

## Recurso de autarquia contra sentença que a considerou responsável subsidiária em ação trabalhista contra empresa contratada.

Emerson Odilon Sandim \*

### RAZÕES RECURSAIS

*Recorrente: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL*

*Recorrida: A.A.A.*

*Ação: Reclamatória Trabalhista nº 000/98*

Egrégio TRT da 23ª Região,

Ínclitos Julgadores,

---

### **I – Dos fatos:**

A reclamatória trabalhista, em sua exordial, com base no enunciado de nº 331, IV, do colendo Tribunal Superior do Trabalho, exorou fosse o recorrente (INSS) tido como responsável subsidiário, dado que teria contratado a primeira reclamada, que, por sua vez, procedera dispensas de empregados sem a quitação rescisória devida.

E, demais disso, no mérito da prefalada reclamatória desfila uma gama de pretensões, todas elas ligadas à questão da relação laboral existente entre o empregado e a dita empregadora, contratada pelo INSS.

O ora recorrente, a seu turno, tendo em vista que celebrou contrato de empreitada por preço global com a reclamada primeira, ofertou exceção de incompetência em razão da matéria e, no pátio da contestação, agitou preliminar de carência da ação (impossibilidade jurídica do pedido e ilegitimidade passiva da autarquia) e, no plano meritório, entremostrou que

inexistia vínculo empregatício entre a Administração Pública e o empregado da contratada, máxime em questão de limpeza pública, por força do Enunciado de nº 331, III, do Tribunal Superior do Trabalho e, além disso, o contratado responsabilizou-se pelos encargos trabalhistas, nos moldes do precitado contrato, sem contar, também, o gizado no art. 71 da Lei de nº 8.666/93, que exonera o contratante de tais verbas.

Inobstante isso, a sentença guerreada, rejeitou a incompetência da Justiça Laboral, entendendo que, realmente, inexistente vínculo empregatício entre o obreiro e a Autarquia, porém, o que se discute é tão-somente a questão da responsabilidade subsidiária, afeta ao pálio da Justiça Especializada do Trabalho.

E, no ato decisório, de igual sorte, a v. Junta refutou a preliminar de carência da ação, novamente dizendo que a questão radicava-se, apenas, quanto à responsabilidade subsidiária do INSS, sem que houvesse pacto laboral entre o empregador e a Previdência Social. E, no aspecto de fundo, a sentença reconhece a responsabilidade subsidiária ao argumento de que inexistiu licitação e, face a tanto, o INSS teria obrado com culpa *in eligendo* ao pactuar prestação de serviços com pessoa jurídica economicamente inidônea.

Eis, destarte, toda a resenha fática.

---

## **II – Das matérias preliminares:**

### **II.1) Nulidade da sentença:**

#### **II.1.e – Da incompetência do juízo laboral, já que a relação matriz, que coloca a recorrente na lide, é de empreitada:**

De logo mister afirmar que a incompetência agitada pela autarquia, ora recorrente, fora, notadamente, em razão da matéria e não em virtude da qualidade de pessoa jurídica de direito público que a abarca, como, ao que parece, concluiu a sentença.

Ora, uma coisa é incontestável, qual seja: o contrato entre a segunda e a primeira reclamada é de empreitada por preço global. E, demais disso, a relação jurídica que deu azo à colocação do INSS na lide, portanto, é de direito civil, como, aliás, reconhece a própria Junta no ato sentencial.

De efeito, em sendo de empreitada a temática, jungindo a primeira e a segunda reclamadas, como cogitar-se de qualquer vínculo entre esta última e o reclamante?

Mas, a despeito de tal ponto, se alguma lesão ou ameaça a direito do reclamante houver, na visão desta última, e atinentemente à segunda reclamada, a Justiça que deverá analisar este questionamento, notadamente, será a Comum, nunca, destarte, a Laboral.

Porque, se se admitir a responsabilidade subsidiária da autarquia, ainda que se cogite sobre isso abstratamente, estar-se-á, com clareza, tendo o obreiro como sendo um funcionário público e, por isso mesmo, qualquer perlanga, naturalmente, haverá de ser decidida pela Justiça Comum Federal (art. 109, inciso I, da Carta Política).

Inobstante isso, repisa-se: o liame maior, qual seja, a relação jurídica que fez surgir a relação empregatícia entre a primeira reclamada e o empregado, obviamente, derivou-se da contratação daquela pelo INSS, no regime de empreitada. Ou seja, há, aqui, uma continência de relações jurídicas, onde, até por questão de lógica formal, a primeira, qual seja, a de empreitada, absorve a última (a laboral), o que, sem sombra de dúvida gera a incompetência da Justiça Laboral.

E, de lés a lés, não há como, dado o volume dos desembolsos materializados nos contratos ora abojados quando da contestação, dizer-se que é caso de pequena empreitada ou situação de mero artífice, que carreariam a competência para a Justiça Especializada, nos moldes do gizado pelo art. 652, inciso III, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Enfim, a competência, acaso entenda que há formação de vínculo entre o obreiro e a segunda reclamada, o que se aventa apenas sob uma ótica abstratista, é da Justiça Comum Federal, por tratar-se de empreitada de grande vulto econômico.

A esse respeito, *mutatis mutandis*, inclusive, é a remansosa jurisprudência pátria, como se infere deste julgado:

"Competência - Justiça do Trabalho – Pequena Empreitada – Reclamação com base em vínculo empregatício – Não-reconhecimento – Modificação da competência – Inocorrência.

Conflito negativo de competência entre juízos de direito e trabalhista. Reclamação trabalhista buscando o recebimento de importância avençada para pagamento de pequena empreitada. Competência da Justiça Laboral" (Repertório IOB Jurisprudência, verbete nº 2/12627).

