Opinião: o “se” do STF na responsabilização do tomador público

Por ocasião do julgamento dos embargos de declaração opostos em face de decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário n° 760.931 (Tema 246 da Repercussão Geral), em 01/08/2019, o plenário do STF apresentou uma resposta análoga à dos espartanos ao Rei Felipe, quando ameaçados de invasão e destruição de suas terras: um lacônico “*Se*”.

Esperava-se que fosse melhor esclarecido o tema relativo ao encargo probatório quanto à comprovação da culpa na eleição e fiscalização da empresa pelo Poder Público, questão esta que ficou à margem da *tese*, limitando-se esta a sintetizar o entendimento de que é vedada a responsabilização automática da Administração Pública pelos créditos trabalhistas devidos pela empresa contratada.

O acórdão principal – cuja leitura de suas 355 laudas revela a tensão entre visões conflitantes sobre tema que toca centenas de milhares de processos em todo o país – dirigiu-se a um resultado frágil, de uma maioria provisória e apertada de 5 a 4 em favor do desprovimento do recurso da União, julgando que a decisão do TST não negou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações, mas tão-somente entendeu que o ente público não se desincumbiu do ônus de comprovar a adequada fiscalização do contrato junto à terceirizada, ônus que entenderam pertencer ao tomador de serviços. Votaram nesse sentido a Relatora original, Min. Rosa Weber, bem como os Ministros Fachin, Barroso, Lewandowski e Celso de Mello, tendo os Ministros Barroso e Fachin ainda sugerido algumas orientações para casos futuros, como a fiscalização por amostragem e a consignação em juízo, pelo ente público, de créditos da terceirizada que pudessem ser utilizados para amainar os prejuízos dos trabalhadores.

Especificamente no atinente ao encargo probatório, o Min. Edson Fachin reportou-se às “*premissas fáticas estabelecidas no acórdão recorrido*”, abstendo-se de revalorar as provas – postura tradicional dos Tribunais Superiores, pela natureza de instância extraordinária dirigida unicamente pelas questões de direito.[1] Já o Min. Celso de Mello adotou na íntegra o voto da Min. Rosa Weber[2] e o Min. Luís Roberto Barroso anotou, expressamente, em sintonia com o voto da Min. Relatora, que “*cabe à Administração Pública comprovar que fiscalizou adequadamente o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado*”.[3] No mesmo sentido foi o voto do Min. Ricardo Lewandowski, trazendo à estampa a inversão do ônus da prova imperante no Direito do Consumidor, ao reverberar que “*compete à Administração Pública o ônus de provar que houve fiscalização*”.[4]

No entanto, o Min. Luiz Fux abriu divergência, observando que a mais recente redação do § 2º do artigo 71 da Lei de 8.666/93 (dada pela Lei 9.032/95) expressamente ressalvou a possibilidade de condenação do Poder Público pelos encargos previdenciários, de modo que “*se quisesse, o legislador teria feito o mesmo em relação aos encargos trabalhistas. Se não o fez, é porque entende que a Administração Pública já afere, no momento da licitação, a aptidão orçamentária e financeira da empresa contratada*”.

Entendeu que o silêncio quanto à responsabilidade da Administração Pública no que se refere aos créditos trabalhistas, ao mesmo tempo em que expressa a solidariedade para verbas previdenciárias (fl. 223), indica a opção do legislador para excluir referido encargo. De outra banda, admitiu sua “perplexidade” ante a necessidade de “proteção dos direitos sociais do trabalhador”, mostrando-se favorável às proposições do Min. Barroso para, de um lado, não atribuir responsabilidade automática ao

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

ente público, tampouco desproteger o trabalhador, sugerindo, outrossim, que a Administração descreva nos editais seu modo de fiscalização e que, em sendo omissa, inevitável seria a sua responsabilização pela infração ao dever contratualmente imposto (fls. 224 e 225 do acórdão).

