



**14º ENCONTRO  
NACIONAL<sup>dos</sup>  
ADVOGADOS<sup>do</sup>  
SISTEMA INDÚSTRIA**

**PRÊMIO ENASI DE  
TRABALHO JURÍDICO – 2016  
SESI 70 ANOS**

---

**Teses inscritas**

**Autores**

- André Luiz de Carvalho Cordeiro
- Bruno Souza Barros
- Carlos José Kurtz
- Caroline Ferreira de Oliveira
- Christian Schramm Jorge
- Clayton Gomes de Medeiros
- Cynthia Cinara Carvalho Lima
- Eduarda de Melo Pereira
- Jean Alves Pereira Almeida
- Leticia de Oliveira Lourenço
- Lívia Gendorf Romualdo da Silva
- Marcus Miller Machado Sassim
- Mariana Barbosa Saliba
- Narjara Cheyenne Carmelo Andriet
- Natali Camarão de Albuquerque Nunes
- Regiane Ataíde Costa
- Tácio Cheab Ribeiro
- Thiago Duca Amoni
- Victor Tainah F. Dietzold



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO**  
**2016**  
**SESI 70 ANOS**

**CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI**

*Robson Braga de Andrade*  
Presidente

**Diretoria de Desenvolvimento Industrial**

*José Augusto Coelho Fernandes*  
Diretor de Políticas e Estratégia

**Diretoria de Relações Institucionais**

*Monica Messenberg Guimaraes*  
Diretora de Relações Institucionais

**SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI**

*João Henrique de Almeida Souza*  
Presidente do Conselho Nacional

**SESI - Departamento Nacional**

*Robson Braga de Andrade*  
Diretor

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti  
Diretor Superintendente

*Marcos Tadeu de Siqueira*  
Diretor de Operações

**SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI**

*Robson Braga de Andrade*  
Presidente do Conselho Nacional

**SENAI - Departamento Nacional**

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti  
Diretor Geral

*Julio Sergio de Maya Pedrosa Moreira*  
Diretor Adjunto

Gustavo Leal Sales Filho  
Diretor de Operações

**Instituto Euvaldo Lodi - IEL**

*Robson Braga de Andrade*  
Presidente do Conselho Superior

**IEL - Núcleo Central**

*Paulo Afonso Ferreira*  
Diretor-Geral

*Paulo Mól Júnior*  
Superintendente



*Iniciativa da CNI - Confederação  
Nacional da Indústria*

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
2016  
SESI 70 ANOS**



**Brasília  
2016**

© 2016. CNI - Confederação Nacional da Indústria  
© 2016. SESI - Serviço Social da Indústria  
© 2016. SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial  
© 2016. IEL - Instituto Euvaldo Lodi

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.  
As teses refletem o entendimento do(s) seu(s) autor(es) e não representam necessariamente a opinião das entidades instituidoras.

**Diretoria Jurídica - DJ**

---

#### FICHA CATALOGRÁFICA

---

C748p

Confederação Nacional da Indústria.

Prêmio ENASI de trabalho jurídico : 14º encontro nacional dos advogados do sistema indústria / Confederação Nacional da Indústria, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Serviço Social da Indústria. - Brasília : CNI, 2016.

316 p. : il.

1. Trabalho jurídico 2. Sistema Indústria - Advogados I. Título II. Título

CDU 34

---

#### **CNI**

Confederação Nacional da Indústria  
Setor Bancário Norte  
Quadra 1 - Bloco C  
Edifício Roberto Simonsen  
70040-903 - Brasília - DF  
Tel.: (61) 3317- 9001  
Fax: (61) 3317- 9994  
<http://www.cni.org.br>

*Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC*  
*Tels.: (61) 3317-9989 / 3317-9992*  
*[sac@cni.org.br](mailto:sac@cni.org.br)*

# SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 - REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS</b>	<b>13</b>
<i>André Luiz de Carvalho Cordeiro</i> <i>Carlos José Kurtz</i>	
1.1 Introdução	15
1.2 Do enquadramento sindical	15
1.3 O princípio da unicidade sindical	17
1.4 Do conceito de atividade preponderante	17
1.5 Das atividades exercidas pelas entidades do sistema “S”	18
1.6 O enquadramento das atividades das entidades do sistema “S”	20
1.7 Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho - TST específica sobre o tema	22
1.8 Conclusão	25
1.9 Bibliografia	26
1.10 Bibliografia adicional consultada	27
<b>2 - ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS NO ÂMBITO DO SESI/SENAI</b>	<b>29</b>
<i>Bruno Souza Barros</i> <i>Victor Tainah F. Dietzold</i>	
2.1 Introdução	31
2.2 A natureza privada dos contratos celebrados pelas entidades SESI/SENAI	31
2.3 A segregação de funções no processo de fiscalização de contratos e o princípio da eficiência	33
2.4 A regularidade fiscal e trabalhista à luz da atual jurisprudência do TCU e do STJ	34
2.5 Aspectos relativos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato	37
2.6 Sanções aplicáveis pelo inadimplemento contratual	43
2.7 Instrumentos de auxílio para uma adequada gestão e fiscalização de contratos	45
2.8 Conclusão	45
2.9 Bibliografia	46
<b>3 - AS DISPENSAS COLETIVAS E A AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA</b>	<b>47</b>
<i>Christian Schramm Jorge</i> <i>Narjara Cheyenne Carmelo Andriet</i>	
3.1 Introdução ao tema	49
3.2 A atual legislação sobre rescisão contratual (individual e em massa)	49
3.3 A convenção n. 158 da organização internacional do trabalho	53
3.4 Os pronunciamentos jurisprudenciais sobre dispensa em massa	57
3.5 As alternativas legais para a manutenção (ou prorrogação) de postos de trabalho	59
3.6 Conclusão	61
3.7 Referências bibliográficas	64

<b>4 - O RECONHECIMENTO E MANUTENÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”: UMA ANÁLISE SOB O ASPECTO DO PRIMADO DA IGUALDADE</b>	<b>69</b>
<i>Clayton Gomes de Medeiros</i>	
4.1 Introdução	73
4.2 Da finalidade do SESI e SENAI e os enquadramentos imunizantes	74
4.3 Da ampla isenção tributária	77
4.4 Da imunidade de impostos ou de tributos	78
4.5 Considerações finais	85
4.6 Referências bibliográficas	86
<b>5 - O CREDENCIAMENTO COMO FERRAMENTA PARA O CADASTRO DE PROFISSIONAIS E EMPRESAS PARA ATUAR NAS ÁREAS DO SESI</b>	<b>89</b>
<i>Cynthia Cinara Carvalho Lima</i> <i>Caroline Ferreira de Oliveira</i>	
5.1 Introdução	91
5.2 Do conceito	92
5.3 Fundamentação legal e finalidades do credenciamento	94
5.4 Decisões jurisprudenciais	95
5.5 Conclusão	101
5.6 Referências	102
<b>6 - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105/2015) AO PROCESSO ADMINISTRATIVO</b>	<b>103</b>
<i>Eduarda de Melo Pereira</i>	
6.1 Introdução	105
6.2 Exposição sobre o art. 15 do código de processo civil 2015. Histórico e conceituação	106
6.3 Lei do processo administrativo (nº 9784/99) e sua compatibilidade com o novo código de processo civil (nº 13.105/15)	108
6.4 Repercussão do novo código de processo civil no direito administrativo. Principais normas fundamentais processuais aplicáveis subsidiária e supletivamente ao processo administrativo	109
6.5 Considerações finais	123
6.6 Referências bibliográficas	124
<b>7 - O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O SISTEMA “S”</b>	<b>127</b>
<i>Jean Alves Pereira Almeida</i>	
7.1 Introdução	129
7.2 O sistema “S”	130
7.3 Do controle externo	133
7.4 Do princípio da transparência	135
7.5 Da lei nº 12.527/2011 - a lei da transparência	137
7.6 Da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO	137
7.7 Do acórdão nº 699/2016 - TCU	139
7.8 A busca da transparência como princípio sistêmico e orgânico das entidades	142
7.9 Conclusão	143
7.10 Bibliografia	144

