

Meio: Jota	
Editoria: Economia	Data: 18/03/2019
Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/terceirizacao-e-responsabilidade-subsidiaria-do-estado-17032019	

Terceirização e responsabilidade subsidiária do Estado

Desde a sua criação, em 1790, gerações de conselheiros do Tribunal de Cassação Francês¹ aperfeiçoaram a técnica de redação de seus arestos, orientada pelas seguintes três características: concisão, precisão terminológica e rigor lógico². De fato, esses são atributos determinantes para a compreensão, clareza e aderência dos precedentes, o que é ainda mais fundamental no ambiente de cortes incumbidas da uniformização da jurisprudência nacional.

A experiência francesa vem a calhar quando o assunto é a atuação da Corte Constitucional brasileira. Realmente, aqueles que depositam no Supremo Tribunal Federal esperanças na capacidade de o Poder Judiciário colocar uma pá de cal em disputas sociais acirradas, com efeitos erga omnes, têm tido razões para serem pessimistas.

Exemplo cristalino desse panorama se extrai do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário nº 760.931/DF³, com repercussão geral reconhecida, o qual, apesar de suas 355 laudas, revelou-se insuficiente para promover consensos mínimos sobre a questão da responsabilização subsidiária do Estado por débitos trabalhistas nos casos de terceirização, à luz do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93. Tamanha a discrepância dos entendimentos manifestados pelos Ministros em seus votos que, ao invés de pacificar entendimentos, o aresto deu ensejo a um cenário de espantosa insegurança jurídica.

O tema está na ordem do dia. Tanto assim que, na sessão de julgamento do RE, o Min. Alexandre de Moraes salientou que o “julgamento tem relevância no sentido de estancar uma interminável cadeia tautológica que vem dificultando o enfrentamento da controvérsia”.⁴ E esse pode ter sido, de fato, o objetivo dos julgadores: estancar divergências a fim de proporcionar maior segurança. Mas boas intenções não garantem bons resultados.

A tese fixada por meio de repercussão geral não surtiu o efeito esperado de pacificação e uniformização. Dentre outras possíveis razões, porque faltaram os elementos que, na França, são premissas de um precedente judicial

satisfatório: concisão, precisão terminológica e rigor lógico. Após laudas de teorização, os Ministros não conseguiram convergir em torno de uma tese que, de fato, servisse à solução dos problemas concretos enfrentados diuturnamente nas contratações públicas. Sem chegar a um consenso, ofereceram aos aplicadores do Direito diferentes visões de mundo – notadamente, acerca de como se deva enfrentar a questão do ônus probatório nas reclamações trabalhistas ajuizadas por terceirizados – que mais confundem do que solucionam.

É a respeito dessas reflexões que versa o presente artigo: sobre as dificuldades práticas com que se depara a Administração em seu dia a dia; sobre a frustração, muitas vezes, de pretender vê-las solucionadas por intermédio de decisões judiciais com efeitos vinculantes; e sobre os desafios que se colocam, nesse cenário, à Advocacia Pública.

Por que terceirizar? Quais as vantagens da adoção dessa técnica empresarial, inclusive no âmbito do setor público?⁵ Essas são indagações que não são novas, suscitadas sobretudo ao ensejo das tendências globalizantes que impulsionam a busca por modelos de gestão menos caros e mais operacionais. O próprio acórdão relativo ao RE nº 760.931/DF elenca os diversos benefícios da utilização dessa técnica, como os ganhos de economia de escala e de escopo e a redução da complexidade organizacional. Ao terceirizar, o Poder Público busca incrementar os níveis de especialização e de produtividade, reduzir custos e enxugar a máquina administrativa.⁶

Alinhado a essa perspectiva de maior eficiência, o Poder Legislativo, ao disciplinar as contratações públicas, previu, na redação original do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993,⁷ a proibição da transferência de responsabilidade ao ente contratante quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais inadimplidos pelo contratado. A lógica do dispositivo era incentivar que o licitante, quando da formulação de sua proposta, estabelecesse um valor adequado e exequível para sua proposta, condizente com os encargos pecuniários que haveria de suportar. Com isso, buscou-se evitar falha de mercado conhecida como seleção adversa⁸. É dizer: a possibilidade de que licitantes, de modo anticompetitivo, forjassem seus preços para deles excluir os encargos legais – contando com a responsabilização automática do ente público para suportá-los–, mediante a apresentação de preços financeiramente mais vantajosos.

