal-organizacional*” (grifou-se). Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 474.

Cabe ressaltar, usando o entendimento de Márcio Pestana²⁸⁷, que as relações jurídicas de índole privada, em que a Administração Pública participe reflexamente, ainda que submetidas ao regime jurídico de Direito Privado, passam a sofrer a coloração publicista, ou seja, o vetor da preponderância do interesse coletivo sobre o individual, confere razoável ofuscamento à característica marcante do Direito Privado: a autonomia da vontade. Assim, onde houver interesse da coletividade deverá a Administração Pública perseguir-lo, com isto trazendo as marcas próprias do regime jurídico público a que se submete.

Nesse sentido, a proposta contempla modelo diferenciado de negociação – com a inserção do terceiro interessado que é o Poder Público, não só no aspecto formal, mas para conhecer, intermediar e prevenir potenciais conflitos que podem desaguar na descontinuidade do serviço público contratado.

Aliás, a proposta em nada fere a autonomia negocial, já que a Administração Pública, enquanto concedente dos serviços exercerá, em grande parte, o papel de mediador de interesses às vezes divergentes entre as partes.

Atuará, ainda, na busca de interesse convergente e maior, que é a boa prestação dos serviços, de forma adequada e acessível a todos, além de preservação de outro interesse imanente às atividades em módulos concessórios, a preservação da adequada remuneração do concessionário e a justa e equilibrada remuneração dos trabalhadores ativados nos serviços da empresa²⁸⁸.

A implementação de nova modalidade tomaria adequado posicionamento, dentro da opção de alteração legislativa da Lei Geral de Concessões, no Capítulo VIII (Dos Encargos da Concessionária), em seu art. 31.

Da redação atual da Lei:

²⁸⁷ Cf. PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010. p. 33-34.

²⁸⁸ Fernando Vernalha Guimarães, tecendo ideias sobre diversos problemas diagnosticados na experiência com contratos de longo prazo no Brasil, destaca mudanças que podem ser feitas na Lei de Concessões, aponta: “Essa Lei contém muitas virtudes e ainda se mostra atual quanto à disciplina de diversos aspectos dos contratos de concessão. Mas a experiência com os ciclos concessionários que se iniciaram sob a sua égide revelou outros entraves e desafios, que fugiram aos limites da legislação. A complexidade da realidade expôs a insuficiência do arcabouço normativo para o tratamento de muitos temas relacionados ao desenvolvimento das concessões. É verdade que essa insuficiência é, em boa medida, fruto do sentido e alcance que esta Lei passou a ter em função da interpretação que lhe foi dada pelas instâncias de controle – que detêm uma espécie de monopólio de sua melhor interpretação”. Cf. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O que é preciso mudar na lei geral de concessões (e PPP's)? In: *JOTA – Opinião e Análise*, Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-preciso-mudar-na-lei-geral-de-concessoes-e-ppps-16102019>>. Acesso em 11 dez 2019.

Art. 31. Incumbe à concessionária:

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

Propõe-se a seguinte revisão normativa:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

§1º. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

§2º. *Nas negociações coletivas decorrentes das contratações de mão-de-obra em que a concessionária for parte, haverá a obrigatória participação do Poder Concedente, na condição de terceiro interessado e interveniente, para ciência das condições estabelecidas, bem como defesa dos interesses contratuais assegurados às partes. (NR)*

Diante de tal previsão, teremos mitigados vários problemas que foram trazidos à discussão no presente trabalho²⁸⁹:

1) a negociação coletiva ganha maior efetividade, focando os interesses sociais próprios da categoria, dando voz às partes e eliminando constantes conflitos e engessamentos decorrentes dos índices inflacionários contratuais; e

2) O Poder Concedente, enquanto titular da prestação dos serviços passa a dispor de mecanismo de interveniência, notadamente para expor sua posição e ponderar sobre limites adequados da negociação, haja vista ser o responsável pelo adimplemento das parcelas negociadas – nos casos de concessões administrativas ou, em hipótese de tarifa, ser

²⁸⁹ A proposta de revisitar o tema caminha no sentido já imaginado por Amauri Mascaro Nascimento, quando repensou o posicionamento da negociação coletiva em razão de particularidades e de realidades diversas daquelas arquitetadas para o padrão conceitual estabelecido na teoria clássica. Assinala: “[...] o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando as a sua característica inicial centralizada na ideia de tutela do trabalhador, procura não obstruir o avanço da tecnologia e os imperativos do desenvolvimento econômico, para flexibilizar alguns institutos e não impedir que, principalmente diante do crescimento das negociações coletivas, os interlocutores sociais possam, em casa situação concreta, compor os seus interesses diretamente, sem a interferência do Estado e pela forma que julgarem mais adequada ao respectivo momento, passando a ter como meta principal a defesa do e não mais a ampliação de direitos trabalhistas”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

o representante dos usuários e do indisponível interesse público que fundamentam a tarifa módica e adequada; e 3. O modelo proposto passa a reconhecer em tais negociações a características e variável endógena do contrato, com harmonia legislativa para assegurar a previsibilidade contratual administrativa que a Lei assegura.

III. Contextualização da Terceirização

3.1. Amplitude do capítulo

A discussão sobre o fenômeno da terceirização não é nova no Brasil²⁹⁰.

Farto material acadêmico²⁹¹ e pesquisas empíricas com alto grau de maturidade experimental já foram produzidos sobre esse processo de descentralização das atividades da empresa e de valorização do setor terciário da economia.

A terceirização é um instituto oriundo da Ciência da Administração – com intensos reflexos jurídicos –, que visa, basicamente, a redução de custos e a especialização das atividades empresariais, na medida em que permite a maior concentração da empresa em sua atividade-fim, para a qual foi estabelecida, trespassando a outras empresas as atividades-meio, que não constituem o foco principal de sua existência²⁹².

O processo terceirizante, por sua vez, ao fomentar a criação de novas empresas, gera também novos empregos, e, em decorrência, aumenta a arrecadação de tributos.

Incrementa a criação de novas empresas, normalmente micro, de pequeno porte e médias empresas, ocasionando, também, o fomento do trabalho autônomo, trazendo aumento na oferta de mão-de-obra no mercado de trabalho.

²⁹⁰ Destaca Mauricio Godinho Delgado: “A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do país, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil”. Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 488. José Pastore afirma: “O próprio processo de terceirização passou por uma grande metamorfose. A primeira fase, por assim dizer, ocorreu na década de setenta, em que o processo de terceirização envolvia apenas as atividades periféricas das empresas e era orientada basicamente por redução de custo como o caso de segurança, limpeza, alimentação e outros. Na segunda fase, ocorrida em meados dos anos oitenta, as empresas começaram a terceirizar atividades próximas do seu *core business*, e a melhoria da qualidade dos serviços era tão importante quanto à redução de custo. O relacionamento entre parceiros passou a ganhar importância estratégica. Foi nessa fase que começaram a ser contratados fora da empresa contratante os serviços de criação de novos produtos, pesquisa e desenvolvimento, compra de sistemas sob medida e outros, executados inclusive por empresas localizadas no exterior (*off shoring*). A terceira fase, iniciada em meados dos anos noventa, foi guiada pela necessidade de superar a intensa concorrência que se estabeleceu entre as empresas mundiais e, principalmente, entre as cadeias globais de valor. Nessa fase, as empresas partiram para contratar etapas de seu *core business* e contar com esses serviços em tempo real, com rigor técnico e qualidade, como, por exemplo, ocorre até hoje na indústria da moda e de confecções. A padronização dos processos permitiu a contratação do mesmo componente do *core business* com várias contratadas simultaneamente que, por sua vez, avançaram na especialização e na capacitação de seu pessoal e melhoria salarial [...]”. Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafios para o direito*. São Paulo: LTr, 2015. p. 13-14.

²⁹¹ Interessante estudo com aspectos práticos pode ser conferido em: SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 1: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 159-179.

²⁹² Cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 21.

Evidente que esse processo não fica imune a problemas e a questionamentos, o que inspira a análise do assunto em face das dificuldades apresentadas e enfrentadas.

A lógica empresarial e de mercado²⁹³ do processo de terceirização traz mudanças profundas no modo de produção, impulsionando adaptações e trazendo reflexos na legislação brasileira, razão pela qual cabe breve avaliação sobre o tratamento legal dado à terceirização no plano constitucional e no infraconstitucional.

No plano constitucional, algumas regras estabelecem parâmetros para balizar o modelo de terceirização, e são basicamente os princípios fundamentais trazidos no art. 1º²⁹⁴ e os direitos fundamentais de natureza social, insculpidos no art. 7º.

Serve de base para construir parâmetros de legalidade, reconhecer o princípio da proteção²⁹⁵, que é inerente ao Direito do Trabalho e leva a prestigiar a norma mais favorável ao empregado.

Atento a esses comandos constitucionais, Gustavo Filipe Barbosa Garcia²⁹⁶ destaca que a correta interpretação do sistema jurídico indica que a relação de emprego disciplinada pelo Direito do Trabalho merece ênfase e recebe prioridade constitucional, por ser o vínculo efetivo de garantia dos direitos trabalhistas, permitindo a redistribuição de renda e o alcance da justiça social.

A garantia da relação de emprego é essencial para que o modo de produção capitalista observe os limites necessários à preservação da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.

²⁹³ Em defesa da lógica empresarial e de mercado, afirmam, José PASTORE e José Eduardo G. PASTORE: “Sem a terceirização, os bens e serviços se tornam extremamente caros para o consumidor. As empresas deixam de ser competitivas. E sem competitividade não há crescimento e geração de empregos”. Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. Op. cit., p. 4.

²⁹⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

²⁹⁵ Sobre a incorporação e o acolhimento do princípio da proteção, tão amplamente reconhecido no Direito do Trabalho brasileiro, buscamos fundamento nas clássicas lições de Américo Plá Rodríguez, que define: “La recepción por el derecho positivo se puede hacer de dos maneras distintas: en forma sustantiva o en forma instrumental. La forma sustantiva consiste en incorporar a la norma constitucional o a una norma programática de especial significación como pudo haber sido en su tiempo en España el Fuero del Trabajo, algún principio genérico de protección al trabajo o que ponga al trabajo bajo la protección del Estado. La forma instrumental se traduce en la incorporación de reglas de interpretación que incluyan el principio general o alguna de las formas de su aplicación. Por ejemplo, que en un código del trabajo o en una ley orgánica de la Justicia del Trabajo se establezcan normas referentes a cómo deben ser interpretadas las leyes del trabajo”. Cf. RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los principios del derecho del trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015. p. 89.

²⁹⁶ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 18.

Ainda em uma avaliação principiologicamente, algumas garantias fundantes da Carta Constitucional de 1988 devem ser avaliadas, principalmente diante do afronte aos avanços sociais conquistados pelos trabalhadores ao longo de décadas de lutas operárias.

Defende Maurício Godinho Delgado²⁹⁷ 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 da 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 origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Tais fundamentos (art. 1º, *caput*) e também objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, *caput*) encorajados em princípios e regras constitucionais, todos com inquestionável natureza e força normativa, contingenciam fórmulas surgidas na economia e na sociedade de exercício de poder sobre pessoas humanas e de utilização de sua potencialidade laborativa.

O autor pondera, ainda, que 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 incontroláveis de discriminação, frustrando o objetivo cardeal de busca do bem-estar e justiça social.

Dessa forma, em se tratando de terceirização das atividades, a interpretação deve ser feita em harmonia com o art. 170²⁹⁸ da Constituição Federal, que baliza a ordem econômica com o ponderamento da valorização do trabalho humano e a livre iniciativa²⁹⁹.

²⁹⁷ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 498.

²⁹⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência;

²⁹⁹ No raciocínio desenvolvido por Eros Grau: “Indica ainda o texto constitucional, no seu art. 1º, IV, como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho; de outra parte, no art. 170, *caput*, afirma dever estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano. [...] No quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação desses dois princípios e os demais por ela contemplados - particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegurar a todos existência digna - resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamento o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento peculiar. Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, peculiariza-se na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional”. Cf. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 198-199.

Interessante formulação é feita por José Afonso da Silva³⁰⁰, destacando que a liberdade de iniciativa pelos particulares é legítima quando exercida com base nos preceitos do interesse da justiça social³⁰¹. Daí porque a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, torna-se legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A liberdade de iniciativa econômica não sofre compressão só do Poder Público. Este efetivamente o faz legitimamente nos termos da lei e regula a liberdade de indústria e comércio, impondo, em alguns casos, a necessidade de autorização ou de permissão para determinado tipo de atividade econômica.

Nesse âmbito, o Estado não só regula a liberdade de contratar e, especialmente, as relações de trabalho, mas também a fixação de preços. Ademais, pratica intervenção direta na produção e na comercialização de certos bens.

A Constituição Federal de 1988, ao apresentar um rol de princípios que devem reger a atividade econômica, não dá espaço para o descompromisso estatal, mesmo porque a finalidade do Estado é a satisfação das necessidades da população.

É lógico que estas não param no tempo, e isso significa que o Poder Público deve criar instrumentos para se amoldar à realidade social e atender às carências sempre renovadas. Portanto, a ele compete manter os fundamentos da ordem econômica, a realização de seus

³⁰⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 794.

³⁰¹ Nesse sentido, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, destaca: “A Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal de 1988 (art. 1º da Lei 13.874/2019). Entretanto, deve-se ressaltar que a livre iniciativa não é o único fundamento do Estado Democrático de Direito, merecendo destaque a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Nesse sentido, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político (art. 1º da Constituição da República). Mesmo a ordem econômica não é fundada apenas na livre iniciativa. Na verdade, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170 da Constituição Federal de 1988). É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único, da Constituição da República). Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Declaração de direitos de liberdade econômica e valorização do trabalho humano*. Disponível em: www.gustavogarcia.pro.br. Acesso em 28 set 2019.

objetivos para alcançar o desenvolvimento nacional pela valorização do trabalho humano para assegurar a todos uma existência digna³⁰².

Logo, em análise principiológica constitucional, a terceirização das atividades, embora fundada na livre iniciativa, objetivando alcançar mais eficiência, produtividade, redução de custos e competitividade à empresa, não pode ser admitida em contrariedade ao valor do trabalho, à dignidade humana e à justiça social.

Essa interpretação sempre justificou a previsão no sistema jurídico de certos limites³⁰³ quanto à terceirização, bem como restrições e exigências quanto a essa modalidade de prestação de serviços a terceiros³⁰⁴.

Já o tratamento jurídico dado ao instituto da terceirização das atividades no plano infraconstitucional é bastante recente.

Excetuando as referências da Consolidação das Leis do Trabalho, nos arts. 455 e 652 “a”, III, as primeiras citações legais do instituto da terceirização (ainda sem receber essa nomenclatura específica) ocorreram pelo Decreto-Lei nº 200/1967³⁰⁵ e, posteriormente, exemplificando hipóteses do citado Decreto-Lei, com a Lei Federal nº 5.645/1970³⁰⁶, que referenciou, especificamente, o segmento estatal das relações de trabalho.

Mauricio Godinho Delgado³⁰⁷ destaca que a reforma administrativa intentada em meados da década de 1960, no âmbito das entidades estatais da União (Decreto-Lei nº 200, de 1967), expediu dois diplomas que estimulavam a prática da descentralização administrativa por meio da contratação de serviços meramente executivos ou operacionais perante empresas componentes do segmento privado da economia.

³⁰² Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 427.

³⁰³ Pondera Mauricio Godinho Delgado: “Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional”. Cf. Mauricio Godinho Delgado, *Op. cit.*, p. 498.

³⁰⁴ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 19.

³⁰⁵ “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. [...] §7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução”.

³⁰⁶ “Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

³⁰⁷ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 490.

De certo modo, era uma indução legal à terceirização de atividades meramente executivas, operacionais, no âmbito da Administração Pública.

Após tais normativos, a terceirização se expandiu de forma ampla e bastante abrangente nas atividades empresariais, muitas das vezes com a justificativa de aplicação analógica dos diplomas legais acima citados, porém somente em 1974, com a Lei Federal nº 6.019, a regulação normativa da terceirização no mercado privado ocorreu.

O modelo terceirizante da Lei nº 6.019/1974 produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista do país, já que contrapunha a clássica relação bilateral (própria à CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, ainda assim, tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo³⁰⁸.

Os temas relativos ao trabalho temporário e à terceirização passaram a ser disciplinados no mesmo diploma legal, sabendo-se que, até então, a Lei nº 6.019/1974 dispunha apenas sobre o trabalho temporário, enquanto a terceirização era objeto de orientação firmada pela jurisprudência, notadamente por meio de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho (no caso a Súmula nº 331)³⁰⁹.

Em novo movimento legislativo tivemos, em 1983, a Lei Federal nº 7.102/1983 que previa a terceirização permanente dos serviços de vigilância bancária e que, após sucessivas alterações, passou a abranger todos os serviços de vigilância patrimonial de instituição ou estabelecimento público ou privado³¹⁰.

Por fim, a Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou a Lei Federal nº 6.019/1974, a qual rege as relações de trabalho nas empresas de trabalho temporário, nas empresas de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviços e contratante.

³⁰⁸ Cf. DELGADO, *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 492.

³⁰⁹ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 52.

³¹⁰ É verdade que a Lei n. 7.102, de 1983 veio prever a sistemática de terceirização permanente. Entretanto, seus efeitos também quedaron-se algo restritos, por instituir a lei mecanismo de contratação terceirizada abrangente apenas de específica categoria profissional, os vigilantes. Registre-se, porém, que o tipo legal da Lei n. 7.102/83 foi relativamente ampliado pelo próprio legislador. Inicialmente a atividade terceirizada ali prevista limitava-se ao segmento bancário da economia. Anos depois, com as alterações propiciadas pela Lei n. 8.863, de 1994, alargou-se o âmbito de atuação de tais trabalhadores e respectivas empresas. Hoje são consideradas como atividades submetidas à presente modalidade de terceirização a 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 (art. 10 e seus parágrafos da Lei n. 7.102/83, com alterações da Lei n. 8.863/94). Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. Op. cit., idem.

Com essa alteração substancial, a terceirização, entendida como prestação de serviços a terceiros, passa a ser percebida como a transferência feita pela contratante da execução de qualquer de suas atividades, inclusive a sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços. Admite-se de forma expressa a terceirização de forma ampla, ou seja, de quaisquer das atividades da contratante (tomadora), inclusive de sua atividade principal³¹¹.

Interessante questão surgiu após a aprovação da Lei Federal nº 13.467/2017, pois tínhamos vigentes o entendimento da norma e a orientação da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, criando uma situação de instabilidade.

A preocupação foi captada na advertência de José Alberto Couto Maciel³¹², ao apontar que o grande conflito existente na terceirização, capaz de travancar toda a Justiça do Trabalho e apontada como a "pedra no sapato" das empresas em todo o país, talvez por uma falta de técnica dos legisladores, não foi diretamente solucionado. Isso poderá levar os Tribunais a continuar decidindo de acordo com a Súmula nº 331 do TST, mantendo os mesmos problemas atualmente existentes, a não ser que norma posterior, ou decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, venha a esclarecer melhor o objetivo da lei.

A mesma inquietação foi tratada por Tatiana Guimarães Ferraz Andrade³¹³, ao expor que todos aguardavam com cautela o pronunciamento da jurisprudência sobre a questão, ou seja, se, após a Reforma, permite-se a terceirização da atividade principal da tomadora, eis que os Tribunais darão a palavra final, tanto que, até o momento, a Súmula 331 não foi revisada ou cancelada.

A controvérsia teve fim com a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324/DF, em 30 de agosto de 2018, ao reconhecer a incompatibilidade dos dois comandos e a supremacia da norma sobre o verbete do Tribunal Superior.

Mesmo diante da alteração legislativa, a terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra. Esta permanece proibida, pois resulta de fraude ao vínculo de emprego com o efetivo empregador (já que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, nos termos do seu art. 9º).

³¹¹ Nesse sentido conferir: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 3. ed ver., amp e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 391.

³¹² Cf. MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 217 (2018): julho.

³¹³ Cf. ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. Terceirização. Trabalho Temporário. Trabalho autônomo. In: *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. Nelson Mannrich (Coord.), São Paulo: LTr, 2018. p. 110.

Nesse sentido, Nelson Mannrich³¹⁴, pondera que, quando se fala em atividade econômica, não há vinculação, necessariamente, à ideia de lucro, mas à de produção de bens e à oferta de serviços. Daí a necessidade de a empresa contratada possuir certa especialidade, uma atividade definida, nos termos do contrato social.

Se inexistente tal atividade ou, quando, ao contrário, uma infinidade de objetos aparece no contrato social, há indícios de mera intermediação ilegal ou tráfico de mão de obra, especialmente se houver finalidade lucrativa. A ilegalidade não decorre diretamente da expressa vedação legal, mas, indiretamente, do nosso sistema jurídico, seja do conceito de empregado (art. 3º da CLT), devendo-se considerar, também, o art. 9º, da CLT.

3.2. Terceirização no direito do trabalho

Para o Direito do Trabalho, terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente.

Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estenda a esse os laços trabalhistas, que se preservam fixos com uma entidade interveniente.

A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação da força de trabalho no mercado 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 pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido³¹⁵.

O processo terceirizante modifica o padrão fático e jurídico bilateral que se observa na relação de emprego³¹⁶, ao fazer com que se torne trilateral, pois o empregado passa a prestar serviços não mais ao seu empregador, e sim ao ente tomador, que mantém contrato de natureza civil ou comercial com a empresa prestadora³¹⁷.

³¹⁴ Cf. MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 117.

³¹⁵ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 486.

³¹⁶ Nas clássicas lições de João de Lima Teixeira: “O certo é que o Direito do Trabalho busca entender e se posicionar frente à terceirização, forma de reorganização do processo produtivo empresarial, definido como o fenômeno de transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa que não aquela que, primitivamente os produzia”. Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000. 2 v. p. 283.

³¹⁷ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Op. cit., p. 50.

O modelo trilateral de relação que surge com nesse processo é francamente distinto do clássico modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral.

A dissociação entre relação econômica de trabalho (com a empresa tomadora) e a relação empregatícia (com a empresa terceirizante) traz graves desajustes em contraponto aos objetivos clássicos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história. É um novo modelo repensado na lógica empresarial da redução de custos e busca por especialidade.

Por se chocar com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho esse novo modelo sempre sofreu restrições da doutrina e jurisprudência justralhista, que nele tendem a enxergar uma modalidade excetiva de contratação de força de trabalho.

Para Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante³¹⁸, de um lado, tem-se a empresa tomadora e, de outro, a prestadora. Os trabalhadores são subordinados diretamente à empresa prestadora e não à tomadora. A relação jurídica é triangular, existindo entre a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho.

A empresa prestadora de serviços, por sua vez, nos termos do art. 2º, da Instrução Normativa MTE nº 03, de 1º de setembro de 1997, é a pessoa jurídica de direito privado, de natureza comercial, legalmente constituída, que se destina a realizar determinado e específico serviço a outra empresa fora do âmbito das atividades-fim e normais para que se constitui essa última.

As relações entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante são regidas pela lei civil.

A terceirização sempre foi vista como modalidade de ação empresarial que não tem grande conexão com a gênese trabalhista, em especial o princípio da continuidade das relações jurídicas laborais e a integração do trabalhador à empresa.

Essas preocupações foram tratadas através da restrição das contratações de forma determinada, no art. 433 da CLT (no §1º, em relação ao contrato por prazo determinado e no §2º sobre o trabalho intermitente).

³¹⁸ Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442.

As válvulas legais para a intermediação da mão de obra utilizada foram pensadas desde a edição da Lei Federal nº 6.019/1974, que possibilitou, em caso de necessidade transitória de substituição de mão-de-obra permanente e acréscimo extraordinário de serviço, contratar trabalhadores sob a égide de contrato determinado, porém com regras específicas, surgindo uma nova figura, o contrato temporário.

A Lei visava a evitar a fraude na contratação indeterminada e sem critérios de trabalhadores, por meio de interposição das empresas prestadoras. A contratação é possível, desde que seja feita para substituição temporária de mão de obra permanente ou em caso de acréscimo extraordinário de serviços³¹⁹.