<b>8 - ENQUADRAMENTO DO SENAI COMO INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE INOVAÇÃO E BENEFÍCIOS DA LEI Nº 13.243/2016</b>	<b>147</b>
<i>Leticia de Oliveira Lourenço</i>	
8.1 Introdução	149
8.2 Referencial teórico	150
8.3 Conclusão	159
8.4 Referências	160
<b>9 - FORMAS DE DINAMIZAR A EXECUÇÃO DOS CONTRATOS CELEBRADOS COM PESSOAS INTERNACIONAIS, EM RAZÃO DO CONFLITO DE LEIS</b>	<b>163</b>
<i>Livia Gendorf Romualdo da Silva</i>	
9.1 Introdução	165
9.2 Contratos em comércio exterior	165
9.3 Contratos para o SESI e SENAI	167
9.4 Soluções dos conflitos entre as normas e melhor execução contratual	171
9.5 Vantagens para o SESI e SENAI	175
9.6 Conclusão	176
9.7 Bibliografia	177
<b>10 - AS COMISSÕES INTERNAS DE APURAÇÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE DEFESA INSTITUCIONAL DO SESI/SENAI</b>	<b>179</b>
<i>Marcus Miller Machado Sassim</i>	
10.1 Contextualização histórica	183
10.2 Dos objetivos, regimentos e análises preliminares da comissão	184
10.3. Do embasamento legal da comissão interna de apuração	191
10.4 Conclusão	197
<b>11 - CONTRATAÇÕES DIFERENCIADAS, PELO SENAI, DE BENS E SERVIÇOS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO COM BASE NA LEI Nº 13.243/2016.</b>	<b>199</b>
<b>Proposta de Alteração do Regulamento de Licitações e Contratos - RLC.</b>	<b>199</b>
<i>Mariana Barbosa Saliba</i>	
11.1 Introdução	201
11.2 O conceito de ciência, tecnologia e inovação	201
11.3 A importância atual da ciência, tecnologia e inovação e das alterações trazidas pela lei nº 13.243/2016.	202
11.4 Da atuação do SENAI na Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I	203
11.5 Entraves criados pela legislação atual à efetividade das atividades desenvolvidas pelo SENAI	205
11.6 Proposta de alteração do regulamento de licitações e contratos do SENAI - RLC	209
11.7 Conclusão	215
11.8 Bibliografia	216

<b>12 - PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES QUE COMPÕEM O SISTEMA “S” EM LICITAÇÕES PÚBLICAS - ESPECIFICAMENTE O SESI E O SENAI</b>	<b>217</b>
<i>Natali Camarão de Albuquerque Nunes</i>	
12.1 Introdução	221
12.2 Da análise dos serviços sociais autónomos ou entidades integrantes do sistema “S”	221
12.3 Da natureza jurídica dos recursos provenientes das contribuições arrecadadas pelo sistema. Do dever do sistema “S” em prestar contas ao TCU	224
12.4 Da participação do sesi e do senai em licitações públicas. Acórdão nº 2917/2011 - TCU	228
12.5 Conclusão	235
12.6 Bibliografia	236
<b>13 - UMA REFLEXÃO SOBRE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E O SESI</b>	<b>237</b>
<i>Regiane Ataíde Costa</i>	
13.1 Introdução	239
13.2 Seguridade social	239
13.3 Reabilitação profissional	241
13.4 Reabilitação profissional e o SESI	252
13.5 Conclusão	258
13.6 Bibliografia	259
<b>14 - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE - MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b>	<b>261</b>
<i>Tácio Cheab Ribeiro</i>	
14.1 Introdução	263
14.2 A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil	266
14.3 Modelos de controle de constitucionalidade tutelados pela Constituição Federal de 1988. Controle difuso e controle concentrado	268
14.4 Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade	269
14.5 Posicionamento do supremo tribunal federal na reclamação constitucional nº 4335/AC	272
14.6 Perspectivas do novo Código de Processo Civil	274
14.7 Conclusão	275
14.8 Bibliografia	276
<b>15 - A MELANCÓLICA REALIDADE TRIBUTÁRIA BRASILEIRA</b>	<b>279</b>
<i>Thiago Duca Amoni</i>	
15.1 Intróito	283
15.2 Um breve relato do cenário brasileiro	284
15.3 O caótico sistema tributário pátrio	286
15.4 O problema vai muito além da tributação - as infundáveis obrigações acessórias	292
15.5 Conclusão	295
15.6 Bibliografia	296

<b>16 - ENQUADRAMENTO SINDICAL DOS INSTRUTORES DO SENAI</b>	<b>299</b>
<i>Victor Tainah F. Dietzold</i>	
16.1 Introdução	301
16.2 As distintas categorias profissionais dos instrutores e dos professores	302
16.3 A divergência jurisprudencial no âmbito do TST	306
16.4 O correto enquadramento sindical dos instrutores do SENAI e os mecanismos processuais adequados para a correção da jurisprudência de acordo com o novo CPC	309
16.5 Conclusão	314
16.6 Bibliografia	314



## APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho e satisfação que apresento a publicação das teses inscritas para o **Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico 2016 - SESI 70 Anos**. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído em 2007 pelas entidades do Sistema Indústria, alcança a sua sexta edição.

Essa é uma edição com sabor especial, pois o Prêmio ENASI 2016 homenageia os 70 anos do SESI. Instituição esta cada vez mais presente na vida de todos nós, prestando serviços fundamentais ao País e com capacidade de, no auge das suas sete décadas, se renovar permanentemente.

Tão importante quanto homenagear o SESI, o Prêmio é a consagração da participação de 19 autores, representando 10 estados do País, além do Departamento Nacional, que subscrevem as 16 teses integrantes desta publicação.

Todas essas teses merecem ser lidas e debatidas pelas autoridades, dirigentes, advogados, técnicos e outros profissionais ligados ao Sistema Indústria, como um mecanismo de auxílio na busca do aperfeiçoamento institucional das nossas Entidades.

Agradeço ao Ministro Carlos Mario Velloso e ao Dr. Sérgio Campinho, os quais, juntamente comigo e com os Drs. Cassio Borges e Sérgio Moreira, este último com a visão de gestor do Sistema Indústria, fizeram parte da Comissão Especial. Cada membro da Comissão analisou e avaliou individualmente as teses apresentadas, tendo os organizadores do Prêmio o cuidado de não identificar os autores, a fim de garantir isonomia na participação.

Os trabalhos jurídicos selecionados pela Comissão Especial serão agora defendidos por seus autores perante o Plenário do **Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria - ENASI**, que este ano chega à 14ª edição, a ser realizado nos dias 23 e 24 de novembro de 2016, em Brasília/DF.

Parabenizo, especialmente, os autores dos trabalhos, cujos nomes estão realçados na capa, pois independentemente do resultado da premiação, que será decidido em novembro, considero todos vencedores! Parabenizo e agradeço a CNI, o SENAI, o SESI e o IEL por incentivarem a pesquisa, o estudo e o aprimoramento do seu corpo jurídico.

Helio Rocha



# PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO SESI 70 ANOS



## 1 - REPRESENTAÇÃO SINDICAL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

**André Luiz de Carvalho Cordeiro  
Carlos José Kurtz**

**Departamento Regional de Santa Catarina**



## 1.1 INTRODUÇÃO

Os Serviços Sociais Autônomos, especialmente SESI e SENAI, possuem múltiplas atividades, com áreas de atuação em diversas esferas no mundo do trabalho.

Embora voltados a suas atividades finalísticas, áreas como lazer, educação, saúde e segurança, consultorias, alimentação, dentre inúmeras outras, definem a complexidade do enquadramento sindical dessas entidades e de seus empregados.

Considerando as diversas ocupações, como técnico em segurança, engenheiros, nutricionistas, secretárias, advogados, administradores, professores, dentre outras, é tarefa tormentosa à administração dessas entidades o enquadramento sindical das entidades e de seus empregados, especialmente no que diz respeito aos instrumentos coletivos de trabalho aplicáveis.

Seguramente é mais adequado estabelecer regras comuns e semelhantes para totalidade dos empregados; Entretanto, considerando as múltiplas atividades e ocupações existentes nos serviços sociais autônomos, essa uniformidade de regras pode ser embaraçada pelas negociações coletivas com diversas entidades sindicais representativas das diversas atividades.

A presente pesquisa objetiva apontar questões atinentes a representação sindical dos serviços sociais autônomos e suas especificidades.

## 1.2 DO ENQUADRAMENTO SINDICAL

Para desenvolver o raciocínio jurídico necessário e tornar clara a questão da representação sindical dos Serviços Sociais Autônomos, faz-se necessário executar o enquadramento sindical das atividades desenvolvidas por essas entidades.

O enquadramento sindical é determinado pelos princípios da unicidade sindical e da atividade preponderante das entidades. (artigo 511 e 570 da CLT e artigo 8º, II, da Constituição da República).

Nesse sentido ilustra a jurisprudência do TRT12ª Região e do TST<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Retirado do site: [www.trt12.jus.br](http://www.trt12.jus.br) e do [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br) em 01 de agosto de 2016.

Processo: Nº 0000153-17.2015.5.12.0012

*Ementa: ENQUADRAMENTO SINDICAL. GRUPO ECONÔMICO CONSTITUÍDO POR EMPRESAS QUE DESENVOLVEM DIVERSAS ATIVIDADES SEM QUE NENHUMA DELAS SEJA PREPONDERANTE. OBSERVÂNCIA DA ATIVIDADE DA EMPRESA A QUE O EMPREGADO ESTÁ VINCULADO. Regra geral, o enquadramento sindical ocorre a partir da atividade econômica qualitativamente preponderante da empresa ou do grupo econômico, salvo em se tratando de categoria profissional diferenciada e dos profissionais liberais. Todavia, quando o grupo econômico for constituído por empresas que realizam diversas atividades sem que nenhuma delas seja preponderante, cada uma das empresas deverá ser incorporada à respectiva categoria econômica, na forma do art. 581, §1º, da CLT, devendo o enquadramento sindical do empregado ser feito observando-se a atividade preponderante da empresa a que ele está vinculado.- Juíza Lília Leonor Abreu - Publicado no TRTSC/DOE em 20-06-2016*

*Ementa:*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.*

*ENQUADRAMENTO SINDICAL. FRAUDE. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. O acórdão recorrido aplicou a OJ 55 da SDI-1, entendendo que o enquadramento sindical deve ser procedido de conformidade com a atividade preponderante desenvolvida. A alegada fraude no enquadramento foi rechaçada por constituir inovação à lide e, portanto, matéria não prequestionada. Agravo conhecido e não provido. Processo: AIRR - 131040-03.1999.5.02.0312 Data de Julgamento: 23/02/2005, Relator Juiz Convocado: José Ronald Cavalcante Soares, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 22/03/2005.*

Convém ressaltar os termos do artigo 511, § 4º, do texto Consolidado, que traz a seguinte redação:

*“Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.*

*§ 4º. Os limites de identidade, similaridade ou conexão fixam as dimensões dentro das quais a categoria econômica ou profissional é homogênea e a associação é natural.”<sup>2</sup>*

Nesse liame, depreende-se que as atividades desempenhadas pelas entidades do Sistema “S” são de inequívoca compatibilidade com a representatividade do demandante, ocorrendo a identidade necessária para fixar a dimensão da respectiva categoria econômica.

### 1.3 O PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL

A Constituição Federal, em seu artigo 8º, II, é taxativa quanto a impossibilidade de existir mais de uma (01) entidade sindical representativa da mesma categoria econômica.

Diz o artigo 8º, II de nossa Constituição<sup>3</sup>:

***Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:***

***(...)***

***II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;***

Sem necessidade de digressões, é clara a Carta Magna em definir a possibilidade de apenas e tão somente existir um único representante sindical para determinada atividade econômica ou profissional.

### 1.4 DO CONCEITO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE

Antes de adentrar especificamente na atividade das entidades que compõem o Sistema “S”, há necessidade de esclarecer o conceito de atividade preponderante. E para tanto, cita-se passagem auto-explicativa do DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO, de Arnaldo Sussekind:

<sup>2</sup> Decreto Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU de 9.8.1943

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

*Quando uma empresa dