



Aspectos Jurídicos da Terceirização dos Serviços Públicos

Cesar A. Guimarães Pereira

PLANO DA EXPOSIÇÃO:

- 1) ADPF 46 E O “MONOPÓLIO POSTAL”**
- 2) A EMISSÃO E ENTREGA DE FATURAS EM FACE DA ABRANGÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO POSTAL**
- 3) A DISCUSSÃO SOBRE OS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS (“ATIVIDADES-MEIO” E “ATIVIDADES-FIM”)**

A ADPF 46 - Objeto da ação

impugnação da constitucionalidade (não-recepção) das normas que estabeleciam o "monopólio postal" dos Correios.

Alternativamente: interpretação "conforme" limitando o monopólio à entrega de cartões postais e cartas em sentido estrito - excluindo-se encomendas, periódicos, impressos, talões de cheque, boletos, faturas...

O resultado do julgamento

- cinco votos pela integral improcedência da ação (Min. Eros, Joaquim, Peluso, Ellen, Carmen);
- um voto excluindo do "monopólio" as encomendas, periódicos e impressos (Min. Carlos Britto);
- três votos excluindo do monopólio *também* os boletos e faturas de qualquer espécie (Min. Gilmar, Celso Mello, Lewandowski);
- um voto pela total procedência da ação (Min. Marco Aurélio).

A formação do quórum majoritário

Somaram-se os cinco votos pela improcedência ao voto do Min. Britto, que excluía apenas encomendas, periódicos e impressos, para estabelecer o quórum de seis votos pela declaração de constitucionalidade (recepção) das regras sobre o "monopólio".

A questão dos boletos e faturas (origem da afirmação de que não estão abrangidos na decisão sobre o “monopólio”)

- Os três votos vencidos
- O ajuste de voto do Min. Britto
- Ausência de efeito vinculante quanto a este ponto (inexistência de quórum específico)

**O RESULTADO DO JULGAMENTO DA ADPF 46
NÃO IMPLICA A IMPOSSIBILIDADE DO
DESEMPENHO DE ATIVIDADES DE MEDIÇÃO E
ENTREGA DE FATURAS DE SERVIÇOS
PÚBLICOS, INCLUSIVE MEDIANTE
TERCEIRIZAÇÃO**

A natureza jurídica da atividade postal

- O núcleo da definição: o transporte.
- As demais atividades (recebimento, expedição e entrega) são complementares do transporte.
- Atividade postal como serviço público.
- Acórdãos do TRF-5 e do TRF-1: recebimento, transporte e entrega (atividade complexa)

O objeto dos contratos de medição e entrega de faturas

- Objeto principal: leitura de medidores existentes no domicílio dos usuários, com a apuração dos valores tarifários devidos e subsequente emissão de faturas e a sua entrega aos usuários.
- Prestações acessórias (manutenção de cadastros etc)

Duas modalidades de atuação

- 1ª) Emissão imediata da fatura por parte do próprio indivíduo que produziu a leitura, no domicílio do usuário
- 2ª) Apuração do consumo no domicílio do usuário, mas sem a imediata emissão da fatura. Entrega posterior da fatura ao usuário, feita também pela empresa de medição.

Emissão e entrega simultânea de fatura:

- Não há “recebimento” para entrega
- Não há “transporte”
- **Ausência de serviço de correio**

Emissão e entrega posterior da fatura:

- Não há “recebimento” para entrega
- Há transporte, mas para satisfação de necessidades próprias: ausência de serviço público
- “Auto-serviço”
- Exemplos em outras áreas

A intervenção de um terceiro no desempenho da tarefa

- Reconhecimento jurisprudencial da possibilidade de entrega por meios próprios
- Utilização de um terceiro não altera a situação jurídica
- Relação interna entre as partes: imputação ao contratante dos atos do contratado
- O terceiro é **preposto** da concessionária perante o usuário

O exemplo da entrega de periódicos e impressos

- A empresa entregadora não atua de modo aberto ao público: simples atividade no interesse de um cliente determinado.
- Hipótese alheia ao “monopólio postal”, conforme reconhecem o STF e a própria ECT.