Mesmo diante dessa norma, a intermediação prosseguiu, e o Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 1986, emitiu a Súmula nº 256³²⁰, fixando entendimento de que é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços.

Com esse entendimento, não se permitia a contratação nem mesmo para a atividade-meio.

A Súmula nº 256 foi cancelada³²¹, revisitada e substituída pelo entendimento fixado pela Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho³²², que tem o seguinte texto:

³¹⁹ Nesse sentido conferir: Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Op. cit., p. 439.

³²⁰ Súmula nº 256 do TST - Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (cancelada). “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 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”.

³²¹ Acrescenta Homero Batista Mateus da Silva: “Como fenômeno social colhido no dinamismo das relações econômicas, a terceirização se mostra quase indomável. O próprio Tribunal Superior do Trabalho parece ter acusado o golpe, quando se viu na contingência de cancelar a antiga Súmula 256, que combatia a terceirização e afirmava a relação de emprego diretamente com a tomadora de na maioria dos casos, e simultaneamente editar a Súmula 331, que se tornou permissiva da terceirização numa quantidade bem maior de casos. Pode-se afirmar que a jurisprudência em geral e o Tribunal Superior do Trabalho em particular estejam apenas descrevendo o que se observa na realidade dos fatos, a reboque dos eventos trabalhistas, mas nesse particular não resta dúvida de que a Súmula 331 exerceu papel decisivo na disseminação do regime de terceirização no direito do trabalho brasileiro, para aqueles que andavam receosos, para aqueles que tinham dúvidas sobre o enquadramento legal ou simplesmente para aqueles que nunca tinham ouvido falar nessa decomposição da figura do empregador”. Cf. Homero Batista Mateus da. Op. cit., p. 163.

³²² O Judiciário Trabalhista não é um bloco monolítico, sendo constituído a partir de uma arena de disputas. Daí porque o processo de construção das normas e das decisões judiciais não pode ser compreendido apartado das lutas que se dão nas sociedades no momento histórico em que produzidas. Por outro lado, elucida quão complexo é o processo de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais Superiores e a força que os entendimentos sumulados têm no sentido de balizarem decisões a partir do momento em que construídas. Por outro, ainda, evidenciam que as construções históricas não são lineares, contemplando avanços e retrocessos. Nesse sentido, e para uma melhor compreensão do processo e do contexto de criação da Súmula nº 331, convidamos à leitura de: BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do tribunal superior do trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. In: *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, Londrina, v.16, n.1, jan./jun. 2011, p. 124-141. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657>>. Acesso em 28 nov 2019.

SÚMULA 331 DO TST- CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

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.

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.

A composição jurisprudencial da Súmula nº 331 recebeu várias críticas, dentre elas as feitas por José Pastore e José Eduardo G. Pastore³²³, argumentando que a jurisprudência trabalhista informa não ser permitido terceirizar a atividade-fim de uma empresa, entretanto, a Constituição de 1988 não limita a terceirização de atividade (meio ou fim). Nem sequer trata do tema. Aliás, em nenhuma das Constituições que precederam a de 1988 foi esse assunto abordado. No âmbito do direito privado (Código Civil), tampouco se estipulou o limite do contrato civil de prestação de serviços à sua natureza.

No art. 593, o Código Civil estabelece: “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo”. A CLT também não trata do tema.

A crítica de toda essa prática é que a limitação à terceirização não decorre de mandamento constitucional, tampouco de legislação ordinária, tendo sido fixada à época pelo Poder Judiciário, através de sua Justiça Especializada.

³²³ Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafios para o direito*. São Paulo: LTr, 2015. p. 8-9.

Para Bruno Klippel³²⁴, é importante destacar que o inciso I, da Súmula 331 do TST, demonstra que a terceirização trabalhista continua a ser considerada como situação excepcional, já que afirma, genericamente, que a contratação por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços.

Além de excepcional a terceirização de atividades demonstra qual a consequência da terceirização ilícita, que é a formação de vínculo diretamente com a empresa tomadora, tendo em vista o princípio da proteção do obreiro. Não se poderia pensar em desfazimento total do vínculo pela nulidade da contratação. Ao contrário, apesar de nula a contratação, o vínculo se mantém, porém, formando-se com a tomadora.

Como lembra Luciano Martinez, a infração à regra importa efeitos danosos para a empresa cliente. Se uma empresa tomadora ou cliente contratar trabalhador mediante empresa interposta, salvo, na forma da lei, na condição de trabalhador temporário, o vínculo de emprego será formado diretamente com a tomadora.

A visão trabalhista diante dessa situação, sempre foi pautada em pedir a formação do contrato de emprego com a empresa tomadora e a inclusão no polo passivo da prestadora de serviços, com requerimento de condenação solidária nos termos do art. 942³²⁵ do Código Civil³²⁶.

No tocante à responsabilização, o item IV recebeu críticas³²⁷ por reconhecer a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, e não solidária, o que seria, para muitos, mais coerente com o escopo de proteção inerente ao direito do trabalho.

A classificação entre atividade-meio e atividade-fim é questão secundária no direito do trabalho atual, haja vista a terceirização em atividade privada ter sido remodelada pelas novas regras da Lei Federal nº 13.429/2017³²⁸, eliminando as questões suscitadas na Súmula nº 331 do TST.

³²⁴ Cf. KLIPPEL, Bruno. *Direito sumular esquematizado – TST*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 427.

³²⁵ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

³²⁶ Cf. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 207.

³²⁷ Anota Bruno Klippel: Em primeiro lugar, o TST equiparou os entes públicos aos privados para fins de responsabilização subsidiária, afirmando que aqueles respondem conforme enunciado no inc. IV. Porém, traz como novidade a necessidade de demonstração de conduta culposa da Administração Pública, em especial no que toca à fiscalização das obrigações assumidas pela prestadora de serviços. Na qualidade de tomadora dos serviços, entende o TST que a Administração Pública possui por obrigação fiscalizar se a empresa encontra-se ‘em dia’ com suas obrigações trabalhistas, sob pena de arcar com o pagamento daquelas, subsidiariamente, caso seja omissa com aquele seu dever”. Cf. KLIPPEL, Bruno. Op. cit., p. 429.

³²⁸ Aqui reafirmamos o posicionamento que a terceirização, entendida como prestação de serviços a terceiros, passa a ser entendida como a transferência feita pela contratante da execução de qualquer das atividades da

Apenas para registro, interessante constatação de Homero Batista Mateus da Silva³²⁹, ao referenciar que, de plano, revelou-se excessivamente sombria a distinção ente atividades de apoio, também chamadas de atividades-meio, e atividades nucleares ou centrais do objeto social da empresa, também chamadas de atividades-fim.

Há um critério razoavelmente bem-sucedido nessa distinção, que deixa de lado o objeto social do tomador de serviços, pela dificuldade de se separar precisamente onde acabou o núcleo e onde começa o complemento, e se detém no objeto social do prestador de serviços.

A terceirização, assim, seria válida se o prestador fosse uma empresa realmente especializada naquela atividade mais ou menos complementar, mais ou menos de apoio, mais ou menos secundária, quando comparada com a atividade da tomadora. Trata-se do critério da especialização e não do critério da fragmentação das atividades.

A Ementa do Recurso Extraordinário 760.931-DF – Min. Rosa Weber³³⁰, que trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargo trabalhista gerado pelo inadimplemento de empresa prestador de serviço, anota

1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007).

Essa polêmica sempre foi acirrada e tem reflexo direto na interpretação da Lei de Concessões, já que a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em posição oposta ao entendimento do TST, permite que as empresas concessionárias de serviços públicos contratem com terceiros a execução de atividades inerentes aos serviços concedidos, estabelecendo modalidade lícita de terceirização, frente ao enunciado da Súmula nº 331.

contratante (tomadora), inclusive de sua atividade principal. Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 56.

³²⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Op. cit., p. 162-163.

³³⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4434203&numeroProcesso=760931&classeProcesso=RE&numeroTema=246>. Acesso em 16 jul 2018.

É justamente nesta exceção que se enquadram as empresas do setor elétrico, de saneamento básico, de rodovias e parceiras público-privadas de infraestrutura brasileiras, que têm grande relevo para o presente estudo.

Mas vamos além. O posicionamento da lei especial para o caso dos módulos concessórios, agora replicado para todas as atividades, por força da Lei Federal nº 13.429/2017, sem viés ideológico e livre de pré-conceitos é um grande acerto, pois objetiva um justo e equilibrado contrato, também com a valorização da atividade empresarial³³¹.

Como fundamenta Ana Paula de Barcellos, há amplo consenso de que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais: de um lado, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais e, de outro, a justiça.

Ambos contribuem direta ou indiretamente para o bem-estar humano, para a proteção e promoção de sua dignidade e para a criação de condições que permitam o seu pleno desenvolvimento. Um sistema que supervaloriza a segurança pode tornar-se iníquo e desconectar-se das legítimas expectativas de justiça.

Por outro lado, uma ordem jurídica que despreza a segurança acaba por instituir um ambiente de imprevisão e incertezas que dificulta as relações sociais e o desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Em boa hora, portanto, vieram os julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre a terceirização e sobre a contratação de terceiros por concessionárias, como veremos adiante.

Aliás, vivemos em uma sociedade capitalista e, por mais comprometido que seja o intérprete, escolado mesmo na perspectiva social, a visão de equilíbrio de interesses, suponha-se que seja o quadro desejável por todos, a não ser que apregoe ainda a visão revolucionária do fim do capital, com a tomada pelos trabalhadores dos meios de produção. Isso, contudo, é perspectiva, que independente da discussão da sua viabilidade social, está fora dos ordenamentos jurídicos atuais³³².

³³¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 46.

³³² TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A dignidade da empresa no direito do trabalho. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Org.). *Direitos humanos e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013. p. 286.

3.3. A terceirização na Administração Pública

A terceirização, bastante empregada na estratégia de gestão da iniciativa privada, tem ganhado relevância, também, na Administração Pública, que modernamente empreende esforços para firmar parcerias com o setor privado, buscando atender com eficiência suas atividades.

Pode-se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública³³³.

Como aponta Marcos Juruema Vilella Souto³³⁴, a Administração moderna busca o “enxugamento” da máquina administrativa, não podendo ser compelida a criar cargos e estruturas burocráticas se puder ser atendido o interesse público com técnicas mais eficientes e menos onerosas, através da contratação de prestadores de serviço, fornecedores de mão de obra; não cabe, no entanto, a transferência da gestão da atividade.

Edmir Netto de Araújo³³⁵ destaca que a terceirização tem diferentes acepções para o direito do trabalho e o direito administrativo, enfatizando que pode ser considerada uma forma de privatização, sendo definida pela doutrina trabalhista como contratação, por determinada empresa, de serviços de terceiros para o desempenho de atividades-meio; contudo, tanto no direito administrativo como no civil, tem o sentido usual de empreitada.

Realça Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁶, que é perfeitamente possível no âmbito da Administração Pública a terceirização como contrato de prestação de serviços.

Na realidade, isso sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vem carregados de nova ideologia.

A terceirização na Administração Pública, por sua vez, como será detalhado adiante, apresenta limites claros e deve ser pautada na observância dos princípios insculpidos na norma constitucional que vinculam as novas práticas da Administração Pública (direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), e que

³³³ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 215.

³³⁴ Cf. SOUTO, Marcos Juruema Vilella. *Desestatização. Privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 56.

³³⁵ Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142-143.

³³⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 225.

estão detalhados no art. 37 da Constituição Federal. São eles: legalidade³³⁷, impessoalidade, moralidade³³⁸, publicidade e eficiência.

E o ponto de partida para a compatibilidade do está na afirmação que somente é lícito ao gestor público terceirizar no âmbito da Administração Pública.

Nessa linha de raciocínio, o preenchimento da respectiva atividade-fim passa pela regra constitucional do ingresso condicionado à aprovação em concurso público³³⁹ (conforme art. 37, II, § 2.º, da CF/1988).

A regra de certame público para preenchimento dos cargos e empregos públicos na Administração Pública inviabiliza a terceirização das atividades-fim.

Alexandre de Moraes³⁴⁰ justifica tal opção apontando, que: “A Constituição brasileira, portanto, novamente, afastou o *spoils system*, consagrando a existência de uma

³³⁷ Fernando Dias Menezes de Almeida, ao tratar do princípio da legalidade destaca: “A legalidade pode, em primeiro lugar, ser tomada em seu sentido formal, referindo-se à lei como fruto do ato de vontade atribuível aos seus próprios destinatários, seja manifestando-se diretamente, seja, no mais das vezes, manifestando-se por meio de seus representantes (lei como ato do parlamento). O sentido formal de legalidade é o que, como dito mais acima, traduz juridicamente de modo mais imediato o valor da liberdade. Trata-se, para falar com Norberto Bobbio, da legalidade vigorando como a outra face da liberdade. Sua essência é encontrada em documentos clássicos do constitucionalismo contemporâneo, como se passa com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Arts. 4º, 5º e a primeira parte do art. 6º”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Princípio da impessoalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 111. Já Egon Bockmann Moreira, ao abordar a evolução do princípio da legalidade, aponta as dificuldades de interpretação da legalidade atualmente, destaca: “[...] fato é que os dilemas vividos na atualidade não se resolvem apenas com o recurso a tais soluções antigas – mesmo porque vivemos em tempos em que fica cada vez mais nítida a multiplicidade de ordens jurídicas (e respectivas fontes), exigindo-se novas soluções, dentre elas a compreensão do pluralismo jurídico, que permite superar a problemática do Estado de direito ao afirmar que o Estado não tem monopólio da produção do direito oficial”. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. O Princípio da Legalidade, a Lei e o Direito. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56.

³³⁸ No tocante ao princípio da moralidade, Thiago Marrara aponta: “A moralidade administrativa serve, pois, para impedir que os dirigentes estatais desviem-se das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas. Com isso, insere-se um elemento finalístico na análise da legalidade de todas as ações estatais, de modo que o cumprimento da norma jurídica pela autoridade pública somente pode ser válido quando vinculado aos valores em que tal norma se funda”. Cf. MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 163.

³³⁹ Para José Afonso da Silva: “O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para a admissão às funções (autônomas) referidas no art. 37, I, ao lado dos cargos e empregos”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 679.

³⁴⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 142.

burocracia permanente na Administração Pública, composta por um corpo administrativo concursado e especializado na realização de suas diversas atribuições”.

Além de tais fundamentos, é importante mencionar a normatização que buscou firmar a política de terceirização no âmbito da Administração Pública Federal (quer seja ela direta, autárquica ou fundacional), que foi o Decreto Federal nº 2.271/1997³⁴¹, proibindo terceirização quando a atividade fizer parte do plano de cargo do órgão e detalhando quais as atividades cuja execução indireta se dá preferencialmente³⁴².

Aliás, o desatendimento ao comando constitucional do ingresso somente por concurso público já foi enfrentado pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo sido editada a Súmula nº 263, que define:

Contrato Nulo. Efeitos. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Vale a pena transcrever, ainda, a Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que assegura o direito ao saque do FGTS nas hipóteses em que o contrato de trabalho é declarado nulo por ausência de concurso público: “Súmula nº 466 - O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público”.

Por fim, no âmbito jurisprudencial, temos, ainda, a Súmula Vinculante nº 43, do Supremo Tribunal Federal, proibindo o acesso por qualquer forma de provimento derivado³⁴³

³⁴¹ Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta. § 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

³⁴² Outros fundamentos e detalhamentos delineados pela Administração Pública Federal são apresentados no Capítulo IV, com abordagem específica das atualidades do tema.

³⁴³ IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DE SERVIDOR ADMITIDO SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO APÓS O ADVENTO DA ATUAL CONSTITUIÇÃO. Percebe-se que, como assentado pelo Tribunal de origem, a pretensão dos recorrentes viola o disposto no art. 37, II, da CF/1988. Com efeito, não há possibilidade de servidor admitido para exercício de cargo temporário ser efetivado em cargo permanente em razão da natureza jurídica das funções que exerce. 6. Esse tem sido o entendimento desta Corte que, diante de circunstâncias diversas relativas à violação ao art. 37, II, assentou: (i) a vedação de provimento derivado (Súmula Vinculante 43); (ii) a manutenção de servidores/empregados públicos admitidos sem prévio concurso (...); (iii) a impossibilidade de o passar do tempo sanar situações irregulares, rechaçando a tese do fato

ao destacar: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

No tocante à terceirização das atividades-meio realizadas pela Administração Pública, também dispomos de regras específicas, externadas pelo procedimento licitatório, conforme definidas na Lei Federal nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos.

Ou seja, assim como existem imperativos para chamada pública para contratação de pessoal (concurso), também dispomos de regras claras para chamamento público para aquisição de bens e serviços (licitação).

A licitação, no ordenamento brasileiro, como destaca Odete Medauar³⁴⁴, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público³⁴⁵. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

O fundamento de tal exigência é a regra constitucional do inc. XXI³⁴⁶, do art. 37, da Constituição, o qual dá fundamento para as contratações de serviços, ao incluí-los, expressamente, entre os contratos dependentes de licitação.

consumado (...); (iv) a impossibilidade de transmutação do regime de cargo temporário para cargo efetivo. 7. A razão de decidir em todos esses casos é a mesma: impossibilidade de manutenção de servidores admitidos sem prévio concurso público após o advento da atual Constituição. Desse entendimento não divergiu o acórdão recorrido, sendo inviável o provimento da pretensão recursal. [ARE 800.998 AgR, voto do rel. min. Roberto Barroso, 1ª T, j. 19-4-2016, DJE 89 de 4-5-2016.]

³⁴⁴ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 200.

³⁴⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto, delimitando o contexto de interesse público, destaca: “À esfera privada é reconhecida certa autonomia e assegurado um conjunto de direitos, que serão titularizados pelos indivíduos que a constituem (liberdade de iniciativa, de propriedade, de culto, de expressão e imprensa, de se representar e fazer representado, de locomoção e de autodeterminação, entre outros que vão sendo acrescidos no curso da história). À esfera pública é destinado um papel de, em nome e para o bem de todos, exercer o poder, dentro dos limites impostos pelo Direito (é dizer pela lei, fruto da vontade da maioria dos representantes). O manejo desse poder, por conseguinte, sempre importará alguma limitação ou sacrifício ao direito ou interesse dos indivíduos que compõe a esfera privada. Porém, para que o exercício concreto desse poder seja legítimo, ele deverá (i) ser manejado nos limites estabelecidos pela lei e (ii) se justificar, na sua necessidade e intensidade, por ser necessário à consagração de um interesse geral, auferível por toda a coletividade”. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação*. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420.

³⁴⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Evidente que o intuito do legislador constitucional não foi o de inovar – pois tais contratos administrativos sempre foram celebrados –, mas o de tornar expresso que a licitação é obrigatória, inclusive para as entidades da Administração indireta³⁴⁷.

A diferença fundamental entre o contrato firmado entre particulares e o contrato administrativo consiste nas cláusulas especiais, aplicáveis aos ajustes administrativos.

O fato de ser a Administração parte contratante, garante prerrogativas³⁴⁸ que se referem ao poder ou dever, conforme o caso, de fiscalizar a execução (arts. 65 a 76 da Lei 8.666/93), de aplicar as sanções previstas no art. 87 e rescindir unilateralmente o ajuste, nos casos especificados no art. 79, inciso I.

Tais cláusulas são chamadas de exorbitantes³⁴⁹. Dessa forma, o acompanhamento dos contratos constitui poder-dever da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Destaca Marçal Justen Filho³⁵⁰ que a Administração deverá estar atenta à ocorrência de qualquer irregularidade e fiscalizar atentamente a execução de seus contratos, e na ocorrência de problemas instaurar procedimento administrativo destinado a apurar os fatos e, se for o caso, promover a rescisão do contrato. Assim se deverá proceder ainda que a prestação esteja sendo executada de modo rigorosamente perfeito. O fundamento do sancionamento ao contrato ou, mesmo, da rescisão contratual será a infração à legislação trabalhista e os riscos de responsabilização pertinente.

3.4. Terceirização ilícita

Seguindo a abordagem clássica adotada por Mauricio Godinho Delgado³⁵¹, a ordem justralhista distingue pautava, diante dos ditames da Súmula nº 331, a terceirização em duas categorias: a lícita e a ilícita.

³⁴⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 225.

³⁴⁸ Há contratos em que prevalecem as regras de direito privado, quando couber. É o caso dos exemplos mencionados no art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/1993, relativos aos contratos de financiamento, seguro, de locação em que a Administração Pública seja locatária e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado.

³⁴⁹ Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 97.

³⁵⁰ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 941.

³⁵¹ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 502.

Na medida em que se parametriza com base no padrão clássico empregatício, a terceirização lícita passa a ser amplamente autorizada, porém a terceirização ilícita ainda deve ser combatida³⁵².

Com os novos parâmetros da Lei nº 13.429/2017, ganha relevo, no âmbito da ilicitude, a intermediação ilegal de mão-de-obra.

Interessante que a Súmula nº 331 do TST, no período de sua vigência, serviu de farol e disciplinava de forma clara a modelagem para reconhecimento da licitude.

A terceirização seria lícita nos casos de contratação que se enquadram em quatro situações-tipo de atividades:

- i) O trabalho temporário (Lei nº 6.019/1974; Súmula nº 331, I, do TST);
- ii) Atividades de vigilância (Lei nº 7.102/1983; Súmula 331, item III do TST);
- iii) Os serviços de conservação e limpeza (Súmula 331, item III, do TST); e
- iv) Os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador (Súmula 331, III, do TST).

O primeiro grupo (item I do verbete) tratava da única situação de terceirização transitória existente no Brasil, o denominado trabalho temporário, modalidade que conta com regramento peculiar e específico contido na Lei Federal nº 6.019/1974, diferenciando-a da terceirização em geral (ou permanente).

Os outros grupos arrolados na Súmula nº 331 do TST retratavam hipóteses de terceirização permanente, e se caracterizam pela circunstância unívoca de serem atividades que não se ajustam ao núcleo das atividades empresariais do tomador de serviços – não se moldam –, pois, às atividades-fim do tomador.

Dentro deste contexto, destaque ao quarto grupo das hipóteses de terceirização lícita, prevendo a possibilidade de terceirizar os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Isto, porque os demais grupos – com exceção do trabalho temporário –, limitam a terceirização em atividades específicas e previamente denominadas (vigilância, conservação e limpeza).

³⁵² Anota Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “[...] a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta. Portanto, defende-se a o entendimento de que os referidos serviços, na terceirização, normalmente devem ter certa especialidade. Isso é confirmado pelo art. 5º-B da Lei 6.019/1974, incluído pela Lei 13.429/2017, no sentido de que o contrato de prestação de serviços deve conter: qualificação das partes; *especificação do serviço a ser prestado*; prazo para realização do serviço, quando for o caso; valor.” Cf. Gustavo Filipe Barbosa Garcia. *Reforma trabalhista*. 3. ed ver., amp e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 392.

No entanto, este último grupo abria caminhos para terceirizar outras atividades, indiscriminadamente, desde que estivessem ligadas a atividade-meio do tomador, permitindo uma aferição individual destas atividades no caso concreto³⁵³.

Na doutrina clássica de Arnaldo Süssekind³⁵⁴, a terceirização lícita passa a ser ilícita se o trabalhador registrado como empregado da firma contratada prestar serviços à contratante sob o poder de comando desta, configurada estará a relação de emprego com esta última, fundado no princípio da primazia da realidade, que é amplamente admitido no direito do trabalho (cf. os arts. 9º e 442 da CLT), na lição do mestre Plá Rodríguez, "em matéria trabalhista importa o que ocorre na prática mais do que as partes pactuaram em forma mais ou menos solene ou expressa.

Nessa perspectiva, passo, a partir de então, a avaliar as responsabilidades, tanto na esfera trabalhista relacionada à iniciativa privada, quanto na Administração Pública.

