

DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV, DO ENUNCIADO 331 DO T.S.T. SUA INAPLICABILIDADE DIANTE DO DIREITO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO

*Wellington Matos do Ó: Procurador do Estado de Sergipe.

A Justiça Especializada do Trabalho, com base no inciso IV, do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, com a redação que lhe foi dada pela Resolução nº 96/2000 - TST, publicada no Diário da Justiça da União de 19.09.2000, passou a condenar os órgãos da administração direta, autarquias, das fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, pelos débitos trabalhistas não pagos por empresas interpostas aos seus empregados, sob alegação de culpa no acompanhamento da prestação dos serviços, ou seja, culpa in eligendo, antes já prevista no artigo 455 da Lei Consolidada.

Diz o inciso IV, do Enunciado 331 do TST, o seguinte:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93). (inciso alterado pela Res. Nº 96, de 11.09.00, in DJU de 19.09.00).

Fica claro que a responsabilidade subsidiária aventada no dito Enunciado possui por base culpa por omissão, a falta de diligência, para com a prestadora dos serviços.

Em que pese o disposto no parágrafo 1º, artigo 71 da Lei nº8.666/93, o qual exclui referida responsabilidade subsidiária, expressamente, insistem em manter-se o famigerado Enunciado 331, inclusive ao arrepio da norma Constitucional, (art. 37, XXI da CF), vez o artigo 71 da Lei nº8.666/93, em plena vigência, veio atender e regulamentar o princípio da isonomia ou da licitação pública.

Em verdade, como se não fosse bastante a inconstitucionalidade acima referida, é de bom alvitre lembrarmos, conforme palavras do Dr. Leonardo Jubé de Moura, Procurador da Subprocuradoria-Geral da Previdência Social, que responsabilidade objetiva pressupõe conduta comissiva, enquanto o Enunciado 331, IV, cogita de omissão da administração pública ao não fiscalizar o prestador de serviços. Logo, de responsabilidade objetiva não se trata. Diz ainda o Dr. Leonardo Jubé de Moura, que o artigo 37, § 6º - CF, trata de dano direto e imediato, situação realmente divergente de culpa por omissão, aliás matéria totalmente estranha ao Direito do Trabalho.

Tem mais, ainda nas palavras do Dr. Leonardo Jubé, que essa posição tomada pelo TST, isto é, de responsabilizar o ente público subsidiariamente, fere de morte o artigo 37, II, da Carta Magna, pelo simples fato de que dita responsabilidade deriva de dever legal ou contratual, não podendo ter origem na lei trabalhista, pois que não há relação de emprego em discussão entre a administração pública e os empregados do prestador de serviços, isso por expressa vedação do mencionado dispositivo constitucional, em face da exigência do concurso público, inclusive se contradiz com o também Enunciado de nº 363 do TST, o qual diz o seguinte:

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu

art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário - mínimo/hora.

Agora, o cerne da questão que passo a abordar diz respeito a responsabilidade subsidiária, calcada na culpa in eligendo e/ou na culpa in vigilando, por parte da administração pública; enquanto que, em muitas decisões, também é citado o artigo 37, § 6 da Constituição Federal, de forma contraditória para justificar suposta responsabilidade subsidiária com fulcro na teoria da responsabilidade objetiva. Não há como compatibilizar a responsabilidade Estadual com fundamento na culpa do funcionário ou agente público, com a responsabilidade advinda da teoria do risco administrativo ou objetiva prevista na Constituição Federal.

É bom lembrar, mesmo que deixe à parte o artigo 37, § 6 da C.F., restaria a responsabilidade por culpa do agente público, por omissão, matéria totalmente alheia ao Direito do Trabalho.

Mas, voltando à responsabilidade subsidiária por culpa ou omissão, lastreada na responsabilidade objetiva disciplinada na atual Constituição, tem-se por sua total incongruência e impossibilidade.

Ato contínuo, o professor Paraibano Josivaldo Félix de Oliveira,¹ citando o saudoso Hely Lopes esclarece que a teoria do risco integral venha ser a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, e que "essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto da Constituição Federal", a exemplo de Mário Masagão e Otávio de Barros. Continua o professor autor,² ainda citando o mestre Hely, o qual contesta tal entendimento, pois "se desgarrar da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou acerca do citado

¹ OLIVEIRA, Josivaldo Feliz. *A responsabilidade do estado por ato lícito*. São Paulo: Habeas, 1998. p. 54.

² *Ibidem*, p. 54.

dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sobre a modalidade do risco administrativo e não do risco integral.”

Ora, a teoria do risco administrativo, ou mesmo teoria da responsabilidade objetiva, como alguns preferem, foi consagrada pela maioria da doutrina brasileira como a adotada na Constituição Federal, afastando a teoria do risco integral.

Sim, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, inclusive nas constituições ao longo da República Brasileira, sempre mencionou a responsabilidade do Estado, surgindo diversas teorias, mas nunca atingiu qualquer dos extremos, isto é, nunca abraçou a irresponsabilidade Estatal como teoria; como também jamais admitiu a responsabilidade integral do ente Estatal. Atualmente prevalece, como já foi dito, a teoria da responsabilidade objetiva ou do risco administrativo.

Celso Antonio Bandeira de Melo espanta qualquer dúvida sobre a teoria consagrada para fins de ressarcir o particular na atual Carta Política, ao ensinar:

De há muito, Os Tribunais brasileiros, invocam a responsabilidade objetiva do Estado, mencionando-a como se fora o fundamento do direito positivo que lhe supedita as decisões. Vale dizer, tomam por estribo o preceptivo constitucional (atual art. 37, § 6) atribuindo-lhe o intuito de acolher, como regra de nosso direito, a responsabilidade objetiva. Inobstante, em grande número de casos, apesar desta invocação o que fazem é aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva em sua modalidade 'falta de serviço' (ou 'culpa de serviço'). O exame dos fundamentos das decisões comprova que invocam uma teoria declarando-a acolhida pelo Texto Constitucional - mas fundamentam-se em outra, consoante o exposto. Sem embargo, em outros tantos casos não há negar que, realmente, estão embasadas na

responsabilidade objetiva propriamente dita.³

As palavras do mestre, acima, simplesmente volta com todo vigor e bom som nos dias atuais, diante do inciso IV, do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Talvez, seria o caso de invocarmos a velha e tão atual frase: dizer mais é consagrar o supérfluo, como muitas coisas em direito. Mas, por amor ao debate ainda tentarei fazer algumas poucas considerações sobre o assunto.

Afastada qualquer dúvida de que realmente a atual Constituição Federal abraçou a teoria da responsabilidade objetiva, ressalte-se, ainda, que a mesma é dirigida ao ente Estatal, não cabendo ao particular demandar diretamente contra o funcionário ou agente público, nem mesmo sua inclusão, juntamente com o Estado, no polo passivo da demanda, pois o art. 37, § 6, da C.F. é de uma clareza solar e também objetivo no sentido de ser cabível apenas ação regressiva contra o agente público, para se ver ressarcido do prejuízo pelo mesmo causado ao Erário Público. O Estado, pessoa jurídica, não comete atos ilícitos ou ilegalidades, mas o seu representante, cujos atos se confundem, daí a necessidade de ação regressiva, independentemente de culpa do agente público, bastando a demonstração do prejuízo sofrido, pelo particular, e obviamente o nexo de causalidade, tudo de acordo com o atual texto Constitucional.

Agora, o que vem ocorrendo na Justiça Trabalhista Brasileira é uma engenharia jurídica sem qualquer base doutrinária ou jurisprudencial, a qual deve ruir a qualquer instante, pois, reafirmando as palavras do professor Celso Bandeira de Melo, invoca-se uma teoria e apoia-se em outro fundamento, para, finalmente, desaguar na teoria subjetiva, e o pior, no caso do Enunciado 331, IV, do TST, há uma verdadeira salada de conceitos e normas de natureza privada com as de natureza pública, numa simbiose impossível e extravagante de se conceber. Vejamos, então:

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 361.

Apesar de citar o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e fundamentar suas decisões na culpa da administração pública no acompanhamento da prestação dos serviços, adota, neste aspecto, a culpa in eligendo, a qual possui raízes no Direito Civil, especificamente no art. 159 do Código Civil Brasileiro, assim redigido:

Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado, a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Nota-se, de início, tratar-se de direito privado tal responsabilidade, não tendo qualquer intimidade com o direito administrativo ou trabalhista. Aliás, também não se alegue a previsão do art. 455 da CLT, vez que estamos no campo do direito público envolvendo a administração pública, mormente a direta. Sendo, portanto, inaplicável o mencionado artigo consolidado, ao menos assim deveria ser. Ao que parece o Enunciado 331 do T.S.T., busca inspiração na legislação da Previdência Social para equiparar ente Público com empresa de índole inquestionavelmente privada, além de desprezar o conceito de empregado da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

Pois bem, a culpa in eligendo e/ou in vigilando vêm a ser espécies de culpa ou responsabilidade subjetiva, caracterizadas pela imprudência, negligência ou imperícia, que por sua vez dizem respeito a ato de outrem, de terceiro, "significando a falta de fiscalização e a segunda a má escolha do preposto, empregado ou representante," de acordo com lição de Arnoldo Wald,⁴ aqui citado como exemplo. Isto quer dizer, que somente a teoria subjetiva admite se falar em culpa; e, contrariamente, a teoria objetiva inadmite culpa. Desta forma, por se tratar

⁴ WALD, Arnold. *Curso de direito civil: obrigação e Contatos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 370.

de instituto eminentemente de direito privado, não é extensiva ao âmbito da administração pública, a qual sequer possui legitimação passiva para responder por culpa subjetiva, frise-se, vez que a Constituição Federal (art. 37, § 6º), apenas concebeu responsabilidade da administração pública, em qualquer circunstância, de forma objetiva. Nada mais.

Assim sendo, podemos concluir, que o inciso IV, do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, é flagrantemente ilegal e inconstitucional, pois não se coaduna com os artigos 159 do Código Civil; 455 da Consolidação das Leis do Trabalho; com o Enunciado 363 do próprio TST; bem como choca-se com os incisos II e XXI, do artigo 37, e o próprio artigo invocado para fundamentar à aplicabilidade do Enunciado 331 do TST, ou seja, artigo 37, § 6º, ambos da Constituição Federal. Cabendo ao Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, reanalisar sua jurisprudência, ao tratar de responsabilidade subsidiária da administração pública, ou, caso contrário, esperamos um definitivo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual, queremos crer, não tardará a recompor a integridade do texto Constitucional e do Ordenamento Jurídico Brasileiro como um todo.

BIBLIOGRAFIA.

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *O Estado no direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 1996.
- WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil: obrigações e contratos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELO, Celso Antonio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- OLIVEIRA, José Félix. *A Responsabilidade do estado por ato lícito*. São Paulo: Hábeas, 1998.