**O MONOPÓLIO POSTAL NÃO SIGNIFICA
DEVER LEGAL DE QUE TODO E QUALQUER
SUJEITO, DESEJANDO ENTREGAR UMA
CORRESPONDÊNCIA, TENHA DE SE VALER
DOS SERVIÇOS DO CORREIO**

A entrega de faturas de serviços públicos

Primeira premissa a considerar: a modicidade tarifária

Inerente à essência de serviço público como instrumento promocional dos direitos fundamentais

A entrega de faturas de serviços públicos

Segunda premissa a considerar: a atividade do cobrança está abrangida no serviço delegado

A concessão de serviço público outorga ao concessionário o poder-dever de promover a entrega da fatura ao usuário. O concessionário detém o poder jurídico para escolher o modo de fazer tal entrega.

A relação entre os serviços postais e os demais serviços públicos

- Ausência de hierarquia formal entre os diversos serviços públicos
- Vedações a subsídios cruzados externos
 - Solução para os serviços postais eventualmente deficitários?

A prevalência da modicidade tarifária

- A modicidade tarifária v. a exclusividade de atuação da ECT.
- A aplicação do princípio da proporcionalidade

“Se as demais concessionárias de serviço público dispõem de serviços adequados para assegurar a mais ampla eficiência econômica, inclusive no tocante à cobrança das tarifas correspondentes, essa solução é protegida pela Constituição. A ECT, ainda que seja titular de algum monopólio postal, não está investida na faculdade de exigir que a solução mais eficiente e satisfatória, mais racional e razoável, seja abandonada sob a mera justificativa de ampliar sua receita.”

MARÇAL JUSTEN FILHO

A terceirização das atividades de emissão e entrega de faturas

- O regime administrativo autoriza a terceirização de qualquer atividade (“meio” ou “fim”), o que não pode ser reputado proibido pelo direito do trabalho.
- A atividade terceirizada é instrumental (“meio”), não uma “atividade-fim”

Enunciado 331 do TST (nova redação, de maio de 2011)

- Terceirização de *“serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”* (item III)
- Responsabilidade do tomador – itens IV, V e VI (os dois últimos em face da ADC 16)

Enunciado 331 e Administração

- O regime de cargos e concurso público
- Ausência de competência jurisdicional para a definição abstrata de ilicitude
- Interpretação inadequada (*a contrario*)
- Incerteza (ou inexistência) de distinção jurídica entre *atividade-fim* e *atividade-meio*
- A solução dada pelo Dec. nº 2.271/97

TST, RR 23400-77.2009.5.03.0015

- Prevalência do regime público
- Irrelevância da distinção entre atividade-fim e atividade-meio (implantação e manutenção de rede é atividade-fim)
- Inexistência de vínculo de emprego, mas permanência da responsabilidade subsidiária do tomador

Dispositivo invocado pelo TST (Lei 9.472)

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

...

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

Dispositivo legal geral, aplicável a qualquer serviço concedido (Lei 8.987)

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, (...)

§ 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.**

Terceirização de função estatal

- Critério jurídico: carga estatal da função terceirizada
- Atos materiais ou acessórios e atos que envolvem exercício de autoridade
- Atividades objeto de cargo ou emprego

Situações concretas

- Tomadoras

- entidades privadas da Administração Pública
- concessionários não estatais
- exploradores de atividade econômica

- Atividade terceirizada

- medição, emissão e entrega imediata (sem transporte)
- medição imediata e emissão e entrega futuras

Regime aplicável

- Serviço público concedido ou não: modicidade tarifária e vedação de subsídios cruzados externos
- Serviço público concedido: art. 25, § 1º, da Lei 8.987
- Inaplicabilidade do Dec. nº 2.271/97
- Inexistência de “atividade-fim”
 - atividade material
 - ausência de prestação ao usuário
 - ausência de interpretação/qualificação jurídica ou de exercício de vontade administrativa

Conclusões

- O julgamento da ADPF 46 não afeta a terceirização, pois não impede o “auto-serviço”
- Na emissão e entrega simultâneas, não há “transporte”; na entrega diferida, há preposto do prestador do serviço
- Na terceirização, prevalece o critério do art. 25, § 1º, da Lei 8.987
- A atividade não configura prestação de serviço público, não envolve transferência de poderes estatais e é “atividade-meio”

Cesar A. Guimarães Pereira
cesar@justen.com.br

Justen, Pereira
Oliveira & Talamini
advogados