3.4.1. Responsabilidade no Direito do Trabalho

Partindo do princípio da primazia da realidade, ou seja, da realidade dos fatos, se o empregado tiver vínculo de emprego com o ente tomador, presentes a subordinação direta e a pessoalidade entre eles, este é o verdadeiro empregador, e não a empresa que somente intermediou a mão de obra, ainda que ela figure, formalmente, como contratante do trabalhador. Essa intermediação configura fraude aos preceitos jurídico-trabalhistas, de natureza cogente, não produzindo efeitos em razão da nulidade incidente (art. 9º da CLT)³⁵⁵.

Caso exista subordinação direta do empregado terceirizado com a empresa tomadora dos serviços, a terceirização deve ser considerada ilícita, acarretando o reconhecimento do vínculo de emprego com o tomador dos serviços (exceto no caso da Administração Pública, que exige a aprovação em concurso público). Nesse caso haverá o reconhecimento de vínculo com a tomadora e a empresa prestadora de serviços responderá solidariamente pelos direitos trabalhistas.

Mesmo antes das recentes alterações legislativas promovidas, os tribunais trabalhistas, especialmente impulsionados pelo Tribunal Superior do Trabalho, já haviam

³⁵³ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 503.

³⁵⁴ Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. Nova regulamentação do trabalho temporário e da terceirização de serviços. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 226, p. 5-10, out/dez 2001. p. 39.

³⁵⁵ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017, p. 61.

firmado entendimento jurisprudencial reconhecendo a solidariedade em casos de terceirização ilícita³⁵⁶.

Se verificada a ilicitude da terceirização, as empresas contratada e contratante responderão solidariamente pelos créditos devidos ao trabalhador, sem prejuízo da possibilidade de reconhecimento de vínculo diretamente com a contratante privada.

Papel fundamental deve ser desempenhado pela inspeção do trabalho, realizada atualmente pelo Ministério da Economia (e anteriormente desenvolvido pelos órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego), que tem função essencial na prevenção e repressão das fraudes nas relações de trabalho, conforme art. 21, inc. XXIV³⁵⁷, da Constituição Federal.

A novidade que se insere nas relações do trabalho, em matéria de legitimidade da terceirização, é a interpretação que será dada ao art. 4º-A, da Lei Federal nº 6.019/1974, com redação da Lei Federal nº 13.467/2017, ao inserir a expressão “atividade principal” para abranger a transferência de serviços da contratante à prestadora de serviços.

Nesse ponto ainda é bastante cedo para desenhar qualquer prognóstico sobre uma tendência de aplicabilidade da norma em concreto.

Somente com a atuação direta dos órgãos de fiscalização das relações de trabalho – e também das interpretações do Poder Judiciário Trabalhista –, poderão ser assentadas observações e conclusões.

Parece haver uma clara tendência de abrandamento na posição da fiscalização no tocante à forma de interpretação da terceirização, já que o novo comando legal transmite ordem cogente bastante flexibilizada e relativizada em relação à prática anterior.

3.4.2. Responsabilidade da Administração Pública

Como já destacado, a Administração Pública moderna³⁵⁸ busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades, notadamente em suas atividades-meio, por conta das restrições legais e as peculiaridades que cercam essas contratações.

³⁵⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. A responsabilidade solidária imposta à contratante decorre do reconhecimento de fraude na terceirização, devendo, assim, ser aplicado o art. 942 do Código Civil. Assim, não merece provimento o agravo de instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho denegatório de prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR 299720105020461. 3ª Turma. Relatora Vania Maria da Rocha Abensur. Publicação DEJT 19/09/2014.)

³⁵⁷ Art. 21. Compete à União: [...] XXXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

³⁵⁸ José Joaquim Gomes Canotilho denomina democratização da administração, a qual pode manifestar-se (i) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; (ii) na introdução do voto para a seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual; (iii) na participação

Na ocorrência de fraude ou na contratação de empregados junto à atividade-fim na Administração Pública, diante da regra constitucional da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, II), não haverá formação de vínculo empregatício entre o trabalhador e a pessoa jurídica de direito público.

No máximo, a consequência é no sentido de que a Administração Pública, pela jurisprudência do TST (Súmula 331, IV), é a responsável subsidiária dos direitos trabalhistas dos trabalhadores da empresa prestadora³⁵⁹.

Diante do regular processo licitatório para contratação de obras e serviços, fica afastada a responsabilidade da Administração frente aos eventuais débitos trabalhistas e previdenciários do particular contratado, conforme previsto no art. 71, §1º, da Lei Federal nº 8.666/1993³⁶⁰.

Apesar de o dispositivo legal afastar qualquer responsabilidade trabalhista da Administração Pública, a orientação original da Súmula nº 331 do TST entendia pela sua responsabilidade subsidiária, em virtude da culpa *in eligendo* e *in vigilando* provenientes da licitação, ou seja, a culpa na escolha do contratado e na eficiente e regular fiscalização de suas atividades³⁶¹.

Entre os administrativistas havia o entendimento que a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, com essa posição acabou por negar a aplicação do §1º, do art. 71, da Lei de Licitações, ou por decretar a sua inconstitucionalidade implicitamente³⁶².

O tema foi levado ao conhecimento do STF, que adotou orientação favorável à Administração Pública. No julgamento da ADC 16-9/DF (por maioria de votos), no dia 24 de novembro de 2010, foi declarada a constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei Federal 8.666/1993.

paritária de todos os elementos que exercem sua atividade em determinados setores da administração; (iv) na transparência ou na publicidade do processo administrativo; e (v) na gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos, por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação, na gestão da administração pública. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 1992. p. 554.

³⁵⁹Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 453.

³⁶⁰ “Art. 71 da Lei nº 8.666/1993: “O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1.º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis”.

³⁶¹ Nesse sentido, conferir: ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 433-444.

³⁶² Cf. ABDALA, Lara Bastos; BARRETO, Lucas Hayne Dantas. A súmula 331 do TST, a ADC 16 e a fiscalização de contratos pela Administração Pública: responsabilidade subsidiária? In: *Revista Científico*. v. 14, n. 28. Fortaleza, jul-dez, 2014. p. 179.

Em consequência da decisão, em maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho, decidiu promover alterações substanciais na Súmula nº 331 (dando nova redação ao item IV e inclusão dos novos itens V e VI), já que a Justiça do Trabalho, após a ADC nº 16-9/DF, encontrava-se sem uma resposta para o grande número de causas trabalhistas, cujo Estado figurava como responsável subsidiário e não era mais possível a solução dada anteriormente através do verbete do TST.

Houve, assim, com a modificação no inciso IV e a inclusão de outros dois incisos, nos moldes do art. 58, inc. III, da Lei de Licitações, tratando sobre a responsabilidade civil por omissão da Administração Pública, quando não exercida a devida fiscalização do contrato.

O tema voltou a ser debatida no Supremo Tribunal Federal – STF, no Recurso Extraordinário 760.931–DF, de relatoria da min. Rosa Weber, confirmando o entendimento adotado na ADC 16-9/DF e fixou a seguinte tese de repercussão geral: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93”.

O ponto relevante destacado pelo Min. Luiz Fux, relator do voto vencedor foi que a Lei Federal nº 9.032/1995 introduziu o §2º³⁶³ ao art. 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária da Administração sobre os encargos previdenciários e, caso fosse da vontade do legislador, teria feito o mesmo em relação aos encargos de natureza trabalhistas. Entendeu que, se não o fez, é porque a Administração Pública afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada.

Para definir qual responsabilidade deve-se primeiro ter a percepção que a Administração, quando realiza um contrato de terceirização do serviço, instaura duas relações jurídicas distintas, sendo uma estabelecida entre o Estado e a empresa terceirizada e a outra entre a empresa contratada e o empregado. Na primeira tem-se uma relação de direito público, enquanto na segunda a relação é trabalhista, regida pela CLT³⁶⁴.

³⁶³ Art. 71. [...] §2º. A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

³⁶⁴ Cf. CARVALHO, Matheus Vianna de. A responsabilidade civil do Estado pelos débitos trabalhistas das empresas por ele contratadas: ADC 16/2010 X Súmula 331 do TST. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 24, n. 8, p. 79-81, ago., 2012.

3.4.3. Terceirização e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Interessante questão relacionada à terceirização de atividades na Administração Pública (formada através de processo licitatório) é a forma de contabilização dos gastos pelas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal nº 101/2000).

O §1º, do art. 18, da citada Lei Complementar determina que “Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como – Outras Despesas de Pessoal”.

A redação adotada pela lei se mostra bastante inapropriada por praticamente admitir a possibilidade de contratos de terceirização de mão-de-obra estabelecer que os valores devem ser contabilizados como outras despesas de pessoal.

Como já destacado, é inadmissível o contrato para fornecimento de mão-de-obra para a Administração Pública em nosso ordenamento jurídico.

Destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro³⁶⁵ que o legislador não estava preocupado com a licitude ou ilicitude desse tipo de contrato diante de outros dispositivos legais e constitucionais, mas apenas e tão somente para os fins da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF. Mais uma vez exige-se do intérprete o bom-senso que faltou ao legislador.

Anote-se, por derradeiro, que em casos de danos a terceiros pelos trabalhadores contratados de forma ilícita, incide a responsabilidade do Estado, que é objetiva e independe de quem seja o agente causador do dano, conforme art. 37, §6º³⁶⁶, da Constituição Federal.

Vale dizer que, embora contratado ilicitamente, esse agente é considerado agente público para fins de responsabilidade civil do Estado³⁶⁷.

3.5. Vantagens e desvantagens da terceirização

Para entender a lógica de uma avaliação extrajurídica de eventuais vantagens e desvantagens da terceirização precisamos, inicialmente, destacar que os debates atuais não têm pontos de convergência, ou se posiciona dentre os contrários ou dentre os favoráveis à

³⁶⁵ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 226.

³⁶⁶ Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁶⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 227.

ação de terceirizar, quer seja na empresa privada, na Administração Pública ou em contratos de parceria com a Administração Pública.

Dentre os argumentos favoráveis, apontamos alguns anotados por Marcelo Augusto Souto de Oliveira³⁶⁸, que reconhece na terceirização as vantagens de:

a) acelerar sua capacidade de produção sem necessidade de investimento de novos capitais, objetivos próprios do sistema capitalista;

b) as empresas não têm que se preocupar em modernizar ou substituir suas máquinas e equipamentos ou mesmo ampliar suas instalações. No caso da indústria, gera uma diversificação de atividades, num misto de indústria e comércio, com a compra e venda de peças produzidas por terceiros, assegurando ótima rentabilidade sem nenhum risco, ao mesmo tempo barateando seus custos de produção e aumentando seus preços no produto final; e

c) buscadas pela empresa interessada com vistas à especialização e centralização de esforços na área de sua vocação específica, procurando-se obter economia de escala e redução de custo final de seu produto.

Para o citado autor, há um limite além do qual não se consegue remarcar preços para se ter lucro, pois o produto ficará muito caro para o consumidor, do ponto de vista objetivo. Além disso, em termos comparativos, caso seja frequente a simples política de remarcações sem preocupação com a diminuição de custos, o preço estará muito além daquele praticado pelos concorrentes, dificultando-se a colocação do produto no mercado.

A defesa da relevância da modernização da administração empresarial com a criação de métodos de gerenciamento da atividade produtiva é compartilhada por outros autores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶⁹, ao destacar: “[...] a possibilidade de a empresa tomadora do serviço concentrar-se na execução de suas atividades-fim, a diminuição de encargos trabalhistas e previdenciários, com a conseqüente redução do preço do produto ou serviço, a simplificação da estrutura empresarial”.

Pontos desfavoráveis citados por Marcelo Augusto Souto de Oliveira³⁷⁰, em continuidade ao seu raciocínio, estão pautados, especificamente, em aspectos gerais de redução dos direitos dos trabalhadores, sendo:

a) a ruptura do sistema trabalhista;

³⁶⁸ Cf. OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. Terceirização: avanços e retrocessos. *Revista Justiça do Trabalho*, ano 22, nº 253, jan./2005. p. 21.

³⁶⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 216.

³⁷⁰ Cf. OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. *Op. cit.*, p. 21.

- b) a nova mercantilização do trabalho humano;
- c) dependência recíproca da empresa horizontalizada e suas fornecedoras e vice-versa, quanto aos problemas que podem ser enfrentados por uma delas, ofertadoras das demais, os quais podem dificultar (ou, até, na falência, impedir) a realização de suas atividades; e
- d) é inegável que as vantagens com a redução dos custos implicam diretamente o aviltamento dos salários, acrescido dos reflexos indiretos, representado pela não concessão de transporte, alimentação, cooperativa de crédito e de bens de consumo, bem como de assistência médica e farmacêutica'; [...]

Evidente que não podemos nos furtar à realidade e há que se notar que existe o lado perverso da terceirização. Porém, este fato não está relacionado diretamente somente com o fenômeno da terceirização, mas sim com o ambiente legal em que ela se manifesta.

Na migração de empresas ou na contratação no exterior há casos em que as perdas são irreparáveis, especialmente, para os trabalhadores que vivem em países onde o ambiente de negócios é perverso à inovação e à flexibilização do trabalho, como é o caso do Brasil³⁷¹.

Como se vê existe um antagonismo histórico que insiste em marcar a prática da terceirização das atividades como algo bom ou ruim, favorável ou desfavorável, sem que se busque extrair aspectos relevantes, de aprendizado e de aprimoramento de cada uma das perspectivas lançadas.

Nesse contexto realçamos que a terceirização não é mera operação de compra e venda de serviços, mas, sim um processo de parceria constante e duradoura que redundará em eficiência e aumento de investimentos e dos empregos.

Entre os diversos ângulos pelos quais o tema pode ser avaliado estão as relações entre o direito do trabalho e flexibilização. Podem situar-se em mais de um prisma.

Os dois principais são a relação de polarização, diante do atrito entre a função tutelar do direito do trabalho e a desproteção do trabalhador que resultaria da flexibilização dos seus direitos, e a integração, vista como a possibilidade de adequada combinação entre os dois objetivos, a afastamento do paternalismo das leis trabalhistas substituído pela tutela razoável e pela coordenação entre os interesses do capital e do trabalho³⁷².

³⁷¹ Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafios para o direito*. São Paulo: LTr, 2015. p. 16.

³⁷² Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

Certamente, ao ganhar eficiência produtiva, as empresas desempenham melhor a sua função social, em especial a de gerar empregos de boa qualidade, protegendo os trabalhadores e pagando salários e benefícios condignos.

Terceirização não é sinônimo de precarização, embora em muitas áreas haja espaço para melhorar a segurança jurídica das empresas e a proteção dos trabalhadores. [...] Onde há processos de terceirização, em que não haja respeito à legislação trabalhista, não há falar em terceirização. A fraude à legislação trabalhista não é “privilégio” de quem terceiriza, mas sim daquele que deseja não cumprir as leis do trabalho, independente da terceirização³⁷³.

Frisamos que a terceirização das atividades como um processo de parcerização parece-nos a vertente mais adequada, razão pela qual avançaremos na avaliação das especificidades e tratamento jurídico da terceirização – quer seja nas relações de trabalho, na Administração Pública e nos contratos de parceria na Administração Pública –, sempre com um olhar progressista³⁷⁴ e construtivo de um modelo ideal de aplicação do instituto.

E uma visão progressista³⁷⁵ talvez seja a forma de avançarmos nos debates sem apenas impingir o rótulo de “bom” ou “ruim” à terceirização de atividades, já que tais posições extremadas não têm colaborado para o progresso dos debates necessários, o que prejudica a necessária regulamentação e consolidação de entendimentos do instituto.

Destaca Mauricio Godinho Delgado³⁷⁶ que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do país.

³⁷³ Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafios para o direito*. São Paulo: LTr, 2015. p. 14.

³⁷⁴ Valemo-nos das palavras de Amauri Mascaro Nascimento, ao destacar: “A rigor, todo cuidado deve ser tomado quando se fala, hoje, em *fordismo*, *taylorismo* e *toyotismo* como se fossem esses os únicos modelos de produção, quando, na verdade, as fábricas de automóvel robotizaram a produção, reduziram o número de trabalhadores, produzindo muito mais com menor pessoal, a agricultura automatizou-se, surgindo o agronegócio, as microempresas encarregaram-se de cobrir um vasto e diversificado setor do mercado de trabalho. A subordinação deixou de ser um grande referencial jurídico do trabalho sob a forma de emprego porque ao lado dela, com as terceirizações e inovações, formas intermediárias de trabalho não subordinado ganham espaço na sociedade, despertando o interesse do direito do trabalho para abranger novas categorias, inclusive a dos trabalhadores autônomos hipossuficientes”. Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 981.

³⁷⁵ Nesse ponto José Pastore e José Eduardo Pastore apontam: “A contratação de serviços especializados com terceiros é uma prática mundial. Poucas são as empresas que conseguem fazer de tudo. A produção moderna é realizada em redes ou cadeias produtivas que são verdadeiras constelações de empresas e pessoas que se entrelaçam nas mais variadas formas de trabalhar. Disso decorrem novas relações do trabalho, pois os contratos de terceirização assumem diferentes formas e tipos jurídicos”. Cf. PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. Op. cit., p. 12.

³⁷⁶ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 489-490.

E, por fim, as discussões sobre a terceirização (e em especial os seus limites nos módulos concessórios) é uma forma legítima de pensar as políticas públicas econômicas e de investimentos de infraestrutura, além de jogar luz às formas modernas de acesso ao mercado de trabalho, dando margem, inclusive, para formulação de medidas protetivas ao trabalhador.

Interessante raciocínio de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante³⁷⁷ ao defenderem que os fenômenos econômicos, com a adoção de novas descobertas e inventos, exigem da ciência jurídica um avanço. A própria intervenção do Estado na economia, como agente responsável pela produção de bens e serviços, gera a publicização das relações econômicas, tornando-se insustentável a justificativa do Direito Econômico como sendo um ramo do direito privado.

Assim, é razoável a adoção de uma posição intermediária, ou seja, o Direito Econômico como um *tertium genus*. Valorizando-se o interesse social na busca de um novo critério para a elucidação da norma jurídico-trabalhista, Cesarino Júnior menciona a existência de dois direitos sociais: (a) o direito social genérico, que seria o direito econômico; (b) o direito social *stricto sensu*, o Direito do Trabalho.

Por outro lado, há que se mencionar a iniciativa louvável do legislador, como enaltece Homero Batista Mateus da Silva³⁷⁸, já que somente empresas prestadoras de serviços com idoneidade financeira ou “capacidade econômica compatível com a sua execução” são admitidas.

Outras ações específicas, como o art. 4º-C reforça (a teor do art. 5º-A já trazido pela Lei nº 13.429/2017) que os empregados das empresas prestadoras de serviços terão assegurado o direito ao uso do refeitório, banheiros, e ambulatórios dos empregados efetivos, quando os serviços forem prestados nas dependências das tomadora.

Tatiana Guimarães Ferraz Andrade³⁷⁹, anota contribuição relevante trazida pela Lei nº 13.467, refere-se à barreira para a “pejotização” (constituição de uma empresa prestadora de serviços por uma pessoa física, a qual detém as condições de empregado, por intermédio da proibição de uma contratação de prestadores de serviços que tenham sido empregados da tomadora, bem como a contratação como empregado pela empresa prestadora, durante o prazo de 18 meses de quarentena).

³⁷⁷ Cf. JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 410-411.

³⁷⁸ Cf. SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 190.

³⁷⁹ Cf. ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. Terceirização. Trabalho Temporário. Trabalho autônomo. In: *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. Nelson Mannrich (Coord.), São Paulo: LTr, 2018. p. 110.

E a posição que aqui se lança, e que será enfrentada adiante, é tensão entre os modelos de terceirização existentes, na iniciativa privada, na Administração Pública e nos contratos em módulos concessórios.

Embora o tema encontre palco para apaixonados debates sobre precarização ou sobre eficiência mediante especialização, quando se trata de modelo de gestão para busca de especialidade nos módulos concessórios.

4. Terceirização por Concessionários e Parceiros privados

4.1. Amplitude do capítulo

A terceirização, como apresentada anteriormente, tem variadas funções e muitos modelos possíveis para aplicação efetiva.

Pode ser estudada com amplo aspecto de interdisciplinaridade – notadamente nas temáticas jurídica e econômica –, mas a sua crescente aplicabilidade chama a atenção e pede algumas reflexões.

Nessa linha, apenas com o propósito de reforçar a abrangência e o próprio uso do termo terceirização, Dora Maria de Oliveira Ramos³⁸⁰ identifica que o instituto aceita uma interpretação restrita ou alargada. Em sentido reduzido, o ato de terceirizar é transferir a outrem a execução material de uma determinada atividade, que pode ou não se confundir com a atividade-fim do ente delegante, mas que, muitas vezes, está associada à sua atividade-meio.

Já em contexto alargado, para a autora, fala-se em terceirização para designar todas as formas pelas quais a Administração insere um ator privado na consecução de atividades públicas, aqui compreendendo as concessões de serviço público e transferências a organizações sociais de atividades típicas de serviço público. Nesse conceito mais largo, além da execução material da atividade, o particular recebe poderes de gestor operacional, com alguma capacidade decisória, preservada ao Estado a gestão estratégica do serviço.

Diante desse formato amplo e bastante adaptável de contratação, principalmente pelas normas modelagens das atividades econômicas, têm crescido os fundamentos lançados como justificadores à sua implantação, e têm-se solidificado, na legislação pátria, normas de guarda e incentivo à sua aplicação³⁸¹.

³⁸⁰ Cf. RAMOS, Dora Maria de Oliveira. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 569.

³⁸¹ Nas palavras de André-Noël Roth: “[...] o uso e a promoção que o estado faz de novos instrumentos de ação baseados em uma legislação mais flexível são sinais de uma transformação de seu modo de atuar. Na teoria jurídica, autores inspirados pelo funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann propõem, e comprovam, o desenvolvimento de um sistema reflexivo. Direito que estaria em conformidade com a sociedade atual, qualificada de complexa e de pós-moderna. Tal evolução não deixa de influenciar de maneira profunda o caráter geral da regulação da sociedade e dos países específicos desempenhados nesta, na época moderna, pelo Estado e pelo Direito”. Cf. ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: *Direito e globalização econômica*. FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 16. Tradução: Margareth Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero.

Para o presente estudo, por questões metodológicas de delimitação do tema, interessa-nos, para maior assertividade e objetividade na avaliação, somente a terceirização nos módulos concessórios, em especial os pontos de divergência e tensões que destes decorrem no confronto entre regras de direito público e trabalhistas.

Porém, inobstante a clara delimitação metodológica, breves considerações devem ser tecidas para melhor compreensão da análise a ser lançada, em especial sobre algumas das particularidades que nem sempre são abordadas sobre o assunto.

4.2. Aspectos relevantes da terceirização na iniciativa privada

Na iniciativa privada, a discussão sobre o objeto, os limites e os efeitos da decisão de terceirizar uma atividade empresarial sempre foi bastante intensa. Porém, com a alteração legislativa trazida pela Lei Federal nº 13.467/2017, houve a expressa ampliação dos limites até então controvertidos, podendo, a partir de então, a gestão empresarial abranger qualquer atividade da contratante (no caso a tomadora dos serviços).

Autoriza-se, nesse novo posicionamento, inclusive, a terceirização da atividade principal, superando debates acerca da atividade-meio e da atividade-fim que sempre pautaram as decisões fundadas na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho³⁸².

