

MANUTENÇÃO DOS PAGAMENTOS DOS TERCEIRIZADOS: A SOLUÇÃO RESPONSÁVEL E RAZOÁVEL DO MUNICÍPIO DE CURITIBA-PR

Por Thiago Zagatto

Título MANUTENÇÃO DOS PAGAMENTOS DOS TERCEIRIZADOS: A SOLUÇÃO RESPONSÁVEL E RAZOÁVEL DO MUNICÍPIO DE CURITIBA-PR

Autor Thiago Zagatto

MANUTENÇÃO DOS PAGAMENTOS DOS TERCEIRIZADOS: A SOLUÇÃO RESPONSÁVEL E RAZOÁVEL DO MUNICÍPIO DE CURITIBA-PR

THIAGO ZAGATTO

Advogado e Engenheiro Civil. Parecerista. Especialista em Contratações Públicas. Mestrando em Direito Econômico – PUC/PR. Auditor do Tribunal de Contas da União. Professor.

No dia 14.05.2020 foi publicada a Lei 15.634/2020¹ do Município de Curitiba-PR, autorizando a adoção de medidas excepcionais para o enfrentamento da emergência do Coronavírus. A preocupação que orienta a norma municipal é a manutenção dos empregos dos funcionários terceirizados que prestem serviços nos órgãos e entidades da Administração. Aliás, a Lei vai além e estende o tratamento nela previsto às Organizações da Sociedade Civil parceiras (art. 9º) e até mesmo generaliza os benefícios a todas as entidades parceiras da Administração Municipal (art. 10).

É verdade que a Lei não é inédita nesse aspecto. Iniciativas anteriores já foram identificadas, a citar, como exemplo, a Lei do Município de São Paulo (Lei 17.335/2020) e a Lei do Estado do Paraná (Lei 20.170/2020). Em comum, os normativos autorizam os respectivos entes a manter o pagamento na integralidade² dos contratos administrativos de serviços terceirizados, e exigem, em contrapartida, que as empresas comprovem a manutenção dos empregos.

Nesse sentido, sintética e exemplificativamente, a Lei 20.170/2020, do Estado do Paraná: **a)** autoriza a manutenção do pagamento da integralidade dos contratos (art. 1º); **b)** exige a subtração das despesas diretas, indiretas e quaisquer insumos que deixarem de ocorrer (art. 2º); **c)** prevê a possibilidade de realização de rodízios entre funcionários como medida de mitigação dos efeitos para ambas as partes (art.4º); **d)** define pessoas de grupo de risco que deverão ser colocadas em teletrabalho ou em afastamento sem prejuízo da remuneração (art. 4º); **e)** prevê o pagamento integral aos empregados, ainda que haja fechamento dos órgãos/entidades (art. 4º, §2º); **f)** exige a formalização por Termo Aditivo (art. 5º); **g)** prevê a necessidade de parecer jurídico, e autoriza o uso de parecer referencial (art. 6º); **h)** institui a necessidade de a empresa comprovar: **1)** a manutenção empregado mensalmente (art. 7º); e **2)** o pagamento do empregado em até quinze dias após o pagamento da fatura (art. 7º); **i)** Prorroga por 90 dias a validade das certidões negativas relativas a débitos com o fisco estadual (art. 8º).

Dispositivos similares são vistos na Lei do Município de São Paulo. Desse normativo cabe destacar a autorização concedida aos órgãos e entidades da administração municipal de determinar “que trabalhadores que deixem de prestar os serviços em unidades com decréscimo de atividades prestem serviços da mesma natureza em unidades diversas da contratante ou para outros órgãos ou entes da Administração Pública Municipal que tenham necessidade de acréscimo dessas mesmas atividades, durante o período de tempo em que durar a situação de emergência” (art. 3º, §2º).

E na mesma linha segue a recente regulação da matéria no âmbito do município de Curitiba. Não obstante, dela frisarei aqui apenas o seu caráter inovador e diferencial em relação às demais. Ela atenta para os inegáveis impactos sociais, mas propõe uma solução mais proporcional. Vejamos, pois a disposição do art. 2º, § 5º, da referida Lei 15.634/2020, cuja centralidade justifica transcrição na íntegra:

Art. 5º, § 2º - Para ter o direito assegurado no *caput* deste artigo, fica a contratada obrigada a aderir a todos os programas federais e estaduais instituídos para custeio de salários ou demais encargos trabalhistas, competindo ao Município arcar com a porção complementar daquilo que não for coberto pela União Federal e pelo Estado.

Segundo a regra, para a empresa ter direito à manutenção dos pagamentos do contrato administrativo em que é parte executora deve aderir aos programas federais e estaduais, de modo que caiba ao município arcar com o remanescente não pago pelos referidos programas.