Fato é que, como se sabe, o TST relativizou o conteúdo normativo do §1º do art. 71 da Lei Geral de Licitações ao consagrar, no inciso IV de seu verbete sumular n. 3319, a responsabilidade subsidiária do empregador (sem ressaltar a Administração Pública) em razão do mero descumprimento, pelo contratado, de suas obrigações trabalhistas. Com base nesse entendimento, o ente público

passou a ser condenado automaticamente pelo simples fato de existirem débitos.

Referido enunciado recebeu acirradas críticas por parte da comunidade jurídica, por afrontar princípios como os da separação de Poderes e o da legalidade. Em resposta, o Poder Legislativo alterou a redação dos §§ 1º e 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/9310, por meio da Lei nº 9.302/1995, reforçando o comando de que, no caso do inadimplemento das obrigações trabalhistas, não poderia haver transferência de responsabilidade para a Administração Pública. É que, em sua nova redação, o § 2º do art. 71 passou a dispor expressamente sobre a responsabilidade solidária do Estado apenas em relação aos encargos previdenciários. Deixou-se clara, assim, a impossibilidade de compartilhamento dos ônus quanto a dívidas de outra natureza.

Mais uma vez, contudo, houve reação por parte do Judiciário Trabalhista, que revisou o verbete nº 33111 para registrar expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo mero inadimplemento contratual dos encargos trabalhistas.

Foi no bojo desse diálogo institucional que o STF foi chamado a se pronunciar, primeiramente, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16 (ADC 16). Ao julgá-la, a Corte declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, afirmando que a mera inadimplência do contrato não poderia transferir ao ente público a responsabilidade pelo pagamento dos encargos da terceirizada. A responsabilidade da Administração Pública, asseverou o STF, não é direta nem objetiva, mas subjetiva. Em cada caso, o Poder Judiciário deverá averiguar a existência de culpa in elegendo (i.e., na seleção do particular contratado) ou in vigilando (quanto ao dever de fiscalização do contratado), como condição para se responsabilizar o ente público pelo inadimplemento das verbas trabalhistas. Na oportunidade, contudo, o Tribunal não enfrentou – nem a título de obiter dictum – a questão relativa ao ônus da prova pertinente à fiscalização.

Ato contínuo, o TST alterou a redação dos incisos IV, V e VI de seu verbete sumular nº 331 para reafirmar a possibilidade de responsabilização subsidiária do ente público, desde que “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”. No plano teórico-normativo, portanto, o entendimento do TST pôs-se em conformidade com o da Corte Constitucional. Ocorre que, na prática, diversos juízes e tribunais continuaram a extrair a culpa da Administração Pública do mero inadimplemento dos encargos trabalhistas, não mais com base na possibilidade de responsabilização automática, mas apoiados em uma nova estratégia argumentativa, qual seja: a teoria da culpa presumida¹².

O esvaziamento prático do entendimento alcançado na ADC 16 fez com que a questão fosse novamente levada ao STF, por meio do já mencionado RE n. 760.931/DF (tema 246), quando se fixou a tese de que: “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”. A questão relativa ao ônus probatório, contudo, permaneceu em aberto, como se exporá a seguir.

A questão da titularidade do ônus da prova quanto à eventual culpa in vigilando do Estado foi analisada no bojo dos votos de parte dos Ministros do STF, assim como nos debates que perfizeram o julgamento do RE nº 760.931/DF. Isso ocorreu, no entanto, sem que a Corte tivesse logrado fixar um direcionamento a esse respeito.

Nessa linha, a Min. Rosa Weber – Relatora vencida – frisou que caberia à Administração Pública comprovar que fiscalizou devidamente, presumindo-se, na sua falta, a culpa estatal. Já para o Min. Roberto Barroso, embora caiba à Administração o ônus da prova quanto à fiscalização, essa demonstração não precisa ser específica, mas feita por amostragem, casos em que gozará de presunção juris tantum de razoabilidade¹³.