³⁸² Em complemento a essa ideia apoiamo-nos nas lições de Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Anteriormente, prevalecia o entendimento de que a terceirização, em regra, apenas era admitida em atividades-meio, isto é, de mero apoio ou suporte, mas não nas atividades-fim da empresa tomadora, não se permitindo a terceirização das atividades que integrassem o núcleo dos objetivos sociais do ente contratante (Súmula 331, item III, do TST). Não obstante, com a reforma trabalhista, a terceirização, como prestação de serviços a terceiros, passou a ser considerada como a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (art. 4º-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017). A questão, apesar disso, ainda poderia dar margem a controvérsias, notadamente quanto à necessidade de se interpretar a referida previsão legal em consonância com a ordem jurídica constitucional, não se podendo excluir, ademais, a possibilidade de futuras modificações legislativas a respeito do tema. Entretanto, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: ‘É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante’ (STF, Pleno, RE 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 30.08.2018). Logo, também no âmbito jurisprudencial, e considerando o sistema constitucional, prevaleceu o entendimento de que a terceirização é admitida de forma ampla, independentemente de se tratar de atividades-meio ou atividades-fim do ente contratante, tendo em vista, fundamentalmente, o princípio da livre iniciativa. Confirmando o exposto, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental em que se questionou a constitucionalidade da interpretação adotada em reiteradas decisões da Justiça do Trabalho que restringiam a terceirização com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (STF, Pleno, ADPF 324/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 30.08.2018)”. Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização ilimitada: desarticulação social e enfraquecimento da atuação coletiva dos trabalhadores*. Disponível em: <http://www.gustavogarcia.pro.br/>. Acesso em 28 set 2019.

Na esteira da nova lei, tivemos o julgamento da ADPF nº 324/DF pelo Supremo Tribunal Federal³⁸³. Os atos lesivos questionados eram as decisões da Justiça do Trabalho que se baseavam na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST.

A Corte Constitucional decidiu, por maioria de votos, pela incompatibilidade do enunciado frente à regra constitucional. A tese firmada foi:

1) É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.

2) Na terceirização, compete à empresa contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da empresa terceirizada; e ii) responder, de forma subsidiária, pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993³⁸⁴.

A decisão esgota a discussão jurídica sobre o tema, porém, muitas opiniões ainda ecoam em sentido contrário ao entendimento, como é o caso de Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁸⁵, ao apontar que: “[...] em termos mais técnicos e jurídicos sobre a matéria, deve-se reconhecer que a posição firmada no plano legislativo e da jurisdição constitucional pode não se revelar a mais adequada em termos de coesão do grupo de trabalhadores, de fortalecimento da atuação coletiva, de progresso social e da proteção aos direitos trabalhistas”.

O descontentamento tem concentrado preocupações na pulverização ocasionada com a terceirização ampla das atividades empresariais para diversas empresas prestadoras de serviços, podendo ocorrer, fragmentação social dos trabalhadores, gerando enfraquecimento do movimento sindical.

4.3. Aspectos relevantes da terceirização na Administração Pública

Em que pese a terceirização na Administração Pública não ter sofrido alterações com a edição da Lei Federal nº 13.467/2017, sendo inaplicável para contratações de terceiros

³⁸³ STF. ADPF 324/DF, Rel. Min. Luiz Roberto Barroso, Tribunal Pleno. DJ-e un. 188, 10 set 2018.

³⁸⁴ Ainda sobre o tema terceirização, o Supremo Tribunal Federal apreciou o RE 958.252/MG, *leading case* do Tema 725 de Repercussão Geral, que tratava da terceirização e discutia, reflexamente, a legalidade da Súmula nº 331. Também por maioria, firmou-se a tese a seguir reproduzida (ata de julgamento publicada no DJe em 10/09/2018): “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (STF. ARE 958.252/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. DJ-e un. 188, 10 set. 2018).

³⁸⁵ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceirização ilimitada: desarticulação social e enfraquecimento da atuação coletiva dos trabalhadores*. Disponível em: <http://www.gustavogarcia.pro.br/>. Acesso em 28 set 2019.

pelo Poder Público, cabem, ainda, observações relevantes acerca da distinção entre atividade-fim e atividade-meio nos serviços públicos³⁸⁶.

Nesse sentido, a terceirização realizada pelos órgãos da Administração, somente pode ocorrer de forma lícita quando envolve a atividade-meio, uma vez que o atendimento das respectivas atividades-fim³⁸⁷ somente se dá por servidores ou empregados públicos que foram admitidos após aprovação em concurso público, notadamente pela regra constitucional inserida no art. 37, II³⁸⁸.

Pautamos essa posição na doutrina de Marçal Justen Filho³⁸⁹, que defende barreiras para a Administração Pública na contratação com empresa privada para a prestação de serviços sempre que envolver a necessária e inafastável atuação de uma pessoa física vinculada ao Estado. Esse entendimento fundamenta-se no monopólio pelo Estado de certas atividades, que não podem ser delegadas a um particular que não integre de modo permanente a estrutura estatal.

As atividades-meio, por sua vez, que são passíveis de terceirização, nos termos do inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, dependem de licitação pública, conforme regras da Lei Federal nº 8.666/93 (Lei de Licitações)³⁹⁰. Essas são as advertências de Odete

³⁸⁶ A classificação da terceirização na Administração Pública com base na identificação de atividade-meio e atividade-fim não encontra unanimidade na doutrina. Carolina Zancaner Zockun, prefere utilizar a distinção “serviço” e “autosserviço”. Entende que essa classificação aparta as atividades terceirizáveis das não terceirizáveis. Arremata sua tese, afirmando: “Vê-se, desta forma, que a única atividade não terceirizável, no que tange à utilização de pessoal, é a atividade interna e permanente, por não estar englobada no rol de serviços previsto no art. 37, XXI, da CF de 1988”. Cf. ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 152.

³⁸⁷ Para pautar os limites de terceirização na Administração Pública reproduzimos julgado do Tribunal de Contas da União: “Como bem ponderou a Unidade Técnica, a terceirização no serviço público não é condenável, exceto quando implica a contratação de trabalhadores para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais da entidade. No caso vertente, houve a contratação de pessoal, por meio de empresa interposta, para provimento de cargos cujas atribuições se assemelham às daqueles que constam do seu quadro de pessoal, configurando burla à exigência constitucional do concurso público”. Cf. Acórdão 1.426/2009, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

³⁸⁸ Jorge Luiz Souto Maior, em estudo crítico sobre a terceirização na Administração Pública entende ser a atividade permanente da entidade pública incompatível com a terceirização. Entende que a terceirização é inconstitucional por força do princípio constitucional do concurso público (art. 37, II). Por essa razão, a autorização para celebração de contratos administrativos de prestação de serviços com particulares (nos termos do art. 37, XXI da CF) deve ser entendida como limitada. Segundo entendimento do autor, o serviço que a Administração pode contratar “só pode ser entendido como algo que ocorra fora da dinâmica permanente da administração e que se requeira para atender exigência da própria administração, como, por exemplo, a implementação de um sistema de computador, ou a preparação dos servidores para trabalhar com um novo equipamento”. Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional*. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, 2005. p. 107.

³⁸⁹ Nesse sentido, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 980.

³⁹⁰ Na doutrina de Fernando Dias Menezes de Almeida, quando trata dos contratos administrativos de obras, serviços, compras, alienações e locação, a que se refere a Lei nº 8.666/1993, art. 1º, classificados por ele como contratos em módulos convencionais instrumentais, anota: “Os módulos convencionais instrumentais possuem

Medauar³⁹¹, “A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo”.

Tais contratações públicas terceirizadas, por sua vez, têm como praxe recair sobre atividades de vigilância e de limpeza, as quais passaram a ser desempenhadas por empresas privadas. Outra atividade bastante utilizada em serviços terceirizados é o controle de acesso de pessoas nas repartições. Nesses casos, o Estado permanece como titular da atividade, ainda que tais serviços sejam desempenhados por particulares,

Uma estratégia da terceirização no setor público, para Marçal Justen Filho³⁹², é a redução da estrutura administrativa do Estado, de modo que, a partir de certo momento, institucionaliza-se a atuação de particulares como colaboradores permanentes da Administração.

Evidente que outros propósitos levam à terceirização, tais como: a adequação de atividades sem o comprometimento com os limites prudenciais de gastos com pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal; a busca por especialização das atividades com oferta de menor custo; e, até mesmo, a maleabilidade do gasto com determinados serviços (reduzindo contrato em períodos de problemas orçamentários) em contraponto à perenização de custos com quadro efetivo de servidores para as atividades.

Regras para estabelecer critérios e barreiras à contratação indiscriminada de serviços terceirizados – e até mesmo com o objetivo de definir limites para a distinção entre atividade-meio e atividade-fim –, foram traçadas com o Decreto Federal nº 9.507, de 21 de setembro de 2018³⁹³.

uma tipicidade bastante elástica. Em parte decorre da opção legislativa contida na Lei n. 8.666/93, de se valer de elementos mais genéricos – v.g., a ideia de *alienação* comporta vários tipos contratuais, tais como a venda, permuta, doação; a ideia de *prestação de serviços* também comporta uma extensa variedade de tipos de serviços, muitos dos quais usam ser nominados na prática jurídica, como por exemplo contrato de edição, de transporte, de manutenção”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 284.

³⁹¹ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 208.

³⁹² Nesse sentido, conferir: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 978.

³⁹³ O citado Decreto estabelece, como critério para terceirização no âmbito federal, os seguintes serviços: “Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços: I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal”.

O procedimento traçado para as licitações públicas (inclusive as terceirizações) é a busca pela proposta financeira mais vantajosa³⁹⁴, sendo que o critério padrão de definição do vencedor é o menor preço lançado na proposta comercial.

Observa José Roberto Pimenta Oliveira³⁹⁵, que “[...] o fato de julgamento nele considerado (o preço) não poderá surgir como fim em si mesmo; será legítimo aplicar o fator de menor preço quando este se mantém na condição de instrumento ótimo de comparação na seleção das ofertas visando determinado objeto”.

A opção do legislador e a rotina dos editais de terceirização nos levam à inevitável discussão sobre essa opção da lei. Nem sempre o critério de menor preço é o mais adequado e que melhor atende às necessidades da Administração Pública.

Pensando na valorização e na dignidade do trabalhador em sua condição humana (art. 1º, III, da CF), não seria plausível uma proposta de modelagem dos editais que deixasse de contemplar apenas proposta comercial de menor valor?

A modalidade de contratação de serviços de terceirização se dá por pregão³⁹⁶, o que, naturalmente, pressiona o valor da proposta comercial para baixo³⁹⁷. Não seria razoável requerer das licitantes exigências técnicas para indução à valorização do trabalhador, tais como: comprovação de qualificação de pessoal, estímulo à alfabetização e outras formas de aprimoramento pelo estudo, dentre outros?

³⁹⁴ Observa Maria Luiza Machado Granziera: “Na proposta comercial, o critério de menor preço é a regra da Lei nº 8.666/93, e deve ser aplicada em todas as licitações, salvo aquelas em que o fator de intelectual e os aspectos técnicos sejam preponderantes, em relação ao objeto (art. 46). Cf. GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73-74.

³⁹⁵ Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Tipos de licitação: arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/1993. In: *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.), São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 254.

³⁹⁶ A Lei Federal nº 10.520/2002, estabelece a utilização de pregão para aquisição de serviços comuns: “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

³⁹⁷ Nesse sentido, pondera Márcia Walquiria Batista dos Santos: “A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993) foi considerada muito complexa para atingir o seu principal objetivo: selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Essa complexidade sempre decorreu não apenas da necessidade de observar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, mas sobretudo, por ser utilizada indiscriminadamente para contratar grandes obras e adquirir bens de natureza comum. A justificativa apresentada para a introdução da nova modalidade de licitação no cenário jurídico brasileiro, visando facilitar a compra de bens e serviços de natureza comum, ou seja, os que não exigiriam complexidade técnica, foi proporcionar maior competitividade por meio das possibilidades de oferta de lances verbais”. Cf. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Definição da Modalidade, princípio e fase preparatória: arts. 1º ao 3º da Lei nº 10.520/2002, arts. 1º ao 3º do Decreto federal nº 3.555/2000 e arts. 1º ao 8º de seu anexo I. In: *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.), São Paulo: Editora NDJ, 2016. p. 510.

Entrave para o incremento de benefícios e de melhorias salariais de tais contratos é a modelagem permitida pela lei, com limite de duração máximo de até 60 (sessenta) meses e critérios de reajuste basicamente ligados à reposição das perdas inflacionárias.

A revisão das condições pactuadas somente se dá em hipóteses objetivas que justifiquem o reequilíbrio econômico-financeiro, o que nos traz os mesmos problemas de validação das normas coletivas descritas nos módulos concessórios³⁹⁸.

Na prática, a metodologia de reajuste do contrato de terceirização dá-se em intervalo de 12 (doze) meses³⁹⁹, a partir da assinatura do contrato ou da entrega da proposta comercial, cabendo, a partir de então, a responsabilidade do contratado em gerenciar os componentes de custo para a prestação dos serviços. Dentre esses componentes, temos o custo com pessoal.

Nessa relação jurídica, são recorrentes pleitos e discussões administrativas por iniciativa das empresas tomadoras de serviços, que solicitam reequilíbrio contratual⁴⁰⁰ em razão de aumento de custos em virtude das disposições negociais supervenientes que foram definidas em norma coletiva, trazendo reflexos econômicos para as atividades prestadas.

A situação toma relevo e importância na discussão das tensões existentes entre as regras administrativas e os preceitos negociais do direito do trabalho, em virtude do grande número de contratações da Administração Pública – indistintamente em todas as esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, que envolvem prestação de serviços e têm forte impacto do componente de custos com pessoal.

Aliás, basta olharmos para a realidade das repartições públicas. Há muito vemos a presença de empresas terceirizadas em diversos postos, sendo claro que o Estado vem

³⁹⁸ Como destacado, nas clássicas lições de Hely Lopes Meirelles: “o objeto da licitação é a própria razão de ser do processo seletivo destinado à escolha de quem irá firmar o contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado, passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou, até mesmo, impedindo a sua execução”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitações e contrato administrativo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1991. p. 42.

³⁹⁹ Sintetiza Marçal Justen Filho: “O reajuste contratual consiste na indexação de dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados. Os índices refletem a variação de preços e a inflação. Sua variação produz a presunção absoluta de quebra do equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 467.

⁴⁰⁰ Com as observações de Marçal Justen Filho: “A revisão de preços é figura complexa e demorada, inclusive pela dificuldade de determinar a formação do preço particular. Envolve a necessidade de produção de prova sobre a composição de custos, as variações ocorridas, as causas de desequilíbrio. Isso demanda tempo e exige, algumas vezes, a participação de profissionais altamente especializados, o que torna essa solução pouco desejável para ambas as partes”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. idem.

desidratando os postos efetivos (com provimento mediante concurso) em várias atividades, notadamente de limpeza (serviços gerais), portaria e vigilância.

Não raro, temos ações pontuais mais arrojadas de terceirização, como é o caso de contratações de locação de veículos com fornecimento de motoristas.

Variados são os motivos que levam à opção pela terceirização nas atividades da Administração Pública, mas a crise fiscal que assola todos os entes da Federação aponta que uma das saídas para flexibilização de alocação de pessoal em atividades é com a contratação de terceiros.

Nessa lógica, com eventual variação de receitas do ente da Federação para menos pode se deixar de renovar/contratar terceiros, ao passo que a admissão de servidor público esbarra em regras de estabilidade e pode, inclusive, trazer problemas de legalidade frente aos órgãos de controle externo, por afronta às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal⁴⁰¹.

Nesse cenário de crescente processo de terceirização de atividades, negociações coletivas que agreguem vantagens pecuniárias e outros benefícios sociais aos empregados de empresas terceirizadas sempre trarão forte pressão para o desequilíbrio do contrato, uma vez que o impacto dessa majoração, na maioria das vezes, não é repassado para o Poder Público – destinatário das atividades prestadas.

Existe, aqui, uma evidente tensão entre o público e o privado: de um lado, um contrato que faz regra entre as partes, regras essas vinculantes especialmente sobre a forma de reajuste que são pautadas na Lei de Licitações e Contratos, e, de outro lado, um vívido e constante processo de negociação coletiva que pleiteia patamares melhores de salários e de incremento de benefícios aos trabalhadores.

Na opinião de Iggor Gomes Rocha⁴⁰², por vezes, não há como se enquadrar o aumento salarial no chamado risco negocial (álea ordinária), em razão não só das alterações no mercado entre dois momentos: entrega da proposta e a emissão da ordem de serviço, por exemplo. Em outras palavras, a questão do reequilíbrio do contrato em decorrência de

⁴⁰¹ Dispõe a Lei Complementar nº 101/2000, que regulamentou o art. 169 da Constituição Federal, e traz regras claras para o controle de gastos dos entes da Federação. No tocante ao gasto com pessoal estabelece: “Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I – União: 50% (cinquenta por cento); II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento)”.

⁴⁰² Cf. ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 111.

reajuste salarial amparado em convenção coletiva de trabalho ou instrumento congênera, a sua admissibilidade pode, em determinadas circunstâncias, ser reconhecida.

Seguindo esse entendimento, embora previsível, nem sempre é possível conhecer os índices que serão considerados para equilíbrio do contrato, passando, por consequência, a configurar ocorrência de álea extraordinária, nos termos do disposto no art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei de Licitações.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União - TCU (Decisão TCU nº 457/1995 – Plenário, entendimento expresso, também, no julgamento do TC nº 009.970/95-7⁴⁰³).

Evidente que uma indefinição sobre ponto tão sensível leva a um processo de conflituosidade no âmbito administrativo e, não raras vezes, discussões com o Poder Público que desembocam no Poder Judiciário.

Com vistas a mitigar a falta de segurança jurídica e de critérios objetivos com limites à terceirização, foi editado o Decreto Federal nº 9.507/18 (dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União).

Uma das regras trazidas nesse citado Decreto, em especial o seu art. 2º, é a definição, por parte do Governo Federal, sobre quais serviços serão, preferencialmente, objeto de execução indireta. Tal delimitação está regulamentada, atualmente⁴⁰⁴, pela Portaria nº 443, de 27 de dezembro de 2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Tal Portaria, também em seu art. 2º, traz expressa previsão e autoriza a emissão de outras normas complementares para a sua efetivação, o que foi feito de forma bastante detalhada através da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, trazendo, desde os fundamentos para a caracterização dos serviços passíveis de execução indireta, passando por vedações à contratação de serviços, regime de dedicação exclusiva de mão de obra, processo detalhado de contratação, bem como planejamento das contratações, gerenciamento de riscos

⁴⁰³ Quanto às ponderações, tanto da Unidade Técnica como do Ministério Público, no sentido da impossibilidade de alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, entendo diferentemente dos pareceres. Embora seja previsível, no caso, o reajuste salarial na data-base de cada categoria, não se conhecem antecipadamente os índices a serem aplicados, podendo ser considerado tal fato, a meu ver [Ministro-Relator Carlos Átila], de consequências incalculáveis, na forma do art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93.

⁴⁰⁴ Em substituição à revogada Portaria nº 409, de 21 de dezembro de 2016, que traçava, anteriormente, os limites para tais atividades passíveis de terceirização.

contratuais e, o que mais nos interessa no presente estudo, a forma de reajuste e recomposição dos preços contratados.

No tocante ao procedimento e à forma de reajustamento dos contratos, temos a evolução de entendimento na normatização, buscando evitar os problemas citados acima, em especial a controvérsia decorrente de negociações coletivas em contraponto ao ambiente de regras estáticas de um contrato (historicamente focado em critérios rígidos de índices de inflação e com alocação dos riscos de negociação para a empresa contratada).

Com a citada Instrução Normativa nº 05/2017, passa-se a reconhecer – no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União –, que o componente de custos pode ser definido em contrato com outros indicadores de reajustamento que não o inflacionário, dando vazão ao anseio de realocação de tais riscos contratuais para o beneficiário do serviço prestado – no caso o Poder Público, com vistas à implementação de efetividade ao comando da negociação coletiva das categorias vinculadas à execução indireta, mediante terceirização, conforme art. 54, da IN:

Art. 54. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra⁴⁰⁵, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir.

§ 1º A repactuação para fazer face à elevação dos custos da contratação, respeitada a anualidade disposta no caput, e que vier a ocorrer durante a vigência do contrato, é direito do contratado e não poderá alterar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo assegurado ao prestador receber pagamento mantidas as condições efetivas da proposta.

§2º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, em respeito ao princípio da anualidade do reajuste dos preços da contratação, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas

⁴⁰⁵ Para efeitos da citada Instrução Normativa, entende-se, por serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: “Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que: I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços; II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos. Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III”.

diferenciadas, tais como os custos decorrentes da mão de obra e os custos decorrentes dos insumos necessários à execução do serviço.

§3º Quando a contratação envolver mais de uma categoria profissional, com datas-bases diferenciadas, a repactuação deverá ser dividida em tantos quanto forem os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação.

§4º A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar integralmente o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos. (grifou-se).

A Instrução Normativa nº 05/2017, de modo geral, trouxe uma nova modelagem de governança às contratações públicas terceirizadas, reestruturando o processo regido pela Instrução Normativa nº 02/2008, atualmente revogada, delimitando fases e competências, e criando, formalmente, mecanismos de otimização e de eficiência dos processos de contratação e de gestão dos contratos.

No tocante ao reajuste e à repactuação dos contratos que envolvem prestação de serviço com preponderância de mão de obra (nos termos da norma nominados como serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra), a lógica instituída de dar vazão à liberdade negocial das categorias e transportar para o contrato o desequilíbrio ora causado pela avença traz segurança jurídica e aperfeiçoa uma contradição que se mostra no presente trabalho.

O problema que ainda resta é a abrangência dessa normativa que, pela natureza de sua edição, vincula tão somente a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, o que dá caráter federal para a norma e não nacional.

Dessa forma, a prática licitatória e contratual que se tem mostrado efetiva no âmbito da Administração Pública Federal, não encontra obrigatoriedade nas licitações e contratos dos demais entes da federação, salvo exceções de órgão públicos estaduais ou municipais que se utilizam de tal regra como parâmetro ou analogia.

A proposta que se lança, para os casos exclusivos de contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, é diversa da solução que se propõe para os módulos concessórios que apresentamos, com interveniência do Concedente nas negociações.

A justificativa para a nova modelagem parece ser sensata: o grande número de contratos administrativos decorrentes de execução indireta firmados pelos entes da federação

é absurdamente maior que o número de contratos em módulos concessórios. É bastante comum, por exemplo, um município contar com dezenas de contratos de execução indireta mediante terceirização e nenhum contrato de concessão.

Nessa lógica empírica, propor participação com interveniência nas negociações de cada um dos contratos dessa natureza seria absolutamente comprometedor das atividades da Administração Pública, além de imputar carga desproporcional de atividade para o setor competente pela gestão dos contratos.

Dessa forma, a proposta vai em outra direção: se temos regra eficaz que emana bons resultados para a Administração Pública Federal, e se tal regra não pode ser ampliada aos demais entes da federação por se tratar de regra federal e não de âmbito nacional, a hipótese aqui lançada é a inserção de tais comandos exitosos na Lei de Licitações e Contratos (Lei Federal nº 8.666/1993).

A alteração substancial se daria no art. 40, imputando regra objetiva e vinculante para a metodologia de reajuste no edital do certame licitatório. A transposição do comando seria feita ao contrato, trazendo segurança jurídica à modelagem de reajustamento dos valores com base nas normas coletivas das categorias envolvidas.

Da redação atual da Lei:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

[...]

Propõe-se a seguinte revisão normativa:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

a). Quando a contratação envolver prestação de serviços a serem executados de forma contínua, notadamente com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a base de cálculo dos reajustes estabelecida no contrato deverá, obrigatoriamente, considerar, tantos quanto forem, os Acordos, Convenções ou Dissídios Coletivos de Trabalho das categorias envolvidas na contratação.

b). A repactuação para reajuste do contrato em razão de novo Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo de Trabalho deve repassar de forma integral o aumento de custos da mão de obra decorrente desses instrumentos. (NR)

[...]

Tal proposta visa, por derradeiro, enfrentar pontos absolutamente desconexos que foram apontados no presente item:

1) A realidade dos contratos de execução indireta através de licitações são contratos que refletem padrões de remuneração com grande potencial de conflituosidade, notadamente naqueles em que os índices de correção são decorrentes de indicações de inflação, sendo que tais índices, em sua grande maioria, refletem variações amplas que nem sempre estão conectadas com a realidade do contrato;

2) A solução trazida pela Instrução Normativa nº 05/2017, de modo geral, trouxe uma nova modelagem de governança às contratações públicas terceirizadas, porém, não tem aplicabilidade para todos os entes da federação; resolve somente as controvérsias enfrentadas pelo Governo Federal;

3) A alteração da Lei de Licitações e Contratos – atualmente à luz das regras da Lei nº 8.666/1993 –, ou de outra lei que a substitua, traz a normatividade necessária para que se possa trazer efetividade aos anseios de negociações coletivas do trabalho, notadamente para se superar a justificativa de que o valor acima do aceito pelo contrato é risco integral da empresa e que traria danos irreversíveis ao equilíbrio do contrato.