O Min. Marco Aurélio seguiu a mesma linha de argumentação, adicionando que, considerado o sistema alusivo ao ônus da prova, a exclusão da responsabilidade trabalhista do tomador público no art. 71 levava a uma presunção incompatível com sua imputação do ônus probatório (fl. 234).

Já os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes entenderam que, no caso concreto, seria necessário o provimento do recurso para sinalizar a inviabilidade do reconhecimento de uma presunção linear de culpa, equivalendo a uma negação do art. 71 da Lei de Licitações.5 O Min. Toffoli ainda observou que o caso tratava de verbas rescisórias, portanto, ainda mais difícil demonstrar uma fiscalização adequada do tomador.6

Todavia, nem o Min. Toffoli, nem o Min. Gilmar Mendes afirmaram a imputação do ônus da prova ao autor. Pelo contrário, disse o Min. Gilmar Mendes expressamente: "*é fundamental que se tenha presente* ***que estamos falando, de fato, de responsabilidade subjetiva com a inversão do ônus da prova, quer dizer, cabe ao poder público contratante fazer a prova de que fez a fiscalização****. … a mim, me parece que se deve dizer quais são, na medida do possível, esses deveres que decorrem da própria legislação, os deveres de fiscalização*".7

No mesmo sentido, o Min. Toffoli insistiu que ficasse consignado, ao menos em *obiter dictum*, que "*é muito difícil ao reclamante fazer a prova de que a fiscalização do agente público não se operou, e* ***que essa prova é uma prova da qual cabe à Administração Pública se desincumbir*** *caso ela seja colocada no polo passivo da reclamação trabalhista, porque, muitas vezes, esse dado, o reclamante não tem. … a Administração Pública, ao ser acionada, tem que trazer aos autos elementos que diligenciou no acompanhamento do contrato*".8

As sessões seguintes contaram com os julgamentos da então Presidente, Min. Carmen Lúcia, e do então recém empossado Min. Alexandre de Moraes, revertendo o placar para 6 a 5 no sentido de dar provimento ao recurso da União, mas sem significativa alteração quanto à tese, uma vez que também concordando com a possibilidade de responsabilização do tomador público, desde que havendo "*prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador*".9

É de se destacar que ambos admitem a possibilidade de responsabilização do Estado e que isto dependeria de efetiva demonstração de fatos que indicassem sua culpa e dos quais decorresse o dano ao trabalhador terceirizado. Entretanto, em momento algum afirmaram que esse ônus recairia sobre os ombros do trabalhador hipossuficiente, de maneira a liberar o ente público de promover a juntada de documentos, mesmo porque uma tal assertiva redundaria, em termos práticos, na completa exclusão de sua responsabilidade, contrariando, assim, o próprio núcleo da tese jurídica proclamada, sem falar, ademais, da notória inaptidão probatória do trabalhador para situações desse jaez, beirando a *probatio diabolica*.

Tal era o quadro quando, ainda permanecendo *dúvida* em relação à responsabilidade da Administração

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Pública, pleitearam a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais, via embargos de declaração, a exclusão do advérbio "automaticamente", buscando, em absoluto, a impossibilidade de sua condenação subsidiária, retomando-se a máxima de que *the king can do no wrong* ou *le roi ne peut mal faire*.

De certo modo, a objeção aviada nesses embargos de declaração tinha como questão de fundo o próprio ônus probatório, já que, se a responsabilidade não é automática, há casos, entretanto, que reclamarão sua condenação, quando inequivocamente presente a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Aliás, essa questão consta dos votos proferidos, como debatido acima, mas eloquentemente excluído da *tese*, o que corrobora a compreensão de que se trata de *obiter dictum*, não integrando a *ratio decidendi* do julgado.

Verdade seja dita: a definição do *onus probandi* sequer é matéria constitucional, o que, *a priori*, impediria fosse a questão analisada pelo STF – Corte a quem foi outorgada a missão de conferir unidade ao direito em relação a matéria constitucional.