O Min. Alexandre de Moraes, por seu turno, entendeu que a comprovação da falta de fiscalização seria fato constitutivo do direito do reclamante, configurando-se a responsabilidade do Estado apenas quando da demonstração inequívoca de falhas no dever estatal de fiscalizar, associadas a um comportamento sistematicamente negligente do Poder Público. O Ministro argumentou, ainda, que entendimento diverso teria por efeito esvaziar a declaração de constitucionalidade do §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 e desestimular as parcerias com a iniciativa privada, indo de encontro aos objetivos da terceirização de propiciar maior eficiência e redução de custos.¹⁴

Já o Min. Luiz Fux, redator do voto vencedor, destacou que a intenção do legislador, quando da edição da Lei nº 9.302/95, foi excluir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública. Logo, atribuir interpretação conforme ao art. 71 da Lei de Licitações para responsabilizar de algum modo o ente público implicaria negar, na prática, a declaração de constitucionalidade enunciada quando do julgamento da ADC 1615. Na oportunidade, o Ministro ainda destacou o dever contratual de fiscalização cometido pela Lei ao Poder Público,¹⁶ porém não delimitou a titularidade do ônus probatório.

Fato é que, após 332 páginas de votos e considerações, em 30/03/17, a Ministra Cármen Lúcia, então Presidente do Tribunal, suspendeu a sessão para que os Ministros pudessem estudar as propostas apresentadas quanto à tese a ser proclamada para fins de repercussão geral, a fim de se chegar um texto mais “maduro”. O julgamento foi retomado em 26/04/17, especificamente para

a fixação do entendimento prevalecente. E ali se iniciaram novos debates entre os Ministros acerca das questões já enfrentadas e decididas – sem alinhamento – entre os julgadores. Afinal, a quem caberia o ônus da prova pertinente à fiscalização? Isso deveria constar expressamente da tese a ser enunciada? Ou seria matéria de prova, a ser analisada em cada caso? Nesta hipótese, o STF não estaria simplesmente repetindo a orientação firmada quando do julgamento da ADC 16, sem solucionar os problemas reais que levaram a um reexame da matéria em sede de RE?

Nesses debates, de modo geral, os julgadores passaram a decidir, com um olhar claramente pragmático (sobretudo quanto aos efeitos da decisão em relação a reclamações futuras que poderiam vir a ser manejadas), se deveriam ser minimalistas ou não na fixação da tese prevalecente. Isto é: se deveriam adotar uma tese mais “seca”, menos passível de controvérsias, ainda que menos esclarecedora; ou uma tese mais minuciosa, capaz de definir, inclusive, o padrão de comportamento esperado do Poder Público em suas rotinas de fiscalização.

De acordo com o Min. Fux: “(...) quanto mais se acrescenta à tese, mais se abre oportunidade para que venham os acórdãos para dizer que, na verdade, nesse caso, se enquadra; e a repercussão geral não serviu para absolutamente nada. Então, o Ministro Marco Aurélio tem razão quando diz: o minimalismo nessa hora resolve. Por quê? Porque nós também não vamos poder conhecer matéria de fato, se comprovou culpa ou se não comprovou culpa. Isso é matéria não cognoscível em sede de recurso extraordinário.”¹⁷

Já o Min Luís Roberto Barroso, diante do impasse, registrou que, a seu ver, o STF deveria explicitar, ainda que em obiter dictum, o comportamento esperado da Administração Pública. ¹⁸

Ao final, prevaleceu a tese de que “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”.

Como se viu acima, o STF, ao julgar o RE nº 760.931/DF, decidiu, de certa forma, ser minimalista. Sem um consenso possível, os Ministros mantiveram na tese prevalecente o advérbio “automaticamente”, abstendo-se de esclarecer, ali ou na fundamentação, o que isso significa. Se a transferência da responsabilidade ao ente público não pode ser automática, quando e como ela ocorrerá? A quem cabe provar o quê?

A decisão gera perplexidades. A uma, porque o minimalismo pragmático que orientou a construção da tese – alimentado pela falta de consenso entre os julgadores e pela clara intenção de se evitar uma enxurrada de novas

reclamações – não deixa de ser contraditório com as mais de trezentas páginas de votos e discussões. Ou seja: puseram-se na mesa entendimentos para vários gostos a respeito do ônus da prova relacionado à culpa in vigilando; mas, ao final, decidiu-se não decidir por nenhum desses caminhos, abrindo-se uma janela de incerteza (e de custos) enorme para os jurisdicionados.

Mas não só a isso se deve a perplexidade. É que o minimalismo, no plano teórico-constitucional, costuma ser invocado para lidar com questões de outra ordem. Usualmente, são problemas moralmente complexos e controvertidos, em torno dos quais orbitam diferentes pontos de vista dos indivíduos.

A questão foi enfrentada por Cass Sunstein, e.g., ao tratar do que chamou de acordos incompletamente teorizados (AIT). Indaga o autor: como poderia o constitucionalismo ser colocado em prática se as pessoas cultivam sérios desacordos quanto a temas fundamentais, a exemplo da definição de vida boa ou da extensão da liberdade e da igualdade? Para ele, a resposta está justamente na utilização da técnica dos acordos incompletamente teorizados¹⁹, ou seja, na enunciação de consensos caracterizados pela ausência de uma fundamentação completa baseada em uma teoria mais abstrata e abrangente.

Tais acordos podem ser de dois tipos: (i) ora as pessoas discordam a respeito de resultados específicos, mas aceitam formulações mais amplas – por exemplo, discordam quanto à possibilidade de casamento entre homossexuais, mas aceitam um princípio geral de vedação à discriminação; (ii) ora o inverso: discordam quanto a abstrações, mas convergem quanto a resultados mais específicos – e.g., professam doutrinas religiosas distintas, mas concordam quanto à proibição do aborto.²⁰

Conforme Sunstein, as razões individuais que permitem o acordo são as mais diversas. Os cidadãos podem concordar, e.g., que o Estado deva estimular a solidariedade, quer por motivos religiosos; quer por motivos utilitaristas; quer por acreditarem ser esta uma expressão da dignidade humana; quer, ainda, por entenderem ser este um valor digno de proteção, a despeito de qualquer fundamentação moral. O que importa, para a viabilidade do modelo constitucional, é a convergência, a despeito do desacordo mais profundo quanto a teorias abrangente ou visões gerais²¹.

Voltando os olhos à temática do artigo, as reflexões teóricas de Cass Sunstein revelam-se bastante úteis para um olhar crítico acerca da decisão do STF no RE nº 760.931/DF. É que, como apontado pelo autor, acordos incompletamente teorizados podem, sim, revelar-se como um caminho decisório adequado e justificado; mas quando se esteja diante de questões morais de alta indagação. Isto é, de discussões filosóficas candentes – como o momento em que a vida se origina para se decidir sobre a possibilidade do

aborto –, que passem por convicções religiosas, políticas e morais bastante individuais.

Não é isso o que se observa, contudo, no caso das terceirizações contratadas pela Administração Pública. A discussão não tem conteúdo moral, mas eminentemente jurídico. Envolve, sim, aspectos pragmáticos; mas poderia (rectius: deveria) ter sido endereçada pelo STF de modo mais claro e definido. Com concisão, precisão terminológica e rigor lógico, conforme ensina a experiência da Corte de Cassação francesa, mas também com o aprofundamento necessário que a solução do caso reclamava.

Dito de modo mais direto: decidir de quem é o ônus da prova, como ele deve ser demonstrado, o que os juízes trabalhistas podem ou não cobrar da Administração; nenhuma dessas constitui questão de alta indagação filosófica. São problemas do dia a dia, para os quais um acórdão mais enxuto e esclarecedor de nossos juízes Hércules poderia – em muito – ter contribuído.

Seja como for, se e quando haverá um cenário mais claro a esse respeito, não há como saber. O que não quer dizer que, por ora, a Advocacia Pública precise ou tenha que esperar sem agir. Diante do quadro de insegurança jurídica que se mantém, há pelo menos duas linhas de ação que precisam se manter firmes. De um lado, nas disputas judiciais, cabe a advogadas e advogados públicos insistir, em juízo, naquelas que lhes pareçam as melhores teses.

Mas talvez a providência mais importante esteja na adoção de técnicas efetivas e factíveis de gerenciamento de riscos trabalhistas, em caráter preventivo. Por exemplo, embora, na esfera federal, as contas vinculadas e as retenções cautelares de pagamentos sejam técnicas já adotadas rotineiramente pela Administração Pública, 22 essa ainda não é uma realidade em Estados e Municípios. Da mesma forma, a padronização de procedimentos fiscalizatórios, por intermédio de atos normativos infralegais ou mesmo de cartilhas, pode gerar não apenas incentivos positivos, em prol da maior conformação do comportamento dos contratados, como um acervo mais robusto de provas que eventualmente possam ser levadas a juízo.

O ponto é que a atuação da Advocacia Pública é não só relevante, como estratégica para se alcançar o melhor interesse público. Interesse público que remete não a uma abstenção irresponsável quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas relacionadas a seus terceirizados, mas em uma atuação inteligente, eficiente e coordenada, que assegure o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas nos contratos de prestação de serviços, com o mérito de blindar o ente público de condenações automáticas alheias a custos e ao que dita a própria legislação. Apostar nesse caminho traz luzes.