Último ponto que pede considerações sobre a terceirização no setor público é a responsabilização da Administração Pública por inadimplementos trabalhistas das empresas contratadas.

A controvérsia foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário (RE) 760931⁴⁰⁶, com repercussão geral e confirmou o entendimento adotado na Ação de Declaração de Constitucionalidade – ADC 16, que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos⁴⁰⁷.

O ministro Luiz Fux, relator do voto vencedor, destacou que a Lei Federal nº 9.032/1995 introduziu o §2º ao art. 71 da Lei de Licitações para prever a responsabilidade solidária do Poder Público sobre os encargos previdenciários. Justificou que, se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas. Se não o fez, é porque entende que a Administração já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada⁴⁰⁸.

Mas o assunto não encontrou seu termo final nesse julgamento. Mesmo diante da decisão com repercussão geral, um ponto continuou a gerar debates, que é a questão do ônus da prova no tocante à comprovação da fiscalização.

A SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho - TST, decidiu⁴⁰⁹ que, embora não haja responsabilidade automática da Administração Pública em caso de empresas que não adimpliram com as verbas trabalhistas, o ônus de provar que houve correta fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais é do Poder Público. O fundamento para tal decisão é a aplicação do princípio da aptidão da prova, em contraponto à chamada prova diabólica, vez que reiteradas decisões colocam o ônus da prova sob encargo do empregado da empresa terceirizada, em sua condição de reclamante.

Nesse sentido, fica reforçada a necessidade da Administração Pública em manter eficaz e regular procedimento de fiscalização dos contratos de terceirização, sob pena de ver reconhecida a sua responsabilidade por verbas não adimplidas pelos prestadores.

⁴⁰⁶Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312704677&ext=.pdf>>. Acesso em 13 dez. 19.

⁴⁰⁷ Em relação à fiscalização, a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê, em seu art. 67, que a execução de contrato com empresas prestadoras de serviço “A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, conferir: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=339613>>

⁴⁰⁹ Vide Proc. E-RR nº 925-07.2016.5.05.0281, relator Ministro Cláudio Brandão.

4.4. Terceirização por concessionários e parceiros privados

A contratação de atividades de terceiros em módulos concessórios, diversamente das contratações privadas e dos módulos convencionais instrumentais, apresenta pontos com particularidades que merecem destaque.

Como visto, a terceirização na iniciativa privada foi alvo de grande e acalorado debate jurídico em virtude da falta de tratamento legislativo específico, cabendo à solução jurisprudencial, através da Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho, o julgamento das ações que envolviam o tema.

Com a edição da Lei Federal nº 13.467/2017, houve o esvaziamento do debate e a ampliação dos limites da terceirização, podendo, a partir de então, a gestão empresarial abranger qualquer atividade da contratante.

Já na Administração Pública, temos claros limites para a terceirização, e dois são os fundamentos: o primeiro diz respeito ao dispositivo constitucional que estabelece a regra geral de acesso mediante concurso público, e o segundo elenca as disposições legais sobre licitações públicas, que foram aperfeiçoadas com regramentos específicos.

Restam, por fim, considerações a serem delineadas nos módulos concessórios, que são pouco compreendidas em virtude das particularidades desses modelos de contratos administrativos⁴¹⁰.

Somem-se a tais especificidades as regras setoriais especiais que foram inseridas pela Lei Geral de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95), que delineiam condições próprias para a contratação de serviços de terceiros, representadas pelo art. 25. Vejamos:

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

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

⁴¹⁰ Nesse sentido, Rafael Vêras de Freitas: “Os módulos concessórios vêm conferindo aos concessionários de serviços públicos uma série de oportunidades negociais. É que o transpasse de cometimentos públicos transfere aos particulares, também, um plexo de prerrogativas que os diferenciam dos demais agentes de mercado. Para além da celebração do contrato administrativo principal (o contrato de concessão), que lhe confere alguma espécie de remuneração (v.g. tarifária, por meio de subsídios), a relação jurídica concessória confere ao contratado uma situação diferenciada: a de um agente econômico que poderá se aproveitar das externalidades positivas produzidas pela delegação de um serviço público”. Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, jan/fev 2017. p. 219.

O que se pretende, nesse tópico, é apresentar breve debate conceitual sobre os institutos delineados na Lei Geral de Concessões (atividades inerentes, acessórias ou complementares e projetos associados) e as particularidades da prática setorial.

Serão abordadas, também, a compatibilização das regras setoriais com a decisão do Supremo Tribunal Federal (Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57), bem como a avaliação de tal decisão frente a limitações da terceirização em módulos concessórios.

A avaliação dos argumentos lançados no julgamento, bem como as proposituras lançadas serão fundamentais para a construção de um conceito.

4.4.1. Estratégias para a terceirização em módulos concessórios

Pela regra estabelecida no art. 25, *caput*, da Lei Geral de Concessões, a execução dos serviços públicos concedidos incumbe à concessionária, cabendo a esta responder por eventuais prejuízos causados (ao poder concedente, a usuários ou a terceiros).

Como já destacado, para que possa executar as atividades recebidas através de delegação, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

Tais contratações, como adverte Marçal Justen Filho⁴¹¹, são fundamentais, pois a terceirização ou a subcontratação em sentido próprio são indispensáveis, necessárias e inevitáveis, sendo impossível ao concessionário executar por si só e mediante o concurso apenas de seus empregados todas as utilidades que a prestação do serviço público demanda.

Ademais, a exploração de atividades que geram outras receitas poderia contribuir sensivelmente para a redução de tarifas, ampliando o universo de possíveis usuários dos serviços e, por conseguinte, promovendo com mais eficiência os objetivos buscados na prestação de serviços dotados de forte interesse social⁴¹².

Além da possibilidade de contratação com terceiros das atividades previstas no §1º, do art. 25, da Lei Geral de Concessões, outras figuras diversas são admitidas na lei, a subconcessão (art. 26) e a subcontratação⁴¹³.

⁴¹¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 520.

⁴¹² Nesse mesmo sentido, conferir: SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 266.

⁴¹³ Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. §1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência. §2º

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹⁴: “A Lei nº 8.987 faz uma distinção entre, de um lado a subconcessão e, de outro, a contratação de terceiros para desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido”.

Como se percebe, há pluralidade de alternativas e instrumentos jurídico-legais⁴¹⁵ colocados à disposição das empresas privadas nos módulos concessórios para a estruturação da prestação dos serviços públicos.

Entender a natureza de cada uma dessas atividades é fundamental para delimitar as regras de trespasse de atividades nos módulos concessórios e compreender as implicações limitadoras e os desafios apresentados pelo julgamento da ADC 57/DF.

4.4.1.1. Atividades inerentes, acessórias ou complementares.

Ponto inicial é buscar esclarecimento mínimo sobre o conceito legal das atividades descritas no §1º, do art. 25, atividades inerentes, acessórias ou complementares dos módulos concessórios.

A redação da norma dificulta um claro entendimento da intenção do legislador na construção da norma, sendo corriqueiras as divergências conceituais que encaminham para conclusões diversas, dependendo da posição interpretativa que se queira adotar.

Polêmica das mais acaloradas é a definição – para escorreta interpretação da lei –, do que viriam a ser as atividades inerentes, acessórias ou complementares.

Parece razoável compreender que estamos diante de três espécies de atividades com liberdade à terceirização e com tratamento diferenciado: atividade inerente, acessória e complementar ao serviço público.

Dentro de uma análise sistemática da Lei Geral de Concessões, conforme se trará adiante, podemos propor uma leitura que diferencia as três espécies em dois blocos: (i) atividade inerente e (ii) atividades acessórias ou complementares.

O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

⁴¹⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 133.

⁴¹⁵ No raciocínio de Rafael Vêras de Freitas: “Nesse quadrante é que despontam os negócios jurídicos adjetos aos pactos concessórios, que tem previsão no art. 25, §1º, da Lei nº 8.987/1995, como uma importante ferramenta para aumentar a rentabilidade dos módulos concessórios. É que, por meio desses contratos, os concessionários podem explorar atividades econômicas que guardam relação direta ou indireta com o contrato de concessão principal (v.g. a publicidade em trens do metrô ou na parte posterior de ônibus, a cobrança pela utilização a faixa de domínio em rodovias, os estacionamentos próximos a aeroportos). Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, jan/fev 2017. p. 219-220.

A primeira atividade é a inerente, aquela que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa⁴¹⁶.

Interpreto que a atividade inerente é aquela atividade que não pode ser entendida fora do contexto do objeto da licitação e que integra parte indissociável da composição do contrato administrativo firmado nos módulos concessórios.

Lembra Luiz Alberto Balchet⁴¹⁷, que:

[...] a expressão ‘atividades *inerentes* ao serviço concedido’, utilizada no § 1º, não se confunde com *atividades integrantes do serviço concedido*, pois são consideradas *inerentes* por serem inseparáveis do serviço concedido, e o termo ‘*inseparáveis*’ subentende a existência de algo que tem existência autônoma da qual não se pode separar a *atividade inerente* e este *alto autônomo* é o próprio serviço concedido.

Para melhor compreensão, valem os exemplos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹⁸, ao afirmar que, na contratação de terceiros com base no art. 25, não há subconcessão; o que a lei prevê é a celebração de contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros; em vez do concessionário exercer diretamente ligadas ao contrato de concessão, ele contrata terceiros para realizar determinadas atividades, como serviços de limpeza, vigilância, contabilidade, obras, reformas, reparos etc. São os contratos de obras e serviços a que se refere a Lei nº 8.666.

Nessa linha, propõe-se interpretar que atividades inerentes são aquelas próprias do objeto contratual (contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros⁴¹⁹) que podem ser terceirizadas dentro da liberdade e de gestão da empresa⁴²⁰, já que integram

⁴¹⁶ No Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, “inerente” significa “que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa”. Por sua vez, “inerência” é a “Qualidade de inerente”; “Relação entre um sujeito e uma qualidade que lhe é atribuída”. Cf. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, Editora Positivo, Curitiba, 2000. p. 1153.

⁴¹⁷ Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999. p. 146-147.

⁴¹⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 134.

⁴¹⁹ Nas lições de Marçal Justen Filho: “A contratação promovida pelo concessionário, cujo objeto não envolver o fornecimento direto do serviço público, não configurará contrato administrativo, mas negócio sujeito ao direito privado. Em última análise, tratar-se-á de relação jurídica alheia ao Estado. Não produzirá efeitos perante o poder concedente, eis que apenas o concessionário será por ela vinculado. Sob um certo ângulo, a promoção dessas contratações e sua submissão ao regime de direito privado e aos procedimentos de gestão privada são finalidades buscadas pela própria concessão. Quando se delega a prestação do serviço à iniciativa privada, o que se visa é evitar que toda a atuação necessária à estruturação do serviço público seja caracterizada como serviço público, regida pelo Direito Administrativo e gerida segundo os procedimentos adotados pelos agentes estatais”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 521.

⁴²⁰ O regime desses contratos é, consoante prevê o § 2º, de direito privado. O objetivo desta norma, por certo, não era o de impor esse regime a todos os contratos celebrados com terceiros pelo concessionário, mas apenas deixar patente a inexistência de vínculo jurídico entre os terceiros contratados e o poder concedente. A norma não permite, portanto, concluir-se que a concessionária sociedade de economia mista ao contratar com terceiros não

atividades de rotina e execução das metas e indicadores do contrato. Estão plenamente albergadas pela decisão da ADC 57.

Obviamente, nas hipóteses de danos a terceiros, cabe à concessionária responder pelos eventuais prejuízos causados ao Poder Concedente, aos usuários ou terceiros (art. 25, caput)⁴²¹.

No segundo bloco, enquadraremos as atividades acessórias e complementares.

As atividades acessórias ou complementares, diferentemente das inerentes, são aquelas derivadas de oportunidade de negócio decorrente do módulo concessório que agregue exploração de atividades econômicas. São atividades que buscam, através de inovação, atualidade tecnológica ou oportunidade mercadológica, auferir receitas acessórias ou complementares em atividade tangente ao objeto contratual.

Na concessão de linhas de ônibus, por exemplo, para a gestão dos serviços de transporte público de passageiros, a tarifa recebida pela concessionária é a receita principal, associada ao escopo central da concessão: o transporte de passageiros. O contrato pode prever a exploração comercial pelo concessionário de publicidade nos ônibus. Nesse caso, a comercialização de anúncios publicitários nos ônibus será considerada uma atividade acessória, e os valores cobrados pelo concessionário para a veiculação serão considerados, conseqüentemente, receitas acessórias⁴²².

Exemplifica Rafael Vêras de Freitas⁴²³ que, por esses contratos, as empresas concessionárias podem explorar atividades econômicas que guardam relação direta ou indireta com o contrato de concessão principal (v.g. a publicidade em trens do metrô ou na parte posterior de ônibus, a cobrança pela utilização a faixa de domínio em rodovias, os estacionamento próximos a aeroportos).

precisaria observar as regras da Lei de Licitações, por exemplo. Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999. p. 147.

⁴²¹ Marçal Justen Filho destaca: “O concessionário continua a gerir o empreendimento, desempenhando as tarefas em nome próprio, perante os usuários e o poder concedente. Mas recorre a terceiros, que executam certas prestações, mediante remuneração realizada pelo próprio concessionário”. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Op. cit, p. 520.

⁴²² Cf. PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edição-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>

⁴²³ Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, jan/fev 2017. p. 219-220.

Detalhando tais possibilidades de atividade e as respectivas receitas que delas derivam, Luiz Alberto Blanquet⁴²⁴ aponta: (i) receitas alternativas são aquelas que substituem a receita decorrente da tarifa; (ii) receitas complementares se referem àquelas que complementam o valor cobrado dos usuários, a título de remuneração tarifária; (iii) receitas acessórias são aquelas que são extraídas de atividades não estranhas ao objeto da concessão; e (iv) receitas derivadas de projetos associados dizem respeito àquelas que são obtidas em projetos inconfundíveis com o objeto da concessão.

Marcos Augusto Perez⁴²⁵ pondera que tais receitas correspondem a um conjunto de valores cujo recebimento decorre da exploração de atividades econômicas relacionadas, tangencialmente, à execução de um contrato de concessão. A qualificação alternativa decorre do fato de o objeto contratual identificar-se com uma atividade diversa daquela geradora desse tipo de receita.

Nesse sentido, destaca a existência de uma atividade principal: que identifica o objeto ou o escopo central do contrato, desenvolvida pelo contratado e geradora de receitas principais e atividades acessórias geradoras de receitas acessórias, tangentes ou relacionadas ao escopo do contrato, mas não identificadas com este.

Aliás, a modelagem de regras para a busca de outras receitas nos contratos administrativos em módulos concessórios advém da própria Lei Geral de Concessões (nos arts. 11 e 18) da Lei de Concessões, que possibilitam aos editais de licitações, instituírem os mecanismos para indução de novas fontes de receitas⁴²⁶.

Destaca Marcos Augusto Perez⁴²⁷ que a legislação brasileira optou por regulação mais simples e genérica das receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados, fato que atribui aos contratos de concessão o dever de pormenorizar o seu regime jurídico.

Como se vê, a natureza das atividades é absolutamente diversa quando tratamos de atividades inerentes e de atividades acessórias ou complementares.

⁴²⁴ Cf. BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 1999. p. 60.

⁴²⁵ Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados*. Op. Cit.

⁴²⁶ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de *outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados*, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. (grifou-se). Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...] VI - *as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados*; (grifou-se).

⁴²⁷ Nesse sentido, conferir: PEREZ, Marcos Augusto. *Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados*. Op. Cit.

No primeiro caso, temos uma legítima atuação da empresa concessionária para gerenciar seu contrato e promover terceirizações de atividades sob sua responsabilidade. Tem a obrigação de cumprir as metas do contrato e dispõe de mecanismos legais para tanto.

No segundo caso, temos atividades econômicas que guardam relação direta ou indireta com o contrato de concessão principal (acessórias ou complementares) que irão aumentar a rentabilidade dos módulos concessórios e serão revertidos, conforme disposto no contrato ou na norma do regulador, parcialmente para o poder concedente, podendo ser através de mecanismo de modicidade da tarifa ou com a redução do valor da parcela a ser paga como contraprestação.

E, para fundamentar de forma objetiva essa segregação apresentada, trago como argumento a própria Lei de Concessões, que, nos art. 11 e 18, elenca quais atividades nos módulos concessórios são passíveis de execução com a respectiva reversão dos proveitos econômicos através de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.

Perceba-se que o tratamento dado à modelagem de atividades acessórias ou complementares (com proveito econômico de receitas) não contempla atividades inerentes, o que reforça a justificativa de que a lei fez distinção de formatação de terceirizações.

Porém, infelizmente, esse raciocínio de apreço pela terminologia adequada e de hermenêutica não foi – e continua não sendo –, feito pelas instâncias do Poder Judiciário.

As decisões judiciais trabalhistas, em especial, sempre tiveram visão simplificada das atividades inerentes, acessórias e complementares, interpretando como desdobramento simplório do conceito de atividade-fim.

Com essa premissa, existiu número elevado de condenações por desatenção ao disposto na Súmula 331 do TST. Número tão grande, aliás, que levou o relator da ADC 57, min. Edson Fachin, a manifestar nos autos que: “Constatada a notável relevância e especial significado para a ordem social e a segurança jurídica da presente questão, adotei o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999⁴²⁸”.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por sua vez, alterou o entendimento firmado pela Corte Trabalhista⁴²⁹, delimitando que é lícita a terceirização de toda e qualquer atividade,

⁴²⁸ ADC 57/DF, p. 2. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341891759&ext=.pdf>>. Acesso em 18 dez 2019.

⁴²⁹ No julgamento da ADPF 324, rel. min. Roberto Barroso, cujo objeto era o conjunto de decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho quanto às hipóteses de cabimento da terceirização, que aplicavam a Súmula 331 do TST, reconheceu a constitucionalidade da terceirização em qualquer atividade, afastando a incidência da interpretação trabalhista: “Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Destacando-se que tal decisão não versava sobre a Lei Geral de Concessões, mas das terceirizações em geral⁴³⁰.

Quando do julgamento específico sobre a constitucionalidade do §1º, do art. 25, da Lei Federal nº 8.987/1995, (terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviços públicos), através da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57⁴³¹, pouco se avançou sobre o tema.

Em seu voto, o min. Relator Edson Fachin pondera que: “[...] o art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, ao autorizar as concessionárias de serviço público a contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao

Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993). 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: 1. É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993. 8. ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio. Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado”. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341891759&ext=.pdf>>. Acesso em 18 dez 2019.

⁴³⁰ Importante advertência é feita por Danielle Cristina Lanus: “É preciso lembrar, porém, que a Lei nº 9.472, que trata dos serviços de telecomunicações e criou a ANATEL, trata especificamente das concessões de serviços de telecomunicações, sendo afastada expressamente a aplicação das Lei nos 8.666 e 8.987. Assim, aquilo que dissemos sobre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e transferência do controle acionário não se aplica no âmbito dessa lei. Essas matérias vêm tratadas no artigo 94, inciso II (prevê a terceirização), e no artigo 98 (prevê a transferência do contrato) da referida Lei”. Cf. LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000. p. 74.

⁴³¹ Íntegra da ação disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5511026>>. Acesso em 18 dez 2019.

serviço concedido, alinha-se ao entendimento jurisprudencial atual e, reveste-se de constitucionalidade, devendo ter sua eficácia garantida e preservada”.

Diante dessa decisão, que esgota o tema da declaração de constitucionalidade da norma setorial, constatamos que a discussão e os votos dos demais ministros permaneceram à margem da complexidade e do dinamismo que a lei setorial pede.

A decisão basicamente entende que contratar com terceiros representa o gênero terceirização de parcela dos serviços públicos concedidos, e não sopesou que as atividades inerentes, acessórias e complementares são, também, ações planejadas que demandam alta complexidade e especialidade para execução das tarefas.

Não se debateram, por fim, questões relevantíssimas de fundo, como a natureza e o regime jurídicos de tais contratos que envolvem o Poder Público e a outros entes da iniciativa privada que não participaram do certame licitatório, em clara relação de tensão que pede aprofundamento.

4.4.1.2. Regime jurídico dos contratos privados celebrados pelo concessionário

Diante das diferenças substanciais anteriormente apresentadas entre atividades inerentes e atividades acessórias e complementares, que justificam a classificação formulada em duas categorias diversas, analisaremos pontos relevantes do regime jurídico dos contratos celebrados pelos concessionários com privados.

Primeira premissa ponderada para as contratações privadas realizadas pelo concessionário é pautar que existem limitações impostas à concessionária⁴³², não sendo lícito terceirizar todas as atividades do contrato⁴³³, do mesmo modo que se mostra inviável executar diretamente todos os compromissos de contratos complexos.

⁴³² Destaca Fernando Dias Menezes de Almeida: “Identifica-se, pois, a essência da concessão como sendo a outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja *inerente à Administração*, quer se trate de um *serviço* – serviço público em sentido estrito ou outra atividade própria da Administração –, quer seja o uso ou exploração de um *bem público*. Esta é a conclusão por um viés estrutural”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 262.

⁴³³ Aqui vários podem ser os argumentos limitadores, desde o atendimento às regras licitatórias para a concessão dos serviços públicos, que impõem várias obrigações ao concessionário, até mesmo para que este não seja um mero administrador de contrato, até mesmo pela ideia do trabalho como valor, buscando nas premissas do direito do trabalho a valorização do ser humano e a não-precarização. Nesse sentido, destaca Nelson Mannrich: “Caso a livre-iniciativa não se compatibilizar com a valorização do trabalho humano, comprometerá a própria ordem econômica. Daí a previsão constitucional de que esta ordem é fundada, simultaneamente, nesses dois valores – intimamente interligados entre si”. Cf. MANNRICH, Nelson. Reinventando o direito do trabalho: novas dimensões do trabalho autônomo. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015. p. 252.

Acrescente-se, ainda, à constatação, que a dinâmica dos módulos concessórios é cada vez mais propensa a unir prestação de serviços públicos a fontes alternativas de receitas (complementares ou acessórias), objetivando minimizar os custos para o cidadão-usuário (através da tarifa) ou para o poder concedente (no pagamento da contraprestação).

Rafael Vêras de Freitas⁴³⁴ aponta que essas externalidades positivas decorrem do fato de a concessão, sobretudo nos últimos vinte anos, estar inserida numa lógica de mercado, aberta à competição entre diversos prestadores (em regimes simétricos e assimétricos), o que faz com que as concessionárias sejam mais criativas e passem, inclusive, a estudar e propor novas tecnologias para o alcance de novas receitas.

Como se vê, a dinâmica empresarial agregada aos módulos concessórios passa à margem da simples busca por redução de custos via terceirização. Pretende-se, também, incrementar novas tecnologias com vistas à busca de novas fontes de receitas e de ganhos de eficiência com introdução de novas tecnologias.

Nesse sentido, entender e explorar o regime jurídico de vinculação de terceiros privados às empresas concessionárias prestadoras de serviços em módulos concessórios é primordial.

Em proposta de divisão, apresento classificação das atividades (inerentes, acessórias ou complementares) em três grupos⁴³⁵, cada qual dispendo regime jurídico diverso e com marcantes particularidades de liberdade/restrições para contratação com terceiros. São eles:

- (i) Contratos privados celebrados pelo concessionário – para as atividades passíveis de plena terceirização (atividades inerentes);
- (ii) Contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário – para as atividades objeto de subconcessão, que são proibidas de trespasse a terceiros sem prévia licitação e validação por parte do Poder Concedente (art. 26); e

⁴³⁴ Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, jan/fev 2017. p. 219.