Ou seja, a questão foi tratada nos votos e na discussão plenária, impulsionando o manejo dos embargos de declaração, ficando vencido o voto do original relator, Min. Fux, que pretendia um detalhamento maior para a "tese". Embora na fundamentação invocasse uma proibição de inversão do ônus probatório ao tomador, isto nem constou da tese proposta (e rejeitada), que apenas vedava a presunção de culpa.[10] No entanto, a maioria dos Ministros acompanhou o voto do Min. Edson Fachin, rejeitando os declaratórios por não haver omissão, obscuridade tampouco contradição no acórdão vergastado.[11] Um lacônico *Se*, digno dos espartanos!

Rejeitados os embargos, resta mantido *in totum* o acórdão principal, da forma discutida acima. Permanece, então, 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.

Entretanto, em caso de culpa inconcussa, traduzida na omissão da Administração Pública em fiscalizar os contratos por ela assumidos, enseja-se a sua responsabilização pelo adimplemento dos créditos trabalhistas. Como bem sumarizado pela Min. Carmen Lúcia, "*não pode haver o repasse automático dessa responsabilidade. Entretanto, dissemos: quando a Administração Pública não cumprir também o seu dever – porque a Administração não pode ser omissa, não pode ser recalcitrante, não pode ser leve e deixar que o trabalhador é que fique com o ônus -, comprova-se a situação que Vossa Excelência chama de excepcional em que, comprovada essa ausência de atuação obrigatória da Administração Pública, permitir-se-ia, então, que ela respondesse*".[12]

Não havendo *ratio decidendi* vinculante quanto à distribuição do ônus probatório em tal questão, incumbirá aos juízes a tarefa de definir a quem se impõe o ônus de demonstrar os fatos conducentes a uma convicção sobre o elemento subjetivo da *culpa*, o que será feito, entre outros aspectos, pela distribuição do ônus da prova, nada impedindo inclusive a sua inversão, considerado o vetor técnico da aptidão para a prova.

Enfim, eventual responsabilidade do ente público demandará que se fixe conclusão acerca de fatos específicos que demonstrem atuação ou omissão culposa, já que o ponto central do julgado é justamente

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

evitar a atribuição de culpa genérica e linear. E, para tanto, afigurar-se-á legítima a possibilidade de adoção da mesma diretriz protetivo-flexibilizatória prevista inicialmente no direito consumerista (art. 6º, VIII), consagrada no atual CPC (art. 373, § 1º) e agora expressamente contida na CLT, art. 818, §§ 1º e 2º. Tais parágrafos, aliás, propiciam seguro roteiro para que a demonstração especificada da responsabilidade seja trazida para o centro do debate, ou seja, mediante clara delimitação da matéria fática controvertida, imputação fundamentada do ônus probatório e viabilização do adequado contraditório.

Como se percebe, o lacônico *Se* dos embargos de declaração tem uma razão de ser. Se age com culpa, devidamente comprovada, inobstante o processo licitatório que precede a contratação, responderá a Administração Pública, subsidiariamente, pelos créditos trabalhistas devidos. Se não, imune estará. O *Se*, embora lacônico, já foi suficiente. De resto, quanto ao encargo de demonstração da culpa, o juiz, a quem se dirige diretamente a colheita das provas necessárias ao deslinde da questão, saberá como agir, obedecidas as garantias do devido processo legal e do contraditório.

---

1 RE 760931/DF, fl. 179.

2 RE 760931/DF, fl. 248.

3 RE 760931/DF, fl. 208.

4 RE 760931/DF, fl. 228.

5 RE 760931/DF, fls. 249 quanto ao Min. Toffoli e 229, 237 e 256 quanto ao Min. Gilmar Mendes.

6 RE 760931/DF, fl. 249.

7 RE 760931/DF, fl. 217.

8 RE 760931/DF, fls. 349-350.

9 RE 760931/DF, fls. 314 e 324.

10 RE 760931 ED / DF, fl. 19.

11 RE 760931 ED / DF, fl. 25.

12 RE 760931 ED / DF, fl. 22.

Date Created
14/10/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.