Calha, todavia, à fiveleta este aresto:

"Competência residual – Justiça Estadual – Pequena Empreitada.

Competência. Pequena Empreitada. Se na Justiça do Trabalho restou determinado que o contrato de empreitada não se enquadra na norma receptiva do art. 652, inciso III, da CLT, firma-se a competência da Justiça Comum Estadual, de natureza residual. Precedente da C. Segunda Sessão (CC nº 5.274-2/SC). Conflito conhecido, declarado competente o suscitante" (Repertório IOB Jurisprudência, verbete nº 2/12.533).

E sendo a Justiça Comum a competente para dirimir litígios alusivos à empreitada, havendo, porém, na lide pessoa jurídica de direito público, especificamente, uma autarquia federal, competente, para tanto, sê-lo-á a Justiça Federal, de conformidade com o estatuído pelo art. 109, inciso I, da Magna Carta.

Assim sendo, claramente restou apontado que a sentença fora prolatada por juízo incompetente e, por isso mesmo, haverá de ser anulada, com base no art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil, aplicável à espécie por força do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Na trilha do esposado acima, por sinal, está a jurisprudência pátria, como se visualiza destes julgados:

"A incompetência absoluta acarreta nulidade dos atos decisórios" (STJ – 2ª Turma, REsp. 6.680-PR, rel. Min. Vicente Cernicchiaro, j. 12.12.90, v.u., DJU 4.3.91, pág. 1.981).

"A nulidade dos atos decisórios da Justiça que se declara incompetente opera de modo automático" (RTJ 128/624).

De modo que se requer seja tida a Justiça Laboral como incompetente para o exame desta reclamatória e, por isso, mesmo sejam os autos enviados à Justiça Federal.

**PRECEPTIVOS PREQUESTIONADOS: ART. 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 113, § 2º, DO CPC E ARTS. 652, INCISO III, E 769, DA CLT**

**II.1.b) Por ser o decisório objugado *extra petita*, posto que concedeu a responsabilidade subsidiária por fato diverso do postulado na exordial:**

A petição inicial tão-somente pleiteia a responsabilidade subsidiária com supedâneo no Enunciado nº 331, IV, do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

Tanto isso é verdadeiro que, nesta oportunidade, traz-se à colação excerto da referida exordial, *litteris*:

"Assim, tendo o segundo reclamado se beneficiado dos serviços executados pelo reclamante, nada mais justo que o mesmo concorra com o pagamento do crédito trabalhista devido ao último, em caso de inadimplemento da primeira reclamada".

Já, por outro lado, a sentença, para dar ganho de causa ao obreiro neste tocante, baseou-se em **falta de licitação para a contratação da primeira reclamada**.

Ora, a par de olvidar que inexistiu, efetivamente, licitação, mas isso após um processo regular de sua dispensa, como, aliás, prevê tal hipótese o art. 24 da Lei nº 8.666/93, desbordara do *punt facti* esboçado na peça inaugural.

Não fosse isso suficiente, mister deixar bem ressaltado que a Junta buscou uma causa, um fato título, diferente do esboçado na exordial e, com isso, malferiu os arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil, aplicáveis, todavia, à espécie por imperativo do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Segundo a boa jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem-se que:

"É nula a sentença que, afastando-se dos limites da demanda, não aprecia a causa posta, **decidindo-a em função de dados não discutidos no processo**" (3ª Turma, REsp. 29.099-8-GO, rel. Min. Dias Trindade, j. 15.12.92, deram provimento, v.u., DJU 1.3.93, pág. 2.513 – sem destaques na fonte).

Por amor à clareza, é de se inquirir: onde, anteriormente à sentença, houvera, no feito, qualquer alusão à **inexistência de licitação como sendo o fato típico da indução de uma culpa 'in eligendo' do INSS**? Em lugar algum é a resposta. Então, como o ato sentencial poderia ter se valido de tal *thema decidendum* alienígena (para não dizer: alienado)?

Posto isto, requer seja anulada a sentença, com a ordenação de que se profira outra, uma vez que a mesma é nula *pleno iure*, por estar forrada em cima de fatos não agitados por nenhum dos litigantes.

**NORMATIVOS FEDERAIS PREQUESTIONADOS: ARTS. 128 E 460, AMBOS DO CPC, APLICÁVEIS POR SUBSIDIARIEDADE, ART. 769 DA CLT**

**II.1.c) Por estar o decisório apartado dos princípios do devido processo legal e do contraditório, já que valeu-se de fato título não**

**manifestado por nenhum dos demandantes, dando azo a cerceamento de defesa do INSS:**

A Junta, ao assentar que a responsabilidade subsidiária do INSS deveu-se à **inexistência de licitação**, maculou os mais comezinhos regramentos jurídicos.

Em primeiro lugar, não fora precedida de licitação a contratação da prestadora de serviços de limpeza, porém, isso deu-se após um processo administrativo regular de sua dispensa, a qual, sabidamente, está contemplada no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Ora, como pode a justiça laboral, sem sequer atentar-se para epígrafe dos contratos juntados no feito trabalhista pelo INSS, quando da defesa, onde se tem o móvel da dispensa do certame, imputar-lhe uma modalidade culposa, que, em momento algum, fora ventilada pelo obreiro em sua exordial? Já se pode, em termos de um processualismo moderno, de cunho nitidamente constitucional, consagrar-se a surpresa para o litigante-reclamado?

Como pensar-se na validade desta sentença, se, no tocante à indigitada culpa **in eligendo em decorrência da ausência de licitação**, o INSS somente veio a descobrir este tópico no ato sentencial? Onde, efetivamente, poderia a autarquia supor que tal item seria tocado aferido pela r. Junta, se a parte-reclamante, em momento nenhum da sua peça inicial, a tanto fez menção? É possível condenar-se alguém, criando-lhe um gravame jurídico, sem oportunizar-se, especificamente sobre o ponto que será o nó górdio da sentença, as portas para um regular e efetivo contraditório?

Ora, o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Carta da República), naturalmente, não é uma norma constitucional para enfeitar a *Lex Legum*, mas sim, para explicitar que todo o processo, seja ele penal, civil ou trabalhista, haverá de guardar pertinência com os traçados procedimentais peculiares, ensejando, evidentemente, que a sentença seja o produto final, a síntese da tese do reclamante (art. 282, inciso III, do Código de Processo Civil) e antítese do reclamado, **e não uma caixa de surpresas!**

Não é à toa, inclusive, que o magistrado e escritor, RUI PORTANOVA, em seu livro intitulado 'Princípios do Processo Civil', Ed. Livraria do Advogado, 1995, pág. 231, traz à liça a preleção seguinte:

"A sentença não pode julgar fora do que está em causa conforme suscitado pelas partes. Nem alterar o tema proposto e decidir fora das raízes da demanda. O juiz não pode conhecer o que não foi solicitado, ou seja, apreciar quaisquer controvérsias, quaisquer questões fora do que foi postulado pelas partes, **tal como levar em consideração fatos jurídicos que não foram deduzidos pelas partes**" (sem negrito no original).

De mais disso, esclarecedora, também, a lição de ARRUDA ALVIM, na obra 'Manual de Direito Processual Civil', vol. II, Ed. RT, pág. 4ª ed., pág. 378, ao alvitar que:

"... se o autor faz o pedido 'x' baseado na causa de pedir 'x', e, se o juiz conceder o "mesmo" pedido 'x' pela causa de pedir 'y', não estará, na verdade, concedendo o mesmo pedido".

Repisa-se: no feito em tela, sabidamente, o juiz reconheceu a responsabilidade subsidiária por causa da **inexistência de licitação para a contratação da empresa de limpeza, primeira reclamada**. Ora, o ponto 'licitação como a provável exculpadora da culpa', ou, de revés, a sua ausência como assacadora da culpabilidade, em momento algum fora ventilado pelo obreiro na sua petição inicial.

De efeito, qual o prejuízo que acomete o INSS, em vista da sentença ter reconhecido uma **questão não proposta no litúgio**? Nada mais, nada menos que a malversação dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Carta Magna) e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Lei das Leis).

Neste tocante, de igual forma, está a asserção doutrinal de ARRUDA ALVIM, na obra dantes citada, pág. 377, ao escandir que:

**"A sentença 'extra petita' viria a subtrair ao réu a legítima possibilidade de se ter defendido**, pois não teria ele tido a oportunidade de manifestar-se sobre o que viria a ser decidido..." (sem as reticências e os negritos na fonte).

Portanto, a r. Junta, ao trazer à baila fato não alegado pela parte-reclamante, qual seja, *a ausência da licitação como indutora da culpa do INSS*, deturpou a lisura do procedimento preestabelecido em lei, dando vazão à ofensa do princípio do devido processo legal.

Nesta trilha, igualmente, está o escólio doutrinário de EMERSON ODILON SANDIM, no livro 'O Devido Processo Legal na Administração Pública (com enfoques previdenciários)', Ed. LTr, 1997, pág. 80, ao registrar que:

"Todo procedimento possui um *modus procedendi* pré-fixado em lei. **Qualquer desconformidade a essa moldura, como se percebe, malversará o princípio do devido processo legal**" (o negrito não consta no texto original).

Todavia, no que atina à ofensa do princípio do contraditório, basta visualizar que, no que tange à questão da *inexistência da licitação como fato*

*geratriz de uma virtual culpa*, tal ponto restou não debatido pelos litigantes, visto que ele somente sobreveio na sentença.

Ora, sobre a contextura do contraditório, busca-se, novamente, a ensinância de EMERSON ODILON SANDIM, obra citada, pág. 79, onde pontifica que;

"A conceptualização do princípio em comento é perceptível sob estas angulações: a) conhecimento integral da existência de uma manifestação em que é veiculada em desfavor de alguém; b) **irrestrita possibilidade de reação a tais atos possivelmente prejudiciais**" (apôs-se o negrito).

Visto por esta ótica a questão, como poderia o INSS supor que, para a consagração da responsabilidade subsidiária, a sentença iria basear-se na **falta de licitação**, sem sequer mencionar o porquê de que a mesma seria imprescindível e nem invectivar que a sua dispensa (do certame) não seria aplicável à espécie. Ora, onde a autarquia teve conhecimento deste tópico: 'implicações jurídicas da ausência de licitação como fato gerador de uma culpa *in eligendo*', antes do ato sentencial?

Se a parte tivesse que defender-se de tudo numa ação judicial, fugindo do *thema decidendum*, o processo seria o maior consagrador de injustiças e surpresas. A tanto, veja este exemplo: numa ação de ressarcimento de danos em virtude de um acidente automobilístico envolvendo, como fato-título, a invasão de um dos automóveis na pista de rolamento do outro, a sentença, para exculpar o réu, quem sabe, poderia alegar que houve rompimento da barra de direção, que a borracha do pneu dianteiro soltou-se antes do sinistro, etc, sem que tais pontos, em momento algum, tenham sido debatidos nos autos. E, neste mesmo raciocínio, o autor para ganhar a ação, desde logo, haveria de prever uma infindável gama de elucubração cerebrina do julgador e, com isso, adeus princípio do debate. O melhor a ser feito, *data venia*, se assim fosse o rumo do processo, que o autor consultasse os mais modernos serviços místicos, postos à sua disposição pela mídia, antes de incoar o processo judicial! Seria, sem qualquer intenção galhofa, a consagração da interdisciplinariedade máxima: **a mística a serviço do Direito!**

Acontece, todavia, nobres julgadores, que a contratação, pelo INSS, da primeira reclamada deu-se sem licitação por motivo de força maior, isto porque o processo do certame, que havia sido aberto, fora anulado, criando a necessidade, impostergável, da contratação emergencial de uma empresa de limpeza, visto que, do contrário, as dependências do instituto se tornariam impróprias ao trabalho e ao atendimento de seus segurados, dado que nenhum dos agentes públicos da Previdência Social tem o dever funcional de proceder com tais serviços.



Assim sendo, como se entremostra do documento em anexo, outra solução não restou, senão a da contratação emergencial, que, sabidamente, por força do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, autoriza a **dispensa de licitação**.

Sobre a dispensabilidade de certame, em caso que tal, busca-se a lição de HELY LOPES MEIRELLES, em sua imemorial obra 'Direito Administrativo Brasileiro', Malheiros Editores, 19ª ed., pág. 254, que assim registra:

"A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, **exigindo rápidas providências da Administração para debelar ou minorar suas conseqüências lesivas à coletividade**" (destacou-se).

Ora, será que deixar um ambiente sujo e malcheiroso não afeta à incolumidade e a segurança das pessoas que por ali transitarem? Seria factível, mesmo frente a uma ordem de coisas de tal jaez, que se aguardasse um processo licitatório? Obviamente que a dispensa era – e é – em caos tais, a melhor – e única – saída!

O INSS, na contestação não juntou o documento que ora se aboja porque o tema 'inexistência de licitação' não fora proposto pelo empregado, como sendo o fato basilar para se imputar a responsabilidade subsidiária à autarquia e, sabidamente, tal tema somente surgiu com a prolação da sentença. Logo, nas fases transatas, a Previdência Social estava desobrigada de trazer este tópico à lume, porque, a seu juízo, este ponto (ausência de licitação) não seria, nunca, o fundamento jurídico basilar do ato sentencial.

De efeito, o documento que ora se junta, e também a argüição dos fatos que entremostam a legalidade da dispensa de licitação, são ventilados neste recurso, porque, antes dele, inegavelmente, o recorrente estava impedido de fazê-lo, dado que, insista-se, não era o móvel da responsabilidade subsidiária almejada pelo obreiro, em sua petição inicial.

*A contrario sensu*, é bem agasalhável à espécie este julgado:

"Em apelação não é possível alegar fato velho, **de conhecimento anterior à contestação**, não articulado nesta" (JTA, 16/289 e 152/99; sem negrito no original).

Onde a sentença preocupou-se com o porquê da dispensa de licitação? Onde, anteriormente à ela, pôde o INSS mostrar a legalidade da dita dispensa? Como, então, imputar-lhe uma culpa, motivadora de uma

responsabilidade subsidiária, frente a um fato, onde não se teve a mais mínima abertura de defesa?

Pode, destarte, ser juntado o documento que acompanha este recurso, nesta fase procedimental, por força do gizado no art. 517 do Código de Processo Civil, incidível no caso testilhado por ordem do art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Em arremate, destarte, pugna-se pela nulificação da sentença, dado que, ao tocar na questão da licitação como sendo a causa geratriz da culpa *in eligendo* do INSS, abordou tópico não questionado no feito, malferindo, às escâncaras, o sagrado direito constitucional de defesa ampla, que havia de guarnecer a Autarquia, por ser um imperativo do processualismo publicista que grassa o nosso País.

**NORMAS PREQUESTIONADAS: ART. 5º, INCISOS LIV E LV, DA CARTA FEDERAL E ARTS. 517 DO CPC E 769 DA CLT**

**II.1.d) O fato da sentença, ao entender que a falta de licitação ocasionou a eclosão da culpa *in eligendo* do INSS, não ter explicitado o porquê do dito certame se fazer indispensável, sob qualquer condição, na espécie:**

A sentença, textualmente, enfatiza que: "... licitação não foi procedida e a segunda reclamada agiu com culpa *in eligendo* ao pactuar prestação de serviços com pessoa jurídica economicamente inidônea" (sublinhou-se).

Em que lugar, o ato sentencial explicitou o porquê da não-ocorrência da licitação? Onde, o provimento jurisdicional, entremostrou qualquer eiva que, no caso em tela, desautorizaria a dispensa de licitação, consagrada no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93?

Qual, enfim, foi o móvel que levou a egrégia Junta a entrever a imprescindibilidade absoluta de licitação, no caso concreto?

Ora, no tangente à **ausência de licitação como o fato gerador da culpa do INSS**, padece de motivação o ato sentencial, haja vista, por exemplo, a total falta de explicitação sobre ser ou não a dispensa de licitação, levada a efeito em processo administrativo regular, portadora de alguma vicissitude, que, aí sim, poderia induzir a autarquia na laboração da culpa. Ou seja, em momento algum a sentença objurgou a legalidade da dispensa da licitação, tão-somente, passando-se ao largo de um ato administrativo válido, para concluir pela 'inexistência de licitação' e, frente a isso, assacar a pecha de culpado à Previdência Social.

E, sabidamente, motivar o decisório é um dever constitucional (art. 93, inciso IX, da Carta Federal), e, mais que isso, há de, para cumprir tal desiderato, trazer à baila todos os argumentos que levaram à formação da convicção do juiz, não bastando, portanto, que se dê um *veredicto* sem a necessária informação de todo o caminho lógico que se percorreu para se chegar à ele.

E, insista-se, donde a correlação lógica entre a ausência de licitação (cuja dispensa fora pautada dentro dos parâmetros do art. 24 da Lei nº 8.666/93 – mas silenciado tal ponto pela sentença) e a culpa imputada ao INSS? Se fosse assim, todas as vezes que se dispensasse – legalmente – uma licitação, estar-se-ia propendendo à penalização da Administração Pública ante à uma eventual responsabilidade subsidiária.

Ora, se assim se desse, com certeza, a lei das licitações, amplamente favorável ao Ente Público, ao criar as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação (arts. 24 e 25), por outro lado estaria deixando uma brecha para a que a própria Administração Pública se visse compelida a figurar em pólo passivo de demandas trabalhistas, como responsável subsidiária. Isto, naturalmente, seria um absurdo, porque, quando se dispensa o certame, é que a dita prática mostra-se mais conveniente e oportuna para o próprio erário público, Logo, nenhuma modalidade de prejuízo, com isso, poderá advir, a menos que se entenda uma antinomia legal.

Em realidade, então, a sentença ao afastar a existência da licitação e, com isso, extrair a culpa do INSS, sem fazer qualquer menção ao processo de dispensa do certame, deixou de motivar, explicar, fundamentar, a causa originária do suposto comportamento antijurídico da autarquia e, por isso mesmo, neste tanto, contagia-se do vício de nulidade.

O dever de motivar os atos sentenciados, a par de ser uma garantia do cidadão frente a um Estado Democrático de Direito, é um preceito processual (arts. 165, primeira parte, e 458, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, apontados à hipótese trabalhista em decorrência do art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas).

Colhe-se, por oportuno, a lição de NÉLSON NERY JÚNIOR, em seu livro ‘Princípios do Processo na Constituição Federal’, Ed. RT, 1992, pág. 156, onde averba que:

"Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de **fato** e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação ‘substancial’ e não meramente ‘formal’, donde é lícito concluir que **o juiz deva analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão**" (sem qualquer negrito no texto original).

A sentença, valendo-se de fato estranho à lide, simplesmente decretou a responsabilidade subsidiária em face da ‘ausência de licitação’. Não quis ela evidenciar a razão de que a dispensa da mesma (licitação) teria sido fraudulenta, e, nem tampouco, interessou-se em buscar a verdade real, meta última de qualquer processo judicial hodierno.

Enfim, porque a Junta entendeu que ‘a ausência de licitação’ realmente imputava culpa à autarquia? Sabia a egrégia Junta, por acaso, que, inobstante a dispensa do certame, foram colhidas propostas entre outros interessados, buscando-se melhores condições de preço e qualidade do serviço, como sói demonstrado no documento em anexo?

Repisa-se: como o INSS, no curso do processo, a bem dizer na sentença, iria saber que a ‘ausência de licitação’ realmente seria o fato nodal para imputação da culpa? Ora, nos próprios contratos que abojou, quando da resposta, têm, em suas epígrafes, o número do processo administrativo que gerou a dispensa licitatória. Então, se a r. Junta entendesse que melhor deveria ser esgotada a questão da ‘ausência de licitação’ – não suscitada pelas partes - porque não baixara em diligência o processo trabalhista, ordenando-se ao INSS que apresentasse as razões fático-jurídicas da dispensa do prefalado certame, quando da contratação da primeira reclamada?

Por derradeiro, para, ao que se percebe, concluir pela ilegalidade da contratação, a sentença tão-somente diz isso: "licitação não procedida". Porque será que ela [licitação] não se implementou? A sentença, em momento algum, a isso dá a resposta e fez de tanto tábula rasa.

A ausência de motivação do decisório, destarte, é flagrante, e por isso mesmo acoima o provimento jurisdicional de nulidade.

Valendo, por isso mesmo, citar este excerto jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim vazado:

"Bem diversa da sentença com motivação sucinta é a sentença sem fundamentação, que agride o devido processo legal, essencial ao processo democrático" (4ª Turma, REsp. 18.731-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 22.5.92, deram provimento, v.u., DJU 30.3.92, pág. 3.993).

Ante ao expendido, requer-se a nulificação da sentença, haja vista a sua completa fundamentação acerca da ausência de licitação como sendo a motivadora da culpa *in eligendo* do INSS.

**REGRAMENTOS PREQUESTIONADOS: ART. 93, INCISO IX, DA CARTA DA REPÚBLICA E ARTS. 165 E 458, INCISO II, DO CPC E ART. 769 DA CLT**

**II.1.e) Ter a sentença ofendido o princípio dispositivo, invalidando-se, obliquamente, um ato administrativo regular que tem a lhe garantir o princípio da legitimidade – incompetência da Justiça Laboral para esta nulificação de contrato administrativo e processo licitatório:**

Ora, se a Junta concluiu que a falta de licitação fora a causa da culpa *in eligendo* da contratante, naturalmente está dizendo que a contratação fora fraudulenta. E, ao que se percebe, esta foi a intenção da r. sentença, basta ver que, em sua parte dispositiva, ordena seja o *parquet* federal oficiado para viabilizar a sindicância de responsabilidades funcionais em vista da ausência do processo licitatório.

De efeito, ao que se percebe, a dispensa da licitação sequer foi sopesada pela egrégia Junta, que não se dignou em observar que os contratos traziam a locução: "dispensa de licitação/contratação emergencial".

Inobstante isso, entendeu a Junta que a Administração Pública – o INSS, na espécie – teria pautado divorciadamente da legalidade. Mas, infelizmente, não se sabe como a Junta chegou a esta conclusão, mas que chegou, chegou!

É de se inquirir o seguinte: os atos administrativos não têm, como predicamento a lhe subsumir intrinsecamente, a presunção de legitimidade?

Confira-se, por calhar à fiveleta, o escólio doutrinário de DIÓGENES GASPARINI, no livro 'Direito Administrativo', Ed. Saraiva, 4ª ed., pág. 72, onde está pontificado que:

**"Presunção de legitimidade. É a qualidade que tem todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito.** Milita em seu favor uma presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade (...) **A Administração Pública, em face desse princípio, não tem necessidade de realizar, em relação ao ato praticado, qualquer prova de sua veracidade ou legalidade, salvo quando contestado em juízo ou perante o Tribunal de Contas...**" (as reticências e os destaques não se apresentam no original).

Como pôde, ainda assim, a Junta, no ato sentencial, retirar a validade, embora sem a isso se referir, da dispensa da licitação? Como pôde, embora sem menção clara à tanto, ter como ilegal a ausência de licitação, com oficiamento ao Ministério Público Federal?

Tal comportamento da Junta, além de violentar, pisotear, achincalhar o *princípio dispositivo* (art. 2º do Código de Processo Civil), malversou, identicamente, o contido no art. 334, inciso IV, também do lei processual civil.

Não deve a Junta, deste modo, sair à cata de fatos não alegados e, frente a eles, basear a sua sentença. Ainda não se está, no Brasil, frente a um sistema totalitarista.

Bem por isso, o Professor Ernane Fidélis dos Santos, em sua obra 'Manual de Direito Processual Civil', vol. 1, Ed. Saraiva, 1996, pág. 36, obtempera que:

"O juiz, porém, não está autorizado a buscar, por si mesmo, a lide ou a pretensão insatisfeita, para julgá-la ou realizá-la, pois que elas só se manifestam juridicamente, no processo. **Para o Estado-Juiz só há litígio, lide, ou pretensão insatisfeita, quando o interessado os submete ao Poder jurisdicional**" (sem negrito na fonte).

Mas não, a egrégia Junta, ao seu sabor, traz para lide fatos não alegados por ninguém...

E, sobremais disso, por estar em jogo, caso a dispensa da licitação tivesse se pautado pela ilegalidade, interesses de autarquia pública federal, competente para analisar e julgar tal questionamento, como é curial, seria a Justiça Comum Federal, por exigência do art. 109, inciso I, da Carta Política, nunca, pois, a Justiça Laboral.

Não é sem razão, portanto, que a Professora ODETE MEDAUAR, em seu 'Direito Administrativo Moderno', Ed. RT, 1996, pág. 230, leciona que:

"Controle jurisdicional, **provocado mediante interposição de ações diversas**, p. ex. mandado de segurança, ação popular, ação ordinária. A Lei n. 8.429/92, fixa processo jurisdicional para ação ordinária, intentada pelo Ministério Público ou procuradoria do órgão, em caso de frustração de licitude de processo licitatório ou **dispensa indevida**, caracterizados como improbidade administrativa" (sem negrito no original).

Ora, a Junta exorbitou de sua competência, negando eficácia a um ato administrativo, sem, sequer dar-se ao trabalho constitucional de a tanto motivar, e, de igual modo, tal conduta redundante, naturalmente, na pecha de abuso de poder.

Para comprovar esta assertiva, novamente, vale-se dos ensinamentos do saudoso HELY LOPES MEIRELLES, em sua já citada obra, pág. 96, assim estabelecidos:

"O gênero abuso de poder ou abuso de autoridade reparte-se em duas espécies bem caracterizadas: o excesso de poder e o desvio de finalidade.

**Excesso de poder – O excesso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades..."** (sem destaques na fonte).

Enfim, a competência da Junta, como é consabido, restringia-se somente à questão laboral, jamais podendo dela extrapolar, para, obliquamente, acabar negando validade e legitimidade a um ato administrativo, como, em síntese, restou materializado nesta reclamatória trabalhista.

Posto isto, pugna-se, igualmente, pela anulação da sentença, visto que, no tocante à questão da ausência da licitação como indutora de culpa *in eligendo*, extrapolou a sua competência e, por isso mesmo, fora produto de um lídimo ato de abuso de poder, agredindo o princípio dispositivo (art. 2º do Código de Processo Civil).

**PRECEITOS LEGAIS PREQUESTIONADOS: ARTS. 37 E 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 2º DO CPC E ART. 769 DA CLT**

**II.1.b) Dos flagrantes prejuízos trazidos ao INSS pela sentença ora invectivada:**

O que restou violado pela sentença, como se vislumbra, são normas de ordem pública, cogentes, já que a maioria delas, inclusive, materializam verdadeiros princípios, como, à guisa de exemplo, dá-se com o devido processo legal, com o contraditório e com o respeito ao cânone do dispositivo.

De efeito, e mesmo assim negar-se que a violentação a tais preceitos legais, perpetrada pela sentença recorrida, será renegar todo o sistema constitucionalista que acoberta o processualismo como um todo, não ficando ao desabrigo disso o trabalhista.

Logo, o prejuízo ao INSS é manifesto, posto que, ilegalmente, está sendo colocado como responsável subsidiário, mesmo tendo sido tomadas as diligências que cercaram a dispensa do certame. Ainda assim, sem se dar chance de defesa à autarquia e desfundamentadamente, a sentença atribuiu-lhe a culpa *in eligendo* em vista da "ausência de licitação".

Portanto, a nulidade da sentença é a única medida, justa e legal, cabível, por imperativo, inclusive, do gizado no art. 794 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Para finalizar, contudo, merece não ser deslembrada a ensinança de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, em sua obra 'Curso de Direito Processual do Trabalho', Ed. Saraiva, 13ª ed., pág. 205, assim muito bem enfocada:

"Assim, o processo trabalhista não é formalista. **Não quer isto significar a subversão das suas formas**" (o negrito restou apostro pela recorrente).

## **NORMA DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PREQUESTIONADA: ART. 794**

### **II.2 – Do mérito recursal:**

Na hipótese de não vingar a preliminar de nulidade da sentença, o que se admite apenas para argumentar e com foros defensivos, traz-se à lume os fundamentos jurídicos abaixo que apontam pela reforma da venerável sentença.

Eis, pois, as casuísticas:

#### **II.2.1 – Da impossibilidade jurídica do pedido no que atina à segunda reclamada, bem como da ilegitimidade passiva desta, haja vista que, sem prévio concurso público, jamais forma-se vínculo empregatício:**

Ora, em primeiro lugar, mister deixar assentado que se se entrever a responsabilidade subsidiária, almejada pelo reclamante, quanto à contestante, naturalmente, e por vias transversas, estar-se-á admitindo o ingresso de alguém, como funcionário da Administração Pública, ao largo dos parâmetros constitucionais do concurso público.

E, de igual forma, ainda que se faça, como fez a Junta, dizendo não haver vínculo empregatício, mas, mesmo assim, ser o INSS responsável subsidiário, estar-se-á, ainda que implicitamente, admitindo um liame entre o obreiro e Administração Pública, já que esta última poderá ser compelida a solver àquele verbas de cunho salarial. E, neste caso, também está malsinando a regra do art. 37, inciso II, da Carta Política da Nação.

Assim sendo, uma conclusão torna-se inescandível, qual seja, impossível, em situação que tal, qualquer que seja a angulação, que haja formação de vínculo empregatício da segunda reclamada com operários da primeira requerida. O objeto, então, da faina laboral dá-se, unicamente, entre o reclamante e a primeira reclamada, sendo, pois, o INSS, em qualquer caso, impedido constitucionalmente de estar presente na lide, por força do já



citado dispositivo Constitucional que exige o ingresso no Ente Público mediante a feitura de concurso.

Nesta senda, como não poderia deixar de ser, está o posicionamento jurisprudencial, como se confere deste aresto:

"A norma constitucional que proíbe a contratação sem concurso público não necessita de disposição sancionadora – cominação de nulidade. Esta resulta, no campo constitucional, da só desobediência. O conceito de que é nulo não produz efeito é quase um truísmo" (Repertório IOB Jurisprudência, verbete 2/12531).

Razão pela qual, inclusive, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, em seu Enunciado nº 331, item III, assenta que:

"Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (...), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador..." (as reticências não figuram na fonte).

Desta feita, a Junta, na sentença, ao dizer que o pedido não é juridicamente impossível, porque não restaria vedado pela lei, laborou em equívoco palmar. Ora, se não há relação empregatícia entre o obreiro e a reclamante, identicamente, falta qualquer causa para gerar a alvitrada responsabilidade subsidiária intentada por aquele, já que somente haveria responsabilização se houvesse vínculo laboral.

Ora, há, destarte, um claro normativo constitucional (art. 37, inciso II) que veda qualquer pretensão de laboristas em desfavor da Administração Pública, em caso que esta figure como tomadora de serviços. E mesmo assim, poder-se-ia, em nome de um direito abstrato que orna o instituto da ação, como quis a sentença, ter-se o caso como sendo de pedido juridicamente possível em relação ao INSS?

É claro que não, porque seria inviável a existência de um processo, contra uma determinada parte, que, sabidamente, não redundará em nenhuma forma de atendimento da pretensão de direito material. Esqueceu, portanto, a Junta, que, deveria estudar um pouco mais da matéria processual, que o instituto processo é um meio e não um fim em si mesmo, ou seja, se ele não tem o que atender, inexistirá a sua razão de ser.

Porque, em realidade, quem bem fala de pedido juridicamente impossível, este sim estudioso do processo e não um mero jurista de plantão, é ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, obra citada, págs. 46 e 47, ao verberar que:

"Nenhuma correspondência há entre as condições da ação e a existência do direito. As condições da ação examinadas exclusivamente do ângulo processual. Não se faz mister que o direito pleiteado existe, para que a parte tenha ação. **No entanto, se o processo é instrumento de composição das lides e de efetivação do direito, sem razão fica o exercício da ação, quando o pedido, a providência invocada pelo autor não tem permissibilidade em abstrato, no ordenamento respectivo**" (destacou-se).

E, agora, no que tange à ilegitimidade passiva *ad causam*, merece, igualmente, reforma a r. sentença. Isto porque, naturalmente, se é vedado o direito material de se questionar responsabilidade subsidiária frente à Administração Pública, quando é ela tomadora de serviços, haja vista que, para o seu âmago funcional, somente adentram aqueles que lograrem ultrapassar os umbrais de um concurso público, resta, obviamente, despida de legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas trabalhistas.

Sobre a vera conceituação de legitimidade de parte, novamente comparece o consagrado processualista, ARRUDA ALVIM, obra citada, vol. I, pág. 235, anotando que:

**"é definida em função de elementos fornecidos pelo direito material** (apesar de ser dele, existencialmente, desligado" (o negrito não figura no texto original).

Em caso similar, a seu turno, as cortes trabalhistas não destoaram do acima exposto, onde foi mantida a sentença da Junta que afastou da lide o Ente Público, pois veja-se:

**"EMENTA – CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. E. 331 DO TST. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

Não obstante considere de suma importância a preservação dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho – máxime o tuitivo, sobre o qual certamente foi inspirado o inciso IV do Enunciado 331 do TST -, vejo esta orientação jurisprudencial direcionada aos contratos de prestação de serviços estritamente de natureza civil, visto serem os firmados com entes públicos de natureza administrativa – contratos administrativos – sujeitos à legislação específica, hoje Lei nº 8.666/93, antes Dec-Lei 2.300/86. Estes, embora subsidiados pela legislação do direito privado – art. 54 da Lei nº 8.666/93 -, consignam a responsabilidade dos encargos trabalhistas pelo contratado, e, especificamente, a última lei agracia a incomunicabilidade de tais responsabilidades entre os contratantes – art. 71, § 1º. Inexiste norma que nos permita afastar tal imperatividade" (cf. 1ª Turma do TRT da 10ª Região, R0 2.136/95, rel. Juíz Terezinha Célia Kineipp Oliveira, j. 27.8.96).

Logo, a sentença malversou, claramente, o art. 71 da Lei nº 8.666/93, a par do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, não excluindo da lide trabalhista em apreço o INSS.

Pugna-se, pois, pela carência da ação, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente por força do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.

**LEGISLAÇÃO PREQUESTIONADA: ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO, ART. 71 DA LEI Nº 8.666/93, ART. 267, INCISO VI, DO CPC E 769 DA CLT**

**II.2.2 – Da impossibilidade de responsabilidade subsidiária em face do tomador de serviço, quando este for a Administração Pública:**

O contrato de Empreitada existente entre a primeira e a segunda reclamadas, deixa claro que a responsabilidade de vínculos laborais é exclusiva – e ilimitada - da primeira requerida (cf. cláusulas 11ª - Das Responsabilidades Contratuais – alínea "f").

Mesmo porque, se assim não o fosse, estar-se-ia cometendo uma flagrante ilegalidade, ou seja, admitindo-se que alguém fizesse parte dos quadros de uma autarquia pública federal sem o rigor de um certame público. Sem contar, também, que o art. 71, da Lei nº 8.666/93, giza ser de responsabilidade do contratado os encargos trabalhistas.

Neste mesmo rumo, por sinal, vem a jurisprudência laboral, como se infere deste julgado:

**"EMENTA – EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS – RESPONSABILIDADE – LEI 8.666/93.**

A inadimplência das empresas que utilizam o mecanismo da intermediação de mão-de-obra, quanto aos encargos oriundos da relação de trabalho com seus empregados, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, segundo dispõe o art. 71 e § 1º da Lei nº 8.666, de 21.06.93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal" (3ª Turma do TRT da 10ª Região, RO 4.170/93, rel. Juiz Bertholdo Satyro, j. 26.09.95).

Não se tem dúvida, por outro lado, que não houve licitação, e esta poderia ser a objeção.

Acontece, todavia, que houve dispensa – legal – da licitação, face à emergência que o caso requeria, como, aliás, deflui-se do documento em

anexo, que, sabidamente faz-se necessário a sua juntada nesta fase recursal, posto que o assunto não foi debatido na instância primeira.

Enfim, se a dispensa de licitação foi motivada, o que induz legitimidade, dado tratar-se de um ato administrativo, que, sabidamente, tem este predicamento até prova em contrário, e, depois disso, foram tomados preços de outras empresas, e, na oportunidade, a contemplada, por trazer mais vantagens à Administração Pública, foi a primeira reclamada, não se pode, então, imputar culpa *in eligendo* ao INSS.

Ora, no momento da contratação com a primeira reclamada, naturalmente, era ela solvável. Não se podendo penalizar a Administração, que, se assim o fosse, haveria de possuir dons de onisciência... E, às escâncaras, no dia-a-dia, se vêm ruindo empresas de nome, aliás, ultimamente, nos EUA, inclusive, quebrou um dos maiores bancos. Porque, neste feito, a realidade haveria de ser outra?

Não é à toa, inclusive, que este Sodalício, muito sabiamente, decidiu que:

"... não se detectando, outrossim, a presença da culpa *in eligendo*, pois se à época em que os reclamados contrataram-se mutuamente foram observadas as normas do processo licitatório, **não poderia a empresa–contratante prever que, empós, em face da contratada seria decretada a sua falência** (R0 1.963/95, rel. Juiz Roberto Benatar, j. 15.6.96; apôs-se negrito).

Logo, julgar-se de modo diverso da generalidade dos tribunais pátrios é, com certeza, dar ensanchas a uma malversação de lei federal, oportunizando-se, com isso, a interposição de recurso de revista (cf. art. 896, alínea "c", da Consolidação das Leis do Trabalho).

De efeito, não se tem como não proceder a reforma da sentença, que, como se percebeu, desviou da melhor jurisprudência, a par de que, sabidamente, extraiu uma culpa *in eligendo*, em desfavor do INSS, manifestamente inócurre.

**PRECEITOS NORMATIVOS PREQUESTIONADOS: ART. 37, INCISO XXI E ARTS. 24, IV, E 71, AMBOS DA LEI Nº 8.666/93**

### **II.2.3 – A sentença condenou o INSS em custas processuais:**

Na eventualidade de não ser provido o recurso, face às matérias precedentes, que seja o decisório revisado no tanto que abaixo se alinhará.

Ora, a Lei nº 8.620/93, em seu art. 8º, § 1º, giza que:

"O INSS é isento do pagamento de custas, traslados, preparos, certidões, registros, averbações e quaisquer outros emolumentos, nas causas em que seja interessado na condição de autor, réu, assistente ou oponente, inclusive nas ações de natureza trabalhista, acidentária e de benefícios".

Destarte, por decorrência de norma expressa, é que a Previdência Social não pode ver-se compelida a solver custas processuais e, mais que isso, não seria crível que os Poderes tributassem um ao outro, daí, como é curial, a gênese do preceptivo legal supradito.

Enfim, que seja reformada a sentença, alijando-se a obrigatoriedade do INSS em solver as ditas custas processuais, no importe de R\$ 30,00 (trinta reais).

**NORMA PREQUESTIONADA: ART. 8º DA LEI Nº 8.620/93**

---

**III – Do pedido:**

Ante o exposto requer se dignem Vossas Excelências em:

a) acolher a preliminar de nulidade, cassando a sentença investivada, ordenando-se à egrégia junta o proferimento de outra;

b) reformar a sentença:

b.1) dando-se pela carência da ação, excluindo-se o INSS da lide;

b.2) ou, se assim não se der, que haja o alijamento da responsabilidade subsidiária em face do INSS;

b.3) ou, na pior das hipóteses, que o livre da condenatividade das custas processuais.

....., 25 de setembro de 1998.

\* advogado em João Pessoa (PB) e procurador do INSS.

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=223>