⁴³⁵ Por opção metodológica entendi que outras duas hipóteses de transferências de obrigações para terceiros em módulos concessórios não são caracterizadas como contratação de terceiros: a *transferência da concessão*, prevista no art. 27 da Lei de Concessões, que autoriza a entrega do objeto da concessão para terceiro que não celebrou o contrato com a Administração, desde que haja a anuência do Poder Concedente, e a *transferência do controle acionário*, situação em que há a alteração do controle acionário da empresa e, mediante aval do Poder Concedente se avalia as exigências técnicas, financeiras e regularidade jurídica impostas inicialmente (art. 27-A, §3º, da Lei Geral de Concessões).

- (iii) Contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação – para as atividades passíveis de terceirização, mediante regras de regulação econômica e fiscalização (atividades acessórias ou complementares).

O propósito dessa divisão é demonstrar que, apesar da decisão proferida na ADC 57/DF, que definiu como constitucional o art. 25, §1º, da Lei Geral de Concessões, abrindo espaço para a terceirização irrestrita em todas as atividades atreladas à concessão, algumas particularidades não foram exploradas no julgamento e merecem atenção.

4.4.1.2.1. Contratos privados celebrados pelo concessionário

Inicialmente, apresentamos os contratos privados celebrados pelo concessionário – para as atividades passíveis de plena terceirização (atividades inerentes)

As atividades inerentes, entendidas como aquelas decorrentes de contratações promovidas pelo concessionário, cujo objeto não envolve o fornecimento direto do serviço público, estão submetidas ao regime jurídico de direito privado e procedimentos de gestão privada da empresa⁴³⁶.

Tais atividades, na visão de Rafael Veras de Freitas⁴³⁷, são negócios jurídicos por meio dos quais a concessionária contrata outro agente privado para o exercício de atividades não atreladas ao núcleo do serviço público delegado, como, por exemplo, serviços de limpeza e vigilância.

No mesmo sentido, e em consonância com a decisão proferida na ADC 57/DF, são os ensinamentos de Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴³⁸, destacando que, por não veicular parcela do serviço público, não se submete à mesma intensidade regulatória do contrato de concessão, o que autoriza a terceirização.

⁴³⁶ Observa Danielle Cristina Lanius: “Na subcontratação, ocorre, então, uma espécie de “terceirização”, um contrato de direito privado, permanecendo a relação jurídica de concessão imutável. Não se forma, pois, vínculo ou relação jurídica de qualquer natureza entre o poder concedente e o terceiro contratado, conforme se pode depreender do artigo 25, § 2º, e 31 da Lei n.º 8.987. No caso da subcontratação, não será exigida licitação, porque ela não incidirá sobre a atividade principal do objeto concedido, ficará adstrita às cláusulas regulamentares estipuladas para a concessão e, finalmente, porque a contratação não eximirá o concessionário de responsabilidade, nem formará qualquer vínculo do terceiro contratado com a Administração, [...]”. Cf. LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000. p. 68.

⁴³⁷ Nesse sentido, conferir: FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*. Op. cit., p. 84.

⁴³⁸ Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2000/c24>>. Acesso em: 12 set 2019.

Encampando a mesma ideia, e buscando diferenciação entre atividades inerentes, nos moldes da Lei Geral de Concessões das atividades-fim, conforme discussões da Justiça do Trabalho, manifestou-se, a Procuradoria Geral da República – PGR⁴³⁹, nos autos da ADC 57/DF, seguintes termos:

Assim, considerando a incontroversa finalidade do diploma legal (Lei 8.987/1995) em que se insere o artigo cuja constitucionalidade se almeja declaração, que é dispor “sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências” (destaques acrescidos), deve-se impositivamente associar a compreensão do que sejam “atividades inerentes” com o objeto do contrato de concessão, isto é, com o objeto do contrato administrativo que transfere a execução ou a prestação do serviço. Para a lei, semântica e juridicamente, “as atividades inerentes” referem-se àquelas “atividades que sejam ou estejam, por natureza, inseparavelmente ligadas ao objeto do serviço concedido à concessionária pelo poder concedente”.

Infelizmente, o debate suscitado pela Procuradoria Geral da República, com vistas ao esclarecimento sobre o conceito de atividade inerente, bem como a sua diferenciação de atividade-fim, não foi travado⁴⁴⁰, restando um texto truncado com ideia de similaridade entre as atividades descritas na Lei de Concessões e terceirização em sentido amplo.

Dessa forma, sem grande enfrentamento, e diante dos limites estabelecidos pelo julgado pelo STF, restou consignado que a terceirização de atividades inerentes, conforme descritas no art. 25, §1º, da Lei Geral de Concessões, são passíveis de terceirização por parte da empresa concessionária.

Nesse ponto, o julgado caminhou bem ao reconhecer o regime jurídico privado para tais contratações, refletindo o que a doutrina pauta como condição para a boa execução do contrato administrativo em módulo concessório.

⁴³⁹ Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307864&ext=.pdf>>. Acesso em 26 dez 2019.

⁴⁴⁰ O min. Relator, Edson Fachin, em seu voto fez constar: “Por fim, apesar de concordar com a ponderação feita pela AGU que ressalva a distinção entre “atividade inerente” e “atividade fim”, acolho, em homenagem à colegialidade, o entendimento manifestado nos precedentes acima, em especial, no julgamento do RE 958252, que entendeu também constitucional a terceirização da “atividade-fim”, sendo, ao menos para fins trabalhistas, despidianda a distinção realizada no âmbito administrativo. Assim, com a ressalva do entendimento que adotei nos precedentes firmados, e em atenção ao princípio da colegialidade, acato o entendimento majoritário deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a possibilidade de terceirização, inclusive no âmbito das empresas concessionárias de serviço público, conforme autorização do dispositivo legal objeto da presente ação. Julgo integralmente procedente o pedido, declarando, portanto, a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995”. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341891759&ext=.pdf>>. Acesso em 27 dez 2019.

Rafael Vêras de Freitas⁴⁴¹, anota que tais pactos não guardam relação finalística com o cometimento público que lhe foi delegado, não se submetendo, portanto, ao regime jurídico-administrativo, na medida em que têm por objeto faculdade que foi atribuída ao concessionário para explorar atividades economicamente adjetas ao pacto concessório.

Em consonância com tal entendimento, Marçal Justen Filho⁴⁴² esclarece que seria impossível cogitar de que todas as atividades e tarefas referidas direta ou indiretamente à concessão teriam de ser executadas pessoalmente pelo concessionário. Terá ele, de modo inevitável, que contar com a colaboração de terceiros. Aliás, isso é tão inerente à concessão que o próprio art. 25 da Lei nº 8.987/1995 explicitamente alude à hipótese.

Além de tais aspectos doutrinários, cabe breve reflexão sobre a prática da terceirização de atividades inerentes nos módulos concessórios.

As atividades inerentes contratadas com outras empresas privadas são pautadas, em regra, pela escolha de empresas de alta especialidade, notadamente pelos compromissos firmados no contrato e pelo longo prazo dos módulos concessórios.

Conjuntamente com as obrigações contratuais, são preocupações constantes das empresas concessionárias a responsabilidade pela qualidade dos serviços e infraestrutura (sempre apresentada por indicadores contratuais) e a manutenção periódica de tais sistemas.

Se a concessionária busca a lógica de menor preço, terá de arcar com os resultados dos serviços nem sempre adequados, como, por exemplo, o asfalto com especificação inferior que pede nova reposição asfáltica em curto espaço de tempo, ou tubulação de água ou esgoto de baixa qualidade que pedirá intervenção ou reposição.

Ou seja, nos módulos concessórios, não há interesse apenas em terceirizar com vistas à redução de custos e busca por serviços mais baratos, e sim especialidade para contratar os melhores serviços, com preço adequado e que garantam a durabilidade no tempo e menor incidência de manutenções, pois a falta de cautela será revertida em desfavor da própria concessionária.

⁴⁴¹ Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, jan/fev 2017. p. 222.

⁴⁴² Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. Dialética: São Paulo, 2003. p. 519.

4.4.1.2.2. Contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário

Na sequência, abordamos os contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário – para atividades objeto de subconcessão, que são proibidas de trespasse a terceiros sem prévia licitação pública e validação por parte do Poder Concedente (art. 26).

Em que pese a avaliação específica do Supremo Tribunal Federal ter fixado como objeto de declaração de constitucionalidade o art. 25, §1º, da Lei de Concessões, vale breve reflexão acerca do instituto da subconcessão.

A subconcessão (art. 26 da Lei nº 8.987/95), entendida como transferência parcial da concessão a terceiro, mediante solicitação do concessionário e por meio de um contrato administrativo⁴⁴³, está inserida no regime jurídico público.

Ao contrário da atividade inerente, que dá liberdade de terceirização diante da autonomia de gestão do concessionário, a subconcessão é trespasse de atividades mediante expressa autorização do Poder Público. Aponta Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴⁴: “Deverá ser precedida de concorrência, sub-rogando-se o subconcessionário nos direitos e deveres do concessionário (subconcedente) dentro dos limites da concessão (§§1º e 2º)”.

No caso de subconcessão, o regime jurídico público atrai obrigações decorrentes da observância de licitação, acompanhamento do contrato administrativo por metas e pelos mesmos resultados delineados na concessão inicial, bem como vincula a subconcessionária ao poder normativo e fiscalização do regulador setorial.

Apesar de claro o delineamento fronteiro entre a subdelegação e a subconcessão, sob a ótica do regime jurídico, sendo a primeira de direito privado, com liberdade de gestão para a terceirização, e a segunda, de direito público, marcada por licitação para trespasse de parte do objeto concedido, a rotina do direito administrativo é marcada por confusão entre os dois termos. Às vezes, são tratados como sinônimos e, em algumas

⁴⁴³ Para Danielle Cristina Lanius: “A subconcessão é a transferência parcial da concessão a um terceiro, mediante solicitação do concessionário, por meio de um contrato administrativo. A Lei nº 8.987, em seu artigo 26, prevê a possibilidade de subconcessão, nos termos do contrato de concessão e do edital, desde que autorizada pelo poder concedente, que avaliará sua conveniência e oportunidade. O parágrafo 1º acresce a essas exigências a necessidade de ser precedida de licitação, na modalidade de concorrência. Não poderia deixar de existir a necessidade de licitação nesse caso, pois o artigo 175 da Constituição Federal exige tal procedimento e, se tivéssemos subconcessões a empresas que sequer participassem de licitações, estar-se-ia ferindo tal dispositivo constitucional e burlando os princípios relativos à licitação e isonomia dos licitantes”. Cf. LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. Op. cit., p. 69.

⁴⁴⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2019. p. 771.

oportunidades, sequer é possível entender a mensagem do legislador, como ocorre no Projeto de Lei nº 4.162/2019 (altera o marco regulatório do saneamento)⁴⁴⁵.

Certamente, o ponto marcante da subconcessão que afaste qualquer tentativa de equiparação à terceirização, conforme reconhecida pela ADC 57/DF, é a necessidade de licitação pública.

Nesse caso, o art. 175 da Constituição exige o procedimento de concorrência pública e, se tivéssemos subconcessões a empresas que sequer participaram da licitação, estaríamos ferindo o dispositivo constitucional e burlando os princípios relativos à licitação e isonomia dos licitantes⁴⁴⁶.

Em termos práticos, conforme já exposto anteriormente, temos pontos que pedem reflexão; são eles:

(i) a quem compete a licitação da subconcessão? A regra geral é que o Poder Público deve conduzir o processo público de contratação, porém, repensar essa modelagem (com autorização através do contrato) e remeter para o próprio concessionário parece-nos interessante, pois aumentaria o rigor técnico e o conhecimento prático do objeto licitável, agregando *expertise* à discussão pública.

(ii) é preciso licitar, mas como fazê-lo? Arnaldo Wald coloca a questão nos seguintes termos: qual seria o fator para desigualar a licitação, se os subconcessionários terão que cumprir o contrato dantes firmado? Antônio Carlos Cintra do Amaral é quem acena com a resposta: aquele que oferecesse condições ainda mais favoráveis que as do contrato para a Administração seria o vitorioso no certame⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ De forma inovadora o Projeto de Lei que altera o marco legal do saneamento busca estabelecer parâmetros e delimitar objetivamente a parcela de subdelegação (ou subconcessão, não é possível entender ao certo) do contrato, destacando que: “Art. 11-C. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços *poderá subdelegar o objeto contratado, observado o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato*, desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços. § 1º A subdelegação fica condicionada à comprovação técnica, por parte do prestador de serviços, do benefício em termos de eficiência e qualidade dos serviços públicos de saneamento básico. § 2º Os contratos de subdelegação disporão sobre os limites da sub-rogação de direitos e obrigações do prestador de serviços pelo subdelegatário, observarão, no que couber, o disposto no § 2º do art. 11 *e serão precedidos de procedimento licitatório*. § 3º O contrato de subdelegação poderá ter por objeto serviços públicos de saneamento básico que sejam objeto de um ou mais contratos”. (grifou-se). Pela redação bastante aproximada dos conceitos do art. 26, da Lei Geral de Concessões, dá a entender que houve um descuido com a terminologia, pois o fato de remeter para licitação – notadamente dando caráter público ao regime do contrato, demonstra que o legislador pretende limitar a subconcessão e não a subcontratação (terceirização).

⁴⁴⁶ Nesse mesmo sentido, conferir: LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. Op. cit., p. 69.

⁴⁴⁷ Cf. LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. Op. cit., p. 70-71.

Conclui-se, portanto, o presente tópico, com o destaque para o regime jurídico público do processo seletivo e dos contratos administrativos decorrentes de subconcessão, mantendo-se íntegro o entendimento do art. 26 da Lei de Concessões, que não se fez alcançar pela discussão da ADC 57, não cabendo terceirização por livre escolha e gestão da empresa concessionária.

4.4.1.2.3. Contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação

Por fim, abordamos os contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação – para as atividades passíveis de terceirização, mediante regras de regulação econômica e fiscalização (atividades acessórias ou complementares).

Feitas as considerações sobre duas das formas de arranjo de prestação de serviços públicos em módulos concessórios, de um lado a liberdade de terceirização reconhecida para as atividades inerentes (regime jurídico privado) e, de outro, a proibição do repasse de parte do objeto do contrato, condicionando a prévia licitação (regime jurídico público), passo para o tratamento a ser dado às outras atividades previstas no art. 25, §1º da Lei de Concessões, as atividades acessórias ou complementares⁴⁴⁸.

Com o propósito de investigar o regime jurídico dos contratos privados firmados pelas concessionárias com outras empresas privadas, parece ser inconsistente ou incompleta a fundamentação exarada na Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC 57/DF, sem apresentar as implicações e limitações para tais terceirizações.

Na construção teórica apresentada, percebem-se o potencial dano e o impacto financeiro que as atividades acessórias ou complementares podem incrementar em alguns serviços públicos prestados através de concessão, razões pelas quais enquadrar e dar tratamento de ampla liberdade negocial e de gestão, próprio do regime jurídico privado, é um equívoco.

Argumento para sustentar essa afirmação é econômico. As receitas decorrentes de atividades acessórias, complementares ou projetos associados, entendidas como “receitas

⁴⁴⁸ Rafael Wallbach Schwind, em obra de referência, adota a nomenclatura de receitas marginais para classificar as atividades que originam receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados. Destaca: “Para fazer referência a todas essas receitas indistintamente [...] utilizar-se-á a expressão ‘receitas marginais’. Sabe-se, entretanto, que outras denominações – tais como ‘receitas extraordinárias’ ou ‘receitas anciliares’ – também são frequentemente utilizadas em textos doutrinários para se fazer referência ao conjunto de receitas previstas no art. 11”. Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 264.

oriundas de atividades distintas do serviço delegado pelo Poder Público, mas que com aquele guardam relação econômica”⁴⁴⁹, podem ser bastante significativas e são implementadas com o propósito de imprimir eficiência ao serviço concedido e reverter modicidade tarifária para o usuário, ou redução da contraprestação ao Poder Público.

A previsão das oportunidades a serem exploradas, o detalhamento e forma de reversão dos valores para modicidade são tarefas complexas e peculiares de cada atividade, não sendo facilmente estabelecidas em edital, como faz crer o art. 11⁴⁵⁰ da Lei de Concessões.

Avanços e modernidade tecnológica, variações de mercado e oportunidades de negócios, aliados à longa duração e incompletude dos contratos, são expressões concretas de como essa antevisão é inexistente na prática.

Os editais das licitações e os seus respectivos contratos, em regra, preveem a possibilidade de atividades acessórias, complementares e projetos associados, sem qualquer detalhamento, deixando para a negociação entre as partes as condições e a viabilidade de exploração das oportunidades.

Nesse contexto, equiparar o modelo de contratação de atividades acessórias, complementares e projetos associados às atividades inerentes – em regime jurídico privado, com ampla liberdade de terceirização e escolha dos parceiros privados –, traz preocupações sobre as condições da contratação, critério de definição do preço, partilha de valor auferido e percentual destinado à modicidade da tarifa ou da contraprestação.

O debate que validou a terceirização nos módulos concessórios não se preocupou com uma premissa básica do art. 25, §1º: para que haja atividade acessória, complementar ou projeto associado, há de se ter um serviço público delegado pelo Estado.

Logo, diante da conexão entre atividade principal (objeto do módulo concessório) e a atividade conexa que gera receitas e concorre para a partilha dos resultados e modicidade da tarifa, deve haver uma presença mínima de atuação do concedente ou do regulador setorial.

Identifica-se, no caso, um contrato privado celebrado pelo concessionário com regulação.

⁴⁴⁹ Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Op. cit., p. 267.

⁴⁵⁰ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, *poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.* (grifou-se).

Essa visão “regulada” das contratações em regime jurídico privado não deve ser entendido como ingerência do Poder Público sobre a livre iniciativa da empresa⁴⁵¹.

Em nada afasta as opiniões de Rafael Wallbach Schwind⁴⁵² e Marçal Justen Filho⁴⁵³, ao defenderem que receitas marginais de delegação de serviço público são atividades econômicas em sentido estrito, não sendo reconduzíveis ao conceito de serviço público, já que não se destinam à satisfação de necessidades coletivas individuais.

De fato, a atividade geradora da receita acessória ou complementar de um módulo concessório é atividade privada voltada à obtenção do lucro e não voltada ao atendimento de necessidade coletiva essencial. Poderia, em tese, ser desempenhado por qualquer empresa privada, caso não houvesse vinculação com a concessão.

A vinculação, ou até mesmo privilégio estatal concedido mediante contrato, pede uma melhor participação do poder público, não só na modelagem de tais oportunidades de exploração do negócio, como também no alinhamento dos inúmeros interesses que irão emergir dessa relação – não se esqueça que haverá um terceiro contratado privado com busca de lucro também.

A construção de regime jurídico privado com regulação – dando vida e dinâmica empresarial para a exploração de oportunidades –, ganha força e legitimidade com a presença do poder concedente (ou regulador) na construção das melhores alternativas e da forma mais justas de divisão dos ganhos diante dos esforços da empresa concessionária, que precisam ser reconhecidos.

Colabora e reforça a participação pública no processo a prática quase unânime de falta de detalhamento⁴⁵⁴ nos editais de subsídios para a contratação e exploração de receitas.

⁴⁵¹ Na embasada opinião de Gustavo Justino de Oliveira: “[...] ao atribuir-se a um determinado órgão da entidade da Administração Pública a competência para exercer poder normativo sobre matéria de sua especialidade e de seu âmbito de atuação, a lei deve fixar os respectivos limites ao exercício dessa competência. Portanto, o poder normativo atribuído às agências reguladoras possui limites bem postos, sendo que a sua extensão se identifica com a sua origem legal, não podendo contradizer ou inovar completamente a legislação aplicável, assim como deve respeitar as competências estabelecidas em seus atos constitutivos”. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafios*. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essencial Idea Editora, 2016. p. 28.

⁴⁵² Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Op. cit., p. 278.

⁴⁵³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 368.

⁴⁵⁴ Importante destacar, a recorrente e fundada crítica de ausência de estudos de viabilidade, não apenas para as novas oportunidades geradoras de receitas, mas na própria concepção dos módulos concessórios. Rui Cunha Marques, comparado as práticas europeias com a brasileira, destaca: “a inexistência de estudos suficientes ou a má qualidade (em particular de viabilidade econômico-financeira) sobre o objeto da PPP ou da concessão de serviço público no momento do lançamento da licitação prejudica a qualidade da contratação, dificulta o

A doutrina, por sua vez, é uníssona em esperar o delineamento dos editais, o que não ocorre na prática⁴⁵⁵.

Como já defendido, não se trata, necessariamente, de falha do edital e do contrato. A redação genérica e a incompletude dos contratos deixam em aberto janela de oportunidades para os avanços de tecnologia, novas formas de exploração e nichos de eficiência.

Aliás, pela ótica da atualidade tecnológica e das novas exigências da sociedade, é praticamente impossível prever e detalhar no contrato toda hipótese de evento acessório que possa ser oportunizado no prazo de vigência do contrato (duas ou três décadas).

Pensemos pela prática contratual: modelagens podem ser descontinuadas em virtude de novas tecnologias, como seria uma hipótese, a propaganda em telefones públicos (orelhões), e outras possibilidades podem ser criadas, como se exemplifica, com a instalação de parque de energia solar para suprir as necessidades energéticas de uma estação de tratamento de esgotos, com a venda da carga excedente, gerando receitas.

Como se vê, pensar em delimitar todas as hipóteses prováveis em contrato parece algo extremamente distante da realidade, tanto pela diversidade de oportunidades, quanto pelas novas exigências de mercado, ambientais, e do comportamento da sociedade.

Somem-se a essa inviabilidade as deficiências da Administração Pública, que não dispõe de equipe especializada e seu quadro de pessoal não tem trato rotineiro com questões setoriais tão específicas⁴⁵⁶.

trabalho dos parceiros privados e incrementa o custo das propostas. Essa fraca qualidade pode também estar associado à utilização do PMI. Em muitos países, a legislação da PPP obriga a realização de um estudo (comparador do setor público) que avalia se essa opção apresenta uma mais-valia real (*value for money*) em relação às opções de contratação pública alternativas. Esse estudo não está explicitamente previsto na legislação setorial das PPP's e concessões no Brasil, nem a sua realização tem sido prática. Além disso, muitos dos municípios e mesmo dos prestadores estaduais não têm informação detalhada (por exemplo, cadastro) sobre o objeto da PPP ou concessão, o que dificulta a elaboração da proposta e eleva o risco da sua eficácia". Cf. MARQUES, Rui Cunha. A participação do setor privado nos serviços de saneamento: expectativas, desafios e questões regulatórias. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016. p. 290.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, Rafael Wallbach Schwind: "A definição concreta das possibilidades e do modo de exploração das atividades que geram receitas marginais deverá levar em consideração esse aspecto [integração das receitas à modicidade tarifária] prevendo-se – especialmente no edital da licitação e no contrato de concessão – os procedimentos e responsabilidades de modo a evitar conflitos futuros que inclusive poderiam prejudicar a consecução do objetivo previsto no art. 11 da Lei nº 8.987/95". Cf. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Op. cit., p. 282.

⁴⁵⁶ Flávio Amaral Garcia defende que o concedente deve contratar consultorias junto à iniciativa privada para analisar as potencialidades do empreendimento na geração de receitas acessórias, complementares e de projetos associados. Os projetos desenvolvidos integrariam o certame, e poderia haver a previsão que o vencedor restituiria ao Poder Público os gastos realizados com os estudos. Cf. GARCIA, Flávio Amaral. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, jan/mar 2004. p. 58.

Cabe ao poder concedente, então, buscar a modelagem mínima adequada, voltada para a realidade local (e não reprodução de modelos), além de acompanhar as etapas do módulo concessório⁴⁵⁷, agindo de forma pontual em novos eventos e oportunidades de receitas que venham a surgir.

A percepção é partilhada por Carlos Oliveira Cruz e Rui Cunha Marques⁴⁵⁸, que vivenciam a realidade portuguesa e ponderam: “[...] muitos autores dedicaram-se ao processo de desenho do contrato, à negociação e à partilha de riscos, mas poucos refletiram sobre o processo de gestão de contrato”.

Diante da realidade posta, e considerando as particularidades apresentadas para esse trespasse de atividades, que tratar de contrato privado celebrado no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público, e que se qualifica pela incidência de influxos regulatórios, parece bastante aceitável a classificação como uma espécie de contrato privado regulado⁴⁵⁹.

Aliás, a reflexão lançada demonstra como careceu de aprofundamento (teórico, de prática contratual e de mercado) o julgamento da ADC 57/DF.

Não se fez o exercício lógico de imaginar que o enquadramento de tais pactos, como regime jurídico de direito privado, com liberdade de terceirização, pode envolver oportunidades com representativas receitas, e isso exige do poder público acompanhamento da modelagem e do fluxo financeiro de tais eventos⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Destaca Wladimir António Ribeiro: “[...] há de se notar que a atividade de fiscalizar a execução do contrato é inerente ao contratante. Até porque, por meio desse acompanhamento, pode o contratante, inclusive, entender que o contrato deve ser modificado, para que possa melhor atender ao interesse público. [...]”. Cf. RIBEIRO, Wladimir António. *A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competência do regulador*. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essencial Idea Editora, 2016. p. 48.

⁴⁵⁸ Cf. CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012, p. 61.

⁴⁵⁹ Rafael Veras de Freitas, conclui: “[...] tenho para mim que os contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, previstos no art. 25 da Lei nº 8.987/1995, possuem natureza de direito privado. Ou seja, não se submetem a quaisquer exorbitâncias contratuais decorrentes do regime jurídico-administrativo. Porém, por fazerem parte de uma coligação contratual pactuada para viabilizar a prestação de um serviço público, tais ajustes terão de ser parcialmente regidos por normas de direito público, expedidas por entidade reguladora. Daí porque se configuram como contratos privados regulados”.⁴⁵⁹ Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. *Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação*. Op. cit., p. 226.

⁴⁶⁰ Em que pese existam posições respeitáveis em sentido contrário, como é o caso de Cristiane Lucidi Machado, para quem: “as atividades aptas a gerar receitas extraordinárias não são serviços públicos delegados e, por esses motivos, não podem sofrer os efeitos da regulação por parte dos entes reguladores como se o fossem. O papel destes últimos, no que tange àquelas atividades, é empreender todas as medidas necessárias para que o seu produto concorra para a modicidade das tarifas, em cumprimento ao que determina a lei”. Cf. MACHADO, Cristiane Lucidi. *Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 97-107, jul./set. 2004.

Complementa o raciocínio Rafael Véras de Freitas⁴⁶¹, ponderando que não se pode desconsiderar que esses contratos são celebrados no bojo de um sistema, porquanto sobre eles incide um plexo de direitos e de obrigações que alcançam não apenas as partes que o celebram, mas, também, o conjunto dos usuários.

Arremata, ainda o autor, destacando que não é por outra razão que não se pode conferir tratamento autônomo à relação jurídica veiculada por meio destes ajustes, como se esse vínculo não estivesse conectado a uma ideia maior (a própria organização do serviço público).

Por outro lado, pensar a aplicação de um regime jurídico público de formatação, intervindo nos ajustes como se contrato administrativo fossem, com todas as exorbitâncias contratuais que lhe são próprias, pode resultar, na ponta, em desestímulo à sua celebração⁴⁶²⁻⁴⁶³.

4.5. Atividades inerentes, acessórias ou complementares e implantação de projetos associados, na decisão da ADC 57.

O voto do min. Relator, Edson Fachin, na ADC 57/DF⁴⁶⁴, acompanhado por maioria de votos, e que declarou a constitucionalidade do art. 25, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995, fez constar que o citado dispositivo estava alinhado com o entendimento do Plenário, quando do julgamento da ADPF nº 324/DF.

A citada ADPF, por sua vez, ao debater atos lesivos da Justiça do Trabalho, com base na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, discutia a questão bastante

⁴⁶¹ FREITAS, Rafael Véras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. Op. cit., p. 222-223.

⁴⁶² FREITAS, Rafael Véras de. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. Op. cit., p. 220.

⁴⁶³ Destaque para o entendimento apresentado por Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem: “há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, nesse sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas autoexecutáveis de ação unilateral por parte da Administração”. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Contratos administrativos nos dias atuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

⁴⁶⁴ Anotações relevantes sobre o instituto da declaração de constitucionalidade são feitas por Georges Abboud, ao destacar que: “A ADC não tinha previsão no texto constitucional originário. Ela foi introduzida pela EC 3/1993 e funciona como advocatária branca. Trata-se de verdadeira anomalia. O STF, ao julgá-la procedente, na verdade profere uma decisão normativa para os demais órgãos do Poder Judiciário”. Cf. ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*, 2. ed., São Paulo: RT, 2018. p. 419. Complementando o raciocínio, pontua Bernardo Gonçalves Fernandes: “A finalidade da ADC é transformar a presunção de constitucionalidade relativa em presunção de constitucionalidade absoluta (iure et iure) das leis ou atos normativos federais, acabando com o estado de incerteza e insegurança jurídica do ordenamento”. Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1528.

controversa sobre a terceirização, e a grande contenda decorrente dos conceitos de atividade-meio e atividade fim.

O julgamento teve como subsídio, ainda, a Lei Federal nº 13.467/2017, que surge em cenário recente e amplia os limites da terceirização, podendo, a partir de então, a gestão empresarial abranger qualquer atividade da contratante.

Nesse contexto normativo e de entendimentos firmados recentemente pela Corte Suprema, foi inserida a discussão da constitucionalidade do art. 25 da Lei de Concessões.

Depreende-se dos argumentos elencados (item 4.2) que a autorização para a livre gestão empresarial, inclusive, para terceirização da atividade principal, trouxe nova forma de compreensão sobre o tema, contaminando com excessiva “liberalização” o debate que devia ser pautado nos limites para terceirização em módulos concessórios, nos termos do artigo de lei suscitado.

A questão é posta pela própria redação do art. art. 25, §1º, da Lei Federal nº 8.987 de 1995, que dispõe de particularidades setoriais diferencia atividades (inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como implementação de projetos associados).

A diferenciação dos termos não foi debatida pela Corte, e todos foram tratados como sinônimos – o que se mostrou equivocado. Nos termos do voto ministro relator: “[...] no sentido de reconhecer a possibilidade de terceirização, inclusive no âmbito das empresas concessionárias de serviço público, conforme autorização do dispositivo legal objeto da presente ação”.

Diante da ausência de distinção do regime jurídico de cada uma dessas atividades, há de se compreender que existem limitações para a terceirização de atividades nos módulos concessórios (sejam eles concessões comuns ou concessões administrativas), notadamente nos casos em que haja modelagem de atividades acessórias, ou complementares ao serviço concedido).

As limitações são representadas pela participação do concedente ou regulador (nos casos em que haja regulação setorial) nos contratos em regime privado celebrados pelos concessionários, em especial na delimitação das atividades acessórias ou complementares, forma de exploração e, principalmente, nos critérios de partilha dos ganhos entre público e privado.

Essa atuação deve ser pautada na razoabilidade⁴⁶⁵, em especial para preservar os aspectos da atividade que dizem respeito exclusivamente às decisões e às opções empresariais do concessionário dos serviços públicos.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶⁶, deve ser exercido dentro de limites razoáveis, não podendo a fiscalização fazendo-se de tal modo que substitua a gestão da empresa.

A participação do regulador, sempre que existente no setor, tem papel primordial para incremento de tecnicidade e segurança jurídica ao processo, razão pela qual, a regulação forte e atuante⁴⁶⁷, não só para fiscalização dos serviços, mas também para a modelagem das oportunidades, trará legitimidade e ganhos de eficiência para o serviço público.

No tocante às demais hipóteses de terceirização inseridas no debate, temos a considerar:

(i) atividades inerentes, entendidas como contratações promovidas pela empresa concessionária, cujo objeto não envolve o fornecimento direto do serviço público, estão submetidas ao regime jurídico de direito privado e a decisão na ADC 57/DF traz segurança jurídica aos procedimentos de gestão empresarial privada nos módulos concessórios; e

(ii) as subconcessões – que não foram citadas, porém devem ser exploradas pela metodologia desenvolvida, continuam à margem de qualquer liberalidade de gestão da empresa e devem ser precedidas de licitação pública (art. 26 da Lei nº 8.987/95), vez que se trata de transferência parcial da concessão a terceiro. Temos um contrato administrativo que se revela inserida no regime jurídico público.

⁴⁶⁵ Nesse sentido, conferir: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 67.

⁴⁶⁶ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 104.

⁴⁶⁷ Rui Cunha Marques, ponderando sobre o papel do regulador, destaca que: “Note-se que o regulador não pode ser confundido com o gestor do contrato, que deve existir para defender os interesses do concedente, isto é, do parceiro público. O regulador é árbitro e imparcial. Os municípios e mesmo os prestadores estaduais não estão preparados nem estão capacitados para fiscalizar e gerenciar eficazmente o contrato, até porque, com a entrada do parceiro privado, muitas vezes o parceiro público perde os meios técnicos para o fazer, uma vez que estes transferiram-se para o prestador privado. Essa circunstância é muito penalizadora para a entidade pública. Para a gestão do contrato, o parceiro público precisa ter uma equipe multidisciplinar que possa acompanhar o contrato nas suas várias vertentes (jurídica, financeira e técnica) da mesma forma que o parceiro privado tem a equipe de gestão do projeto.” Cf. MARQUES, Rui Cunha. A participação do setor privado nos serviços de saneamento: expectativas, desafios e questões regulatórias. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016. p. 292.

5. CONCLUSÕES

O desfecho deste estudo comporta dois conjuntos integrados de conclusões: um de cunho genérico e outro focado nas contribuições originais apresentadas.

As considerações de conteúdo genérico foram apresentadas nos capítulos I e III, que identificaram: (i) os princípios informadores e as particularidades na formatação dos módulos concessórios (assim entendidos a concessão comum e a parceria público-privada) e (ii) a contextualização e os aspectos teóricos relevantes da terceirização realizada nas atividades privadas e na Administração Pública.

Contribuições originais foram destacadas nos capítulos II e IV, versando sobre: (i) o regime de pessoal em módulos concessórios e (ii) a interpretação dada ao art. 25, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao longo da sistematização designada pela presente pesquisa, foram destacadas tensões entre as regras de direito público e as bases do direito do trabalho, que incrementam interesse no tema. São elas:

1. No tocante ao regime de pessoal dos módulos concessórios, foram identificados pontos passíveis de aprimoramentos na modelagem de editais e contratos, em especial no procedimento conferido para o reajuste de salários.
2. Dois cenários são recorrentes na formação de custos de remuneração de pessoal: (i) adoção de índice inflacionário e (ii) fórmula paramétrica contendo a descrição dos componentes de custo. Ambos modelos apresentam pontos positivos e outros que padecem de aprimoramentos.
3. No primeiro modelo, pela lógica da estabilidade e segurança jurídica, a reposição dos custos mediante índice é mais prática e com menores riscos de discussões. A crítica que se faz, sob a ótica da dinâmica das relações de trabalho, é a falta de incentivo à liberdade negocial, pois o índice pré-estabelecido apresenta entrave para o incremento de melhorias salariais. Sempre há o discurso de desequilíbrio do contrato por falta de amparo contratual.
4. Na segunda modelagem, com opção por fórmula paramétrica, e possibilidade de adoção de índice decorrente de negociação coletiva, temos ampla ação negocial. Nessa hipótese surgem as discussões acerca da incorporação de tais vantagens aos custos do contrato administrativo.

5. Diante dos modelos existentes, uma proposta de alteração legislativa, na Lei Geral de Concessões (art. 31), pode equacionar, ou ao menos mitigar, discussões corriqueiras, mas pouco debatidas na doutrina.
6. A alteração legislativa versa, basicamente, sobre a utilização de metodologia própria de negociação coletivas para os módulos concessórios, com o intento de inserir terceiro interessado (Poder Público), não só no aspecto formal, mas para conhecer, intermediar e prevenir potenciais conflitos que possam desaguar na descontinuidade ou outras controvérsias no serviço público delegado.
7. Destaca-se, ainda, que, além da mudança da lei setorial, a previsão no edital da licitação pode trazer adequado tratamento para essa dificuldade, estabelecendo premissas negociais na concorrência pública, com o respectivo espelhamento no contrato, criando obrigações entre as partes.
8. Ficou evidenciado que as propostas buscam minorar dificuldades recorrentes do poder público na modelagem dos módulos concessórios, em especial a falta de *expertise* e a baixa incidência de demandas dessa natureza, vez que são contratos absolutamente raros para a Administração Pública, notadamente pelo alongado prazo.
9. Os desafios levam em conta ausência de acervo local sobre módulo concessório, baixa capacidade de avaliação crítica por falta de profissionais especializados, ausência de conhecimento técnicos específicos e desafios para conhecimento de avanços tecnológicos, alterações legislativas e mudanças nas práticas setoriais e de mercado.
10. Diante de tantos desafios, os gestores públicos acabam por reproduzir modelos sem questionar a melhor forma de contratualização, levando a fórmulas e regras que nem sempre deram certo em todas as localidades aplicadas, nem sempre são as adequadas e, muitas das vezes, transportam para o novo contrato problemas e críticas sem que se avaliem as consequências futuras.
11. No tocante à terceirização por concessionários e parceiros privados, o trabalho trouxe contribuições acerca do regime jurídico dos contratos privados celebrados por parte do concessionário, bem como a sua interpretação frente ao julgamento da ADC 57/DF, realizado pelo Supremo Tribunal Federal.
12. A investigação do tema destacou comparativos entre a terceirização na iniciativa privada, na Administração Pública e nos módulos concessórios.

13. Na iniciativa privada, o debate acerca dos limites da terceirização sempre foi intenso. Com a alteração trazida pela Lei Federal nº 13.467/2017, houve expressa ampliação dos limites até então controvertidos, podendo, a partir de então, por ato de gestão empresarial, abranger qualquer atividade da empresa.
14. Autoriza-se, inclusive, a terceirização da atividade principal da empresa, superando o embate sobre os conceitos de atividade-meio e atividade-fim.
15. Na esteira da nova lei, tivemos o julgamento da ADPF nº 324/DF, pelo Supremo Tribunal Federal. Entendeu-se que havia incompatibilidade da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho frente ao comando legal, sendo firmada a tese que é lícita a terceirização de qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.
16. A Administração Pública, por sua vez, dispendo de regras específicas, somente pode terceirizar a atividade-meio, já que o atendimento à atividade-fim se dá por servidores admitidos por concurso público, conforme regra do art. 37, II, da Carta Magna.
17. A Administração Pública Federal dispõe de regras específicas para estabelecer critérios objetivos na contratação de terceirizados – e até mesmo com o objetivo de definir limites para a distinção entre atividade-meio e atividade-fim –, traçadas no Decreto Federal nº 9.507/2018.
18. Espelhados na solução exitosa alcançada pela Administração Pública Federal, foi apresentada proposta de alteração na Lei Federal nº 8.666/1993, com o intuito de ampliar aos demais entes da federação o interessante modelo criado.
19. A alteração substancial se daria no art. 40, imputando regra objetiva e vinculante para a metodologia de reajuste no edital da licitação. A transposição do comando seria feita ao contrato, trazendo segurança jurídica à modelagem de reajustes de pessoal com base nas normas coletivas das categorias envolvidas.
20. A lógica da proposta é dinamizar a repactuação dos contratos de prestação de serviço com preponderância de mão de obra, dando vazão à liberdade negocial das categorias e transportando para o contrato administrativo o desequilíbrio causado.
21. Outra questão defendida na tese é que a contratação de atividades de terceiros em módulos concessórios – diversamente das contratações privadas e dos módulos convencionais instrumentais –, apresenta particularidades.

22. O ponto central reside na regra estabelecida no art. 25, §1º, da Lei de Concessões, que autoriza a concessionária a contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como implantar projetos associados.
23. O conceito trazido na lei para atividades inerentes, acessórias ou complementares sempre foi pouco explorado e a redação da norma dificulta o claro entendimento da intenção do legislador na construção da norma, sendo corriqueiras as divergências conceituais que encaminham para conclusões diversas.
24. Nessa linha, propõe-se interpretar atividades inerentes como aquelas próprias do objeto contratual (contratos de prestação de serviços ou de obras por terceiros), que podem ser terceirizadas dentro da liberdade e de gestão da empresa, já que integram atividades de rotina e execução das metas e indicadores do contrato.
25. As atividades acessórias ou complementares, diferentemente das inerentes, derivam de oportunidade de negócio decorrente do módulo concessório e resultam em atividades econômicas. São atividades que buscam, através de inovação, atualidade tecnológica ou oportunidade de mercado, auferir receita (acessória ou complementar) em atividade tangente ao objeto contratual.
26. A pertinência da investigação se reafirma com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 57/DF, que declarou constitucional o §1º, do art. 25, da Lei Federal nº 8.987/1995 e não avançou nessas distinções tão fundamentais.
27. A tese, nesse ponto, traz contribuições para adequada classificação de tais atividades, dividindo em três categorias: (i) Contratos privados celebrados pelo concessionário: para atividades passíveis de ampla terceirização (atividades inerentes); (ii) Contratos públicos vedados à terceirização por parte do concessionário: para atividades objeto de subconcessão, que são proibidas de trespasse a terceiros sem prévia licitação e validação por parte do concedente (art. 26); e (iii) Contratos privados celebrados pelo concessionário com regulação: para as atividades passíveis de terceirização, mediante regras de regulação (atividades acessórias ou complementares).
28. Conclui-se o trabalho com breve explanação acerca do julgamento da ADC 57/DF, que declarou a constitucionalidade do art. 25, §1º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e fez constar que o citado dispositivo estava alinhado com o entendimento do Plenário, quando do julgamento da ADPF nº 324/DF.

5. Bibliografia

ABDALA, Lara Bastos; BARRETO, Lucas Hayne Dantas. A súmula 331 do TST, a ADC 16 e a fiscalização de contratos pela Administração Pública: responsabilidade subsidiária? In: *Revista Científico*. v. 14, n. 28. Fortaleza, jul-dez, 2014, p. 167-190.

AGUIAR, Antonio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.

_____. *Negociação coletiva de trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. Princípio da Impessoalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 109-118.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: distinção entre subcontratação, subconcessão, transferência da concessão e terceirização*. Disponível em: <<http://celc.com.br/pdf/comentarios/c2000/c24>>. Acesso em: 12 set. 2019.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviços sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. Terceirização. Trabalho Temporário. Trabalho autônomo. In: *Reforma trabalhista: reflexões e críticas*. Nelson Mannrich (Coord.), São Paulo: LTr, 2018, p. 108-114.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas - PPP'S no Direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 105-146, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43621>>.

_____. Aspectos introdutórios da nova LINDB, In: *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro – anotada, Vol. II*. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 29-34.

_____. Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25-46.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: Daniel Sarmiento (Org.), *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004.

AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários à Lei 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27-5-98*. São Paulo: Malheiros, 1998.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*. Coimbra: Almedina, 2012.

BARROS, Alice Monteiro de. Fundamento social da greve. In: *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa*. (Coord.): Franco Filho, Georgenor de Souza. São Paulo: LTr, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos: comentários à Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 e a Lei nº 9.074 de 07 de julho de 1995*. Curitiba: Juruá, 1995.

BELEM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A concessão administrativa nos serviços de relevância social. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 165-189, abr./jun. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Responsabilização pelos danos decorrentes do direito de greve. In: *Revista LTr*, v. 75, n. 05, mai/2011.

BRANCO, Adriano Murgel. O financiamento das obras e serviços públicos no modelo de câmara de compensação. In: *O financiamento de obras e de serviços públicos*. DALLARI, Adilson Abreu e BRANCO, Adriano Murgel. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa de; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 56, n. 1, p. 7-21, jan./mar. 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULLINGER, Martin. *Derecho publico y derecho privado*. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 21-25.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. As parcerias público-privadas e suas tendências em dez anos de existência legal quanto a endividamento público e criação de infraestrutura. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 495-511.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Nem Xamãs nem Pitonisas: consequencialismo e rigor técnico. Um comentário ao artigo 20, da LINDB, acrescido pela Lei n. 13.665/18. In: *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro – anotada, Vol. II*. CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.), São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 86-92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. *Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil*. Texto para discussão 2192. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, abr. 2016.

CARVALHO, Matheus Vianna de. A responsabilidade civil do Estado pelos débitos trabalhistas das empresas por ele contratadas: ADC 16/2010 X Súmula 331 do TST. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 24, n. 8, p. 79-81, ago., 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *O empregado público*. 5. ed., São Paulo: LTr, 2016.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla; revisão técnica de Antônio José Maristrello Porto e Marcelo Lennertz. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, abr./jun. 2009.

_____. The problem of social cost. In: *The firm, the market and the law*. University of Chicago Press; First Edition (February 15, 1990).

COLLINS, Hugh. *The law of contract*. 4. ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

COMISSÃO EUROPEIA. *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*. COM (2004) 327. Comissão Europeia, Bruxelas. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&rid=2>>. Acesso em 12 jul 2018.

_____. *Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Decisão do Conselho relativa às orientações para as políticas de emprego dos Estados-Membros*. COM (2015) 098 final — 2015/0051. Comissão Europeia, Bruxelas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015AE1167&rid=2>. Acesso em 12 jul 2018.

COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. Trad.: Marçal Justen Filho. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 6, jan/mar. 2004, p. 127-180.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O direito nas políticas públicas. In: SUNDFELD, Carlos Ari e JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Org.). *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 447-480.

CRUZ, Carlos Oliveira; MARQUES, Rui Cunha. *O estado e as parcerias público-privadas*. Lisboa: Edições Sílabo, 2012.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

DANTAS, Ivo. *Teoria do estado contemporâneo*. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DE MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial*. Tradução de Anna Maria Capovilla, Luiz Sérgio do Nascimento Henriques, Marco Aurélio Nogueira, Maria Cristina Guimarães Cupertino e Renato Ambrósio. 3. ed., São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2000.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3-29.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da terceirização por concessionárias de serviços públicos. In: *Revista Consultor Jurídico*, 31 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/interesse-publico-limites-terceirizacao-concessionarias-servicos-publicos>>. Acesso em: 22/08/2019.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- _____. Terceirização municipal em face da Lei de Responsabilidade Fiscal. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 36-44, maio 2015.
- DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito individual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- DUGUIT, León. *Manuel de droit constitutionnel*, 4. ed., Paris: E. Bocard, 1923, p. 43.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1. ed., 4. tir. (cont.), São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *Relação de emprego e (in)disponibilidade dos direitos: proposta de modulação da autonomia da vontade*. Porto Alegre: Lex Magister, 2016.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FREITAS, Rafael Veras de. A subconcessão de serviço público. In: *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016.
- _____. Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 219-240, jan./fev. 2017.
- GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.
- GARCIA, Flávio Amaral. A remuneração nas concessões de rodovias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, jan/mar. 2004, p. 43-60.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. 3. ed ver., amp e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- _____. *Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho*. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.
- GASIOLA, Gustavo Gil. Regulação de infraestrutura por contrato. *Revista Digital De Direito Administrativo*, v.2 n.1, 238-256. <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v2i1p238-256>.
- GONÇALVES, Guilherme de Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *O contrato administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Contratos administrativos: gestão, teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direitos dos usuários. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/74/edicao-1/direitos-dos-usuarios>>.

_____. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GUERRA, Jorge Rodríguez. *Capitalismo flexible y Estado de bienestar*. Ed. Comares. Granada. 2001.

GUERRA, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Direito privado na administração pública brasileira atual: algumas perspectivas. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, p. 207-225.

_____. Formas de prestação de serviços públicos. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/85/edicao-1/formas-de-prestacao-de-servicos-publicos>>.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 73-97, mar./ago. 2013.

_____. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologia para recomposição. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 89-108.

_____. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopedia.juridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>>.

HARB, Karina Houat. Princípio da continuidade do serviço público e interrupção. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopedia.juridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao>>.

IALAMIN, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 12 mai. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

_____. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 405-432.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26, 1999, p. 115-136.

_____. Concessões de rodovias: a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Concessões de serviços públicos: comentários às leis n. 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal e SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: Reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. *Parcerias público-privadas, reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

KLEIN, Aline Lícia. Formas de extinção das concessões e seus efeitos. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/81/edicao-1/formas-de-extincao-das-concessoes-e-seus-efeitos>>.

KLIPPEL, Bruno. *Direito sumular esquematizado – TST*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LANIUS, Danielle Cristina. Da necessidade de licitação nos casos de subcontratação, subconcessão, transferência da concessão ou do controle acionário da concessionária de serviços públicos. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 37 n. 146 abr./jun. 2000, p. 65-76.

LEITE, Fábio Barbalho. A licitude da cessão de contrato administrativo e operações similares e o mito do personalismo dos contratos administrativos. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, abr./jun. 2003.

LEITE, Fernanda Menezes. Terceirização trabalhista: regramento atual e pontos controvertidos. In: Amanda Barbosa, Andréia Chiquini Bugalho, Luiza de Oliveira Garcia Miessa dos Santos (Org.). *Atualidades e tendências do direito e processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018, vol. 2, p. 171-191.

LOPES, Mônica Sette. *A convenção coletiva e sua força vinculante*. São Paulo: LTr, 1998.

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização. *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 217 (2018): julho.

MACHADO, Cristiane Lucidi. Receitas alternativas, complementares, acessórias e de projetos especiais nas concessões de serviços públicos: exegese do art. 11 da Lei nº 8.987/95. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 97-107, jul./set. 2004.

MADERS, Angelita Maria. Convênios e consórcios: peculiaridades. *Direito em Debate*, ano XV, nº 27, 28, p. 7-31, jan./jun./jul./dez. 2007.

MAEDA, Patrícia. Terceirização no Brasil: histórico e perspectivas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 49, p. 127-150, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/103358>>.

MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Direito do trabalho em tempos de crise: qual a medida da reforma? *Revista eletrônica Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 6, n. 58, p. 31-47, mar./abr. 2017.

_____. Empregabilidade, ocupação e novas formas de trabalho. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* v. 100 p. 103-119 jan./dez. 2005.

_____. Reconstrução do Direito do Trabalho. In: *Os Pilares do Direito do Trabalho*. MARTINS FILHO, Yves Gandra; MANNRICH, Nelson; PRADO, Ney. São Paulo, Lex Magister, 2013, p. 559-578.

_____. Reinventando o direito do trabalho: novas dimensões do trabalho autônomo. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015, p. 229-255.

_____. Sindicatos e crise econômica: heróis ou vilões. In: *Revista Magister de Direito do Trabalho*, n. 41, mar-abr/2011, p. 5-22.

MARQUES, Rui Cunha. A participação do setor privado nos serviços de saneamento: expectativas, desafios e questões regulatórias. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016, p. 283-296.

_____. *A regulação dos serviços públicos*. Editora Sílabo: Lisboa, 2005.

_____. Comparing private and public management performance of Portuguese water services. In: *Water Policy*, v. 10- Issue 1, 2008, 25-42.

MARQUES, Rui Cunha; SILVA; Duarte. As Parcerias Público-Privadas em Portugal: Lições e recomendações. In: *Revista de Estudos Politécnicos*. 2008, vol. VI, nº 10, p. 33-50.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 228, Rio de Janeiro, Renovar, abr./jun. 2002, p. 13-29.

_____. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.), *Parcerias público-privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 276-325.

_____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso do telefone social. *RDPE 14/77*, Belo Horizonte: Fórum, abril-junho/2006.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 419-440.

_____. Parcerias público-privadas: conceito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/32/edicao-1/parcerias-publico-privadas:-conceito>>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set. 2014, p. 141.

MARRARA, Thiago. *A formatação do equilíbrio econômico-financeiro e seus respectivos aditamentos em contratos de concessão comum e parcerias público-privadas de municípios vinculados à ARES-PCJ*. Parecer Jurídico. Disponível em: <<http://www.arespcj.com.br/files/files/ESTUDO%20N%2004%20-%202018%20-%20MODIFICACAO%20DE%20CONCESSOES.pdf>>. Acesso em 05 nov. 2019.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 159-179.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Licínio Lopes. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo: algumas reflexões. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=0268>>.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 9 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 241-249, mar./ago. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 43. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

_____. *Licitações e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10. ed., 1991.

MELE, Eugenio. *Manuale di diritto amministrativo*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Contratos administrativos nos dias atuais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-62, mar./abr. 2015.

_____. Princípio da impessoalidade. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 109-118.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº11.079/2004*. 2009. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-24112009-131838. Acesso em: 2019-07-01.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Concessão de serviços públicos: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, n. 1, p. 100-112, 2012.

_____. *Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Princípio da Legalidade, a Lei e o Direito. In: Thiago Marrara (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: Legalidade, Segurança Jurídica, Impessoalidade, Publicidade, Motivação, Eficiência, Moralidade, Razoabilidade, Interesse Público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45-61.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 7. ed., São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 40. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão de serviço público no estado regulador. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 67, p. 218-249, 2013.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. *Parcerias público-privadas: perspectiva constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. Licitação e Contrato Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sociojurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *A greve nos serviços essenciais no Brasil e na Itália*. São Paulo: LTr, 2013.

_____. O fortalecimento do pacto federativo através dos consórcios públicos de regulação do saneamento. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016, p. 94-109.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei nº 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Agências reguladoras intermunicipais de saneamento básico: atualidade, problemática e desafios. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016, p. 20-40.

_____. *Contrato de gestão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Participação administrativa. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 167-194, abr./ jun. 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Tipos de licitação: arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/1993. In: *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.), São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 249-272.

OLIVEIRA, Marcelo Augusto Souto de. Terceirização: avanços e retrocessos. *Revista Justiça do Trabalho*, ano 22, nº 253, jan./2005, p. 21.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OTERO, Paulo. *Privatizações, reprivatizações e transferência de participações sociais no interior do sector público*. Coimbra: Coimbra, 1999.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PASTORE, José; PASTORE, José Eduardo G. *Terceirização: necessidade para a economia, desafios para o direito*. São Paulo: LTr, 2015.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. A greve nos serviços essenciais e nos serviços inadiáveis. In: *Curso de direito coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa*. FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. São Paulo: LTr, 1998, p. 484-502.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma Administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

PEREIRA, Leone. Terceirização – Aspectos atuais e polêmicos. *Revista de Direito do Trabalho*. vol. 162. ano 41. p. 15-43. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

_____. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed., Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

POSNER, Richard. *Natural monopoly and its regulation*. Washington: Cato Institute, 1999.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. A terceirização em matéria de poder de polícia: o caso das vistorias veiculares. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. (Org.). *Direito e administração pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013.

RIBEIRO, Wladimir António. A forma e a função: as relações entre independência, regulação e competência do regulador. In: *Regulação do saneamento básico: 5 anos de experiência da ARES-PCJ*. Carlos Roberto de Oliveira, Dalto Favero Brochi, Carlos Roberto Gravina (Org.). São Paulo: Essential Idea Editora, 2016, p. 41-73.

RICCI, Maurizio. *Sciopero e servizi pubblici essenziali. Commento alla legge n. 146/1990, modificata e integrata dalla legge n. 83/2000*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Iggor Gomes. Concessão de serviço público e parceria público-privada: da garantia ao equilíbrio econômico-financeiro à partilha contratual de riscos. In: GONÇALVES, Guilherme Salles; GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 97-133.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. *Los principios del derecho del trabajo*. 4. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Lisboa: Almedina, 1988.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: *Direito e globalização econômica*. FARIA, José Eduardo (Org.). São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 15-27. Tradução: Margareth Cristina Toba e Márcia Maria Lopes Romero.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Definição da Modalidade, princípio e fase preparatória: arts. 1º ao 3º da Lei nº 10.520/2002, arts. 1º ao 3º do Decreto federal nº 3.555/2000 e arts. 1º ao 8º de seu anexo I. In: *Comentários ao sistema legal brasileiro de licitações e contratos administrativos*. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres (Coord.), São Paulo: Editora NDJ, 2016, p. 507-536.

SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. *A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados*. SEAE/MF - Documento de Trabalho nº 33. Mai/2006. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B03FAE02692>>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação, desenvolvimento e meio ambiente. In: *Regulação e desenvolvimento: novos temas*, SALOMÃO FILHO, Calixto (Org.), São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 15-59.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Princípio da universalidade. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A noção de serviço público nas parcerias público-privadas. In: *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 20, Belo Horizonte, Fórum, out./dez. 2007, p. 219-235.

_____. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. O reajuste tarifário nas concessões de serviços públicos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 149-168, out./dez. 2013.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SELZNICK, Philip. (1985) Focusing Organisational Research on Regulation. In: NOLL, R., Ed., *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley, 363-364.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*, vol. 1: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*, São Paulo: LTr, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. *Desestatização. Privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

_____. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Terceirização na Administração Pública: uma prática inconstitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 17, 2005.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. Em busca de uma administração pública de resultados. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39-61.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

_____. O direito administrativo entre os cliques e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 33-39, abr./jun. 2007.

_____. *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SUPIOT, Alain et al. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes et al. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 2000. 2 v.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. 1. Reimpressão - Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WERNECK, Bruno Dario; RODRIGUES, Mariana Ferreira; NASCIMENTO, Marcos de Sá. Contratos privados decorrentes de parcerias público-privadas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael AURÉLIO, Bruno; FREIRE, André Luiz. (Coord.). *Parcerias público-privadas: teoria geral e aplicação nos setores de infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 479-493.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 2, 1979.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1955.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Da terceirização na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ANEXOS

Cálculo De Despesas Com Pessoal Em Módulos Concessórios De Saneamento Básico ⁴⁶⁸

⁴⁶⁸ Os dados lançados foram solicitados junto à AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO DAS BACIAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E JUNDIAÍ (ARES-PCJ), consórcio público de direito público, regulador dos serviços de saneamento básico, nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, e responsável pela fiscalização dos contratos citados. Para maiores informações, vide: <www.arespcj.com.br>.

1.1. ATIBAIA SANEAMENTO S/A

Município de Atibaia/SP:

A contrato de concessão do Município de Atibaia/SP, firmado com a concessionária Atibaia Saneamento S/A, prevê, na cláusula 20 (vinte) do contrato de PPP, que o cálculo de reajuste da Contraprestação se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$IR1 = P1 * \left(\frac{IMO_i}{IMO_o}\right) + P2 * \left(\frac{ICC_i}{ICC_o}\right)$$

$$CPF_i = CPF_o * IR1$$

$$IR2 = \left[P3 \left(\frac{IMO_i}{IMO_o}\right) + P4 \left(\frac{ICC_i}{ICC_o}\right) + P5 \left(\frac{IEE_i}{IEE_o}\right) + P6 \left(\frac{IPA_i}{IPA_o}\right) \right]$$

$$CPV_i = CPV_o * IR2$$

$$CP_i = CPF_i + CPV_i:$$

Onde:

CP_i - é o valor da contraprestação reajustada;

CPF_i - é o valor da contraprestação fixa reajustada;

CPV_i - é o valor da contraprestação variável reajusta;

CPV_o - é o valor da contraprestação variável ofertada pela licitante vencedora;

$IR1$ - é o Índice de reajuste calculado para a contraprestação fixa;

$IR2$ - é o Índice de reajuste calculado para a contraprestação variável;

IMO_i - índice de mão de obra (FGV) correspondente ao segundo mês anterior ao do reajuste da contraprestação;

IMO_o - é o mesmo índice, correspondente ao segundo mês anterior à data base definida no contrato;

ICC_i - é o Índice nacional de custo da construção (FGV), correspondente ao segundo mês anterior ao do reajuste da contraprestação;

ICC_o - é o mesmo índice, correspondente ao segundo mês anterior à data base definida no contrato;

IEE_i - é o Valor da tarifa de energia referente ao grupo A - sub-grupo A4 (2,3KV a 25kV) correspondente ao segundo mês anterior ao do reajuste da contraprestação;

IEE_o - é o mesmo índice, correspondente ao segundo mês anterior à data base definida no contrato;

IPA_i - é o índice IPA-Origem- OG DI - Produtos industriais - indústria de transformação - produtos químicos (1006820) correspondente ao segundo mês anterior ao do reajuste da contraprestação;

IPA_o - é o mesmo índice, correspondente ao segundo mês anterior à data base definida no contrato.

$P1$ a $P6$ - são fatores de ponderação estabelecidos na proposta comercial.

2Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra – “IMO”

Índice de Mão de Obra – IMO, que é publicado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, através da Revista Conjuntura Econômica.

1.2. ÁGUAS DE HOLAMBRA SANEAMENTO SPE LTDA.

Município de Holambra/SP:

A contrato de concessão do Município de Holambra/SP, firmado com a concessionária Águas de Holambra Saneamento SPE Ltda, prevê que o cálculo da tarifa se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$IR=II*INCC+IE*TE+IMO*ICC+IO*IGPM$$

Onde:

IR = Percentual de reajuste da Tarifa.

II = Incidência de investimento, fixados em 50%.

IE = Incidência de energia nos custos dos serviços, fixados em 20%.

IMO = Incidência de mão de obra nos custos dos serviços, fixados em 16%.

IO = Incidência de demais insumos, fixados em 14%.

INCC = Variação percentual do Índice Nacional do custo de construção – FGV

TE = Índice de reajuste da energia elétrica da concessionária – CEMIRIM

ICC = Índice de mão de obra (coluna 56) FGV

IGPM = Variação percentual do Índice Geral de Preços de Mercado

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra – “IMO”

Índice de Mão de Obra – IMO, que é publicado mensalmente pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, através da Revista Conjuntura Econômica.

1.3. COMPANHIA DE SANEAMENTO DE JUNDIAÍ - CSJ.

Município de Jundiaí/SP:

A contrato de concessão do Município de Jundiaí/SP, firmado com a concessionária Companhia de Saneamento de Jundiaí - CSJ, prevê que o cálculo da tarifa referencial de serviços de tratamento de esgotos, se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$TR_n = T_o \left[\left(\frac{CMC}{CM} * \frac{C_n}{C_o} \right) + \left(\frac{CMP}{CM} * \frac{P_n}{P_o} \right) + \left(\frac{CME}{CM} * \frac{E_n}{E_o} \right) + \left(\frac{CMM}{CM} * \frac{M_n}{M_o} \right) \right]$$

Onde:

TR_n Tarifa reajustada ao mês “n”

T_o Tarifa relativa ao mês “o”

CMC Custo Marginal do Capital investido

CMP Custo Marginal das Despesas com Pessoal e encargos sociais

CME Custo Marginal das despesas com energia elétrica

CMM Custo Marginal das Despesas com Manutenção

CM Custo Marginal Total

C_n Índice geral de preços do Mercado - IGP-M no mês n

C_o Idem, relativo ao mês “o”

P_n Índice de reajuste de salários do pessoal no mês n

P_o idem, relativo ao mês “o”

E_n Índice de reajuste de energia elétrica para o mês n

E_o idem mês “o”

M_n Índice geral de preços - IGP-DI no mês n

M_o idem mês “o”

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

Convenção Coletiva do Sindicato da Indústria da Construção Pesada do Estado de São Paulo
– SINICESP (data-base: 1º de maio).

1.4. BRK AMBIENTAL-LIMEIRA S/A

Município de Limeira/SP:

A contrato de concessão do Município de Limeira/SP, executado pela concessionária BRK Ambiental Limeira S/A, prevê que o cálculo da tarifa se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$\text{IRP} = \frac{0,4014 \times A + 13,6294 \times B + 7,40 \times C + 14,22 \times D + 1,73 \times E + F + 5,86 \times G + 40,69 \times H + 12,17 \times I}{100}$$

Onde:

IRP = Índice de reajuste ponderado;

A= INCC-DI-Mão de Obra - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Nacional da Construção Civil-Disponibilidade Interna - Mão de Obra -Código 160906, publicado do pela Fundação Getúlio Vargas;

B= Energia Elétrica - Índice de variação da energia elétrica no período acumulado de 12 meses estabelecido através de resolução da ANEEL -Agência Nacional de Energia Elétrica;

C= IPA-OG-DI-Produtos químicos - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice de Preços ao Produtor Amplo, Origem, Disponibilidade Interna, Código 1420683, publicado do pela Fundação Getúlio Vargas;

D= INCC-M - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Nacional da Construção-Mercado, Código 200071, publicado do pela Fundação Getúlio Vargas;

E= IPA-EP-DI-Bens de Investimentos- Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice de Preços ao Produtor Amplo - Estágios de Processamento – Disponibilidade Interna, Código 1416648, publicado do pela Fundação Getúlio Vargas. (Anexo I - Tabela 5);

F=US\$ - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Dólar Americano, divulgado pelo BACEN;

G= TLP - Taxa de Longo Prazo (TLP) substitui a TJPL nos contratos do BNDES firmados a partir de 1º de janeiro de 2018 e será definida pelo índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) e Juros Reais. A apuração será em base mensal de acordo com a fórmula estabelecida pela resolução Bacen nº 4.600 de 25/09/2017;

H= IPCA-E - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial, publicado pelo IBGE;

I= IGP-M - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Geral de Preços do mercado pela publicado pela FGV;

A= INCC-DI-Mão de Obra - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Nacional da Construção Civil-Disponibilidade Interna - Mão de Obra -Código 160906, publicado do pela Fundação Getúlio Vargas.

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

O INCC-DI-Mão de Obra - Índice de variação no período acumulado de 12 meses do Índice Nacional da Construção Civil. (Mão de Obra -Código 160906), publicado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

1.5. SESAMM - SERVIÇOS DE SANEAMENTO DE MOGI MIRIM S/A

Município de Mogi Mirim/SP:

O contrato de concessão firmado entre o Município de Mogi Mirim/SP e a sociedade de propósito específico SESAMM – Serviços de Saneamento de Mogi Mirim S/A, prevê que o reajuste da Contraprestação Pecuniária (CP), se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$\text{IRTO} = \frac{\text{ISGMO} + \text{IREE} + \text{IGP-M}}{3}$$

3

Características do Parâmetro pessoal ou Mão de Obra

O ISGMO = Índice de Serviços Gerais com Predominância de Mão de Obra, é calculado e divulgado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE.

1.6. ÁGUAS DO MIRANTE S.A

Município de Piracicaba/SP:

O Contrato de Parceria Público-Privada firmado entre o Município de Piracicaba/SP e a concessionária Águas do Mirante S.A., prevê que o reajuste do Preço de Referência (PR), se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$PR = 1 + (0,50 \times IPCA) + (0,20 \times IGP-M) + (0,15 \times INCC) + (0,15 \times E)$$

Onde:

IPCA = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE;

IGP-M = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado e divulgado pela FGV;

INCC = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, do Índice Nacional de Custo da Construção (INCC), calculado e divulgado pela FGV

E = Variação percentual acumulada dos últimos 12 (doze) meses, da tarifa de Energia Convencional A4 (TUSD+TE) da CPFL, instituído e publicado pela ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

O contrato não deixa explícito qual o índice reajusta o parâmetro de Mão de Obra, mas o usual é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE.

1.7. AMBIENT SERVIÇOS AMBIENTAIS DE RIBEIRÃO PRETO S.A

Município de Ribeirão Preto/SP:

O contrato de concessão firmado entre o Município de Mogi Mirim/SP e a sociedade de propósito específico SESAMM – Serviços de Saneamento de Mogi Mirim S/A, prevê que o reajuste da contraprestação se dará através da seguinte fórmula paramétrica:

$$R = \frac{(C_f + C_v * V_{ef})}{(1 - (T_g + I_{sf}))}$$

Onde:

$$C_f = (C_{rc} + C_{dc}) + (C_p + C_{ef}) * (1 + T_a)$$

$$C_v = (C_m + C_q + C_{ec}) * (1 + T_a)$$

Onde:

C_p: Custos de Pessoal;

C_{ef}: Custos fixos de Energia Elétrica;

C_m: Custos de Manutenção;

C_q: Custos de Reativos Químicos;

C_{ec}: Custos Variáveis de Energia Elétrica;

C_{dc}: Custos de Depreciação de Capital;

C_{rc}: Custos de Remuneração de Capital;

T_a: Taxa de Administração;

V_{ef}: Volume Mensal de Esgoto Tratado pela Estação.

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

Os funcionários da Ambient Serviços Ambientais de Ribeirão Preto S.A, são representados pelos seguintes sindicatos: Sindicato dos Engenheiros do Estado de São Paulo e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Civil de Ladrilhos Hidráulicos e Produtos de Cimento e de Mármore e Granitos de Ribeirão Preto.

1.8. BRK AMBIENTAL – RIO CLARO S/A

Município e Rio Claro/SP:

O contrato de Parceria Público-Privada firmado entre o Município de Rio Claro/SP e a BRK Ambiental – Rio Claro S.A., prevê o reajuste do VRS – Valor Referencial dos Serviços, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE, através da seguinte fórmula:

$$\text{Reajuste} = \text{VRS} \times \left(\frac{\text{IPCA/P1}}{\text{IPCA/P0}} \right) =$$

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

A fórmula para reajuste da contraprestação é dada por único parâmetro, considerado o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE.

1.9. SANESALTO SANEAMENTO S/A

Município de Salto/SP:

O contrato de concessão firmado entre o Município de Salto/SP e a concessionária SANESALTO Saneamento S/A, prevê o reajuste da Tarifa de Concessão (Ttn), pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE, através da seguinte fórmula:

$$Ttn = Tto \times [(a \times Em/Eo) + (b \times Mn/Mo) + (c \times Cn/Co) + (d \times Rn/Ro)]$$

Onde:

Ttn = Tarifa de concessão reajustada para tratamento de esgotos;

Tto = Tarifa de concessão para tratamento de esgotos;

Em/Eo = Registra a atualização da parcela de custos com energia elétrica consumida e potência instalada;

Em = Tarifa praticada pela CPFL para a classe de fornecimento em questão, relativa ao mês objeto do reajustamento;

Eo = idem, retroagida em 12 meses; Mn/Mo = Registra a atualização da parcela de custos de pessoal;

Mn = Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC (IBGE), relativo ao mês do reajustamento;

Mo = Idem, retroagido em 12 meses;

Cn/Co = Registra a atualização da parcela dos custos de conservação, manutenção e outros;

Cn = Índice Geral de Preços de Mercado – IGP-M (FGV), relativo ao mês de reajustamento;

Co = Idem, retroagido em 12 meses;

Rn/Ro = Registra a atualização da parcela referente à remuneração e depreciação do capital aplicado em obras e instalações;

Rn = Índice Geral de Preços de Disponibilidade Interna – IGP-DI (FGV), relativo ao mês do reajustamento;

Ro = Idem, retroagido em 12 meses;

Coefficientes a, b, c, d = parcelas de participação de cada elemento da composição da fórmula paramétrica e iguais a 24%, 4%, 37% e 35%, respectivamente.

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

A parcela de custos de pessoal é atualizada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA/IBGE, calculado e divulgado pelo IBGE.

1.10. COMPANHIA ÁGUAS DE SANTA RITA S/A – COMASA

Município de Santa Rita do Passa Quatro/SP:

O contrato de concessão firmado entre o Município de Santa Rita do Passa Quatro/SP e a Companhia Águas de Santa Rita S/A – COMASA, prevê o reajuste das tarifas pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

A fórmula para reajuste das tarifas é dada por um único parâmetro, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE.

1.11. BRK AMBIENTAL – SUMARÉ S/A

Município de Sumaré/SP:

O contrato de concessão firmado entre o Município de Sumaré/SP e a BRK Ambiental – Sumaré S/A, prevê o reajuste das tarifas pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Características do Parâmetro Pessoal ou Mão de Obra

A fórmula para reajuste das tarifas é dada por um único parâmetro, o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado e divulgado pelo IBGE.