Diz-se que a alternativa é mais proporcional porque vige a Medida Provisória 936³, de 1º/4/2020, que criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, prevendo duas possibilidades de adequação da força de trabalho das empresas à queda da demanda durante a pandemia: 1) redução proporcional de jornada de trabalho e de salário (por até noventa dias); e 2) suspensão temporária do contrato de trabalho (por até sessenta dias).

Não constitui objetivo deste artigo entrar nos detalhes dos dois institutos. No geral eles permitem ao empregador reduzir a carga de trabalho e o salário pago ao empregado ou suspender na totalidade o contrato de trabalho e a respectiva remuneração do empregado. Para compensar as perdas com a queda na remuneração, o programa institui o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, cujo valor a ser pago ao empregado é equivalente ao que teria direito se estivesse recebendo o Seguro-Desemprego⁴.

Isso significa que a empresa não precisa continuar pagando a totalidade das remunerações dos seus empregados, podendo acessar ao mencionado programa federal e ter um alívio de caixa. Por consequência, não cabe à Administração manter a integralidade dos pagamentos, podendo abater tais parcelas que já são ressarcidas pelo programa federal.

É verdade que à exceção daqueles empregados que recebem o salário mínimo, o valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será inferior ao da remuneração da ativa. Por isso, a simples utilização do programa não seria suficiente para preservar os ganhos dos funcionários. E não é isso que o presente escrito sugere⁵. Ao contrário, defende-se que a empresa acesse o programa, obtenha o respectivo benefício, e possa, mediante negociação com o empregado, combinar um complemento, previsto na MP 936 como “Ajuda Compensatória”.

A ajuda terá caráter indenizatório e não sofrerá incidência de qualquer encargo (art. 9º, II). A MP ainda prevê a possibilidade de exclusão dos valores gastos com essa ajuda da base de cálculo para o imposto de renda e para a contribuição social sobre o lucro líquido da empresa (art. 9º, VI). Ou seja, caso a empresa seja optante pelo regime de tributação baseado no lucro real, essa ajuda pode inclusive ter impacto nulo em seus custos.

Por via de consequência, os benefícios obtidos com o programa federal serão repassados à Administração, sob pena de enriquecimento sem causa da empresa. Assim, se ao invés de simplesmente pagar a “fatura cheia” dos contratos, os órgãos e entidades buscarem conciliar as alternativas concedidas pela MP, encontrarão caminhos mais eficientes para se chegar ao mesmo resultado.

Reputo equivocado que se desprestige o uso da MP 936 nos contratos administrativos ao argumento de que no fim das contas os recursos saem do mesmo lugar, do Estado, dos tributos pagos pela sociedade. Tal justificativa reconduz a uma generalidade absoluta, o que não é razoável para resolver o problema. Sim, os recursos são igualmente públicos: os que a Administração usa para pagar integralmente uma medição sem contraprestação por parte da empresa contratada; e o que o Estado concede na MP 936, em subvenção direta aos hipossuficientes, medida a qual é obrigado por dever de solidariedade e de proteção ao mínimo existencial para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, dentro da organização federativa do Estado Brasileiro, os recursos não pertencem ao mesmo cofre. No caso do programa conduzido pela MP, eles advêm da União, razão pela qual estados e municípios podem ser beneficiados de maneira incremental. Não há dúvidas de que esses entes, na linha de frente do combate à pandemia, sentindo mais de perto as agruras do momento, é que terão os maiores traumas sociais e financeiros. Razoável, portanto, que dada a escassez financeira, priorizem as contratações necessárias ao combate da pandemia, orientando os recursos para tanto, e usem o programa federal nos benefícios que ele concede para sustentar ainda que parcialmente os contratos de serviços terceirizados. Não é novidade, aliás, a crise financeira por que passa a maioria dos estados e municípios brasileiros, condição denotada dos recentes pedidos de ajuda à União para o atravessamento da crise decorrente da pandemia.

Há, igualmente, um fator de especialidade no emprego do programa federal, no sentido de conduzir a soluções padronizadas e isonômicas entre todas as empresas que atuam no mercado. O programa horizontaliza, centraliza a entidade financiadora, e evita soluções pulverizadas e dissonantes. Se o objetivo é preservar empregos e renda, e, para tanto, o governo federal editou um programa específico, todos os empregados e empregadores em condições semelhantes – isonomia material – devem acessar o referido programa, se desejarem.

Como dito alhures, a manutenção do pagamento integral dos contratos protege os trabalhadores daqueles contratos, e nisso é de fundamental importância. Por outro lado, é inegável a sua externalidade mais grave – a criação de uma “bolha” nos contratos administrativos, em que as empresas e respectivos funcionários recebem proteção adicional do Estado – pagamento integral – enquanto o restante da sociedade desdobra-se com os programas federais e tão somente com eles.

Há outro benefício no uso do programa a enfatizar. As eventuais ajudas compensatórias pagas pelas empresas aos seus empregados possuem natureza indenizatória, não sofrem incidência de qualquer encargo. Isso conduz a um custo menor para a empresa e conseqüentemente para a Administração do que a simples manutenção da remuneração dos empregados. Importante, nesse sentido, acrescentar que os três normativos aqui mencionados exigem a exclusão, nos pagamentos, daquelas despesas diretas e indiretas que a empresa eventualmente não esteja incorrendo durante a suspensão dos contratos.

Reconhece-se a dificuldade que se coloca diante dos gestores, que em momento de crise aguda, têm de tomar decisões de enorme responsabilidade e de repercussões diretas e indiretas gravíssimas⁶. E, para tanto, não lhe socorrem diretrizes normativas exatas, restando-lhes o amparo do art. 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), as figuras do gestor médio em eventuais ações de ressarcimento⁷ e/ou da tessitura que vier a ser dada pelo controle ao conceito de erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB.

Assim, e em síntese, portanto, as alternativas fornecidas pelos normativos municipais e estadual aqui mencionados são bastante positivas no sentido de fornecer segurança jurídica aos gestores sobre o que fazer nesse momento, já que essa é a principal carência.

Em adição, e de maneira acertada, o Município de Curitiba exige que a manutenção dos pagamentos esteja atrelada ao uso dos programas federais e estaduais e preservação de emprego e de auxílio; e que o ente municipal pague apenas pela diferença. E, objetivamente, essa disposição implica que a empresa acesse no mínimo o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Acredito que a solução deve ser proporcional em termos alexianos⁸. Conforme o autor tedesco, se há duas soluções possíveis e equivalentes em benefícios para o empregado, deve ser priorizada aquela de que resulte o menor prejuízo ou o maior benefício para a outra parte, no caso, a Administração.

¹ Lei 15.234/2020, disponível no Diário Oficial Eletrônico do Município n. 89, de 14/5/2020, página 47-49.

² Na realidade não se trata exatamente de pagar a integralidade. Todos os normativos preconizam os descontos de despesas não ocorridas durante a pandemia.

³ A Medida Provisória está vigente até 30/5/2020. Existe a possibilidade de a MP não ser convertida em Lei. Nessa hipótese, a situação obedecerá ao previsto no art. 62, §§ 3º e 11 da CF. Não ocorrendo a conversão da MP em lei, caberá ao Congresso Nacional editar decreto legislativo para disciplinar os atos jurídicos nela fundados, praticados durante a sua vigência. Se não for editado referido decreto legislativo, haverá a consolidação dos referidos atos e relações jurídicas.

⁴ De acordo com a tabela de benefícios para 2020, o valor mínimo do Seguro-Desemprego equivale ao salário mínimo, de R\$ 1.045,00, e o máximo é de R\$ 1.813,03, conforme <http://trabalho.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal>, acesso em 18/5/2020.

⁵ Nesse sentido, concorda-se com Joel Niebuhr, no sentido de que "(...) o poder conferido à Administração Pública de alterar unilateralmente os contratos não pode ser exercido de sorte a prejudicar os direitos patrimoniais do contratado. À Administração é vedado impor perdas ao contratado, forçando-o a arcar com custos sem a respectiva contrapartida, tudo em tributo ao direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desenhado no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal" (Menezes Niebuhr, Joel. Regime Emergencial de Contratação Pública para o Enfrentamento à Pandemia de COVID-19. Editora Fórum Ltda.. Edição do Kindle).

⁶ A respeito, pontua Marçal: "Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis, a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais. Tais atos deverão ser qualificados como juridicamente perfeitos, produzindo todos os efeitos jurídicos pretendidos e excluindo a responsabilização pessoal dos envolvidos. Será imperioso reconhecer que eventuais defeitos têm de ser superados – e, se necessário, saneados – sempre que as circunstâncias da realidade concreta forem suficientes para justificar a prática adotada". (Justen Filho, Marçal. Covid-19 e o Direito Brasileiro - 1ª edição. Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. Edição do Kindle).

⁷ Isso porque o Tribunal de Contas da União não reconhece a necessidade de configuração de erro grosseiro nas ações de ressarcimento. Para a Corte de Contas, basta a configuração da culpa, em uma de suas modalidades – imprudência, imperícia ou negligência, aliada à configuração do nexo de causalidade, para que o gestor seja responsabilizado em eventual recomposição ao erário. Nesses termos o Acórdão 2.391/2018 – Plenário – Relator: Benjamin Zymler.

⁸ Princípio da proporcionalidade segundo Robert Alexy, traduzido nos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. (ALEXY, Roberto. Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição. 3ª Tiragem. Malheiros: São Paulo. 2014).

Como citar este texto:

ZAGATTO, Thiago. Manutenção dos pagamentos dos terceirizados: A solução responsável e razoável do município de Curitiba-PR, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 20 mai. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.

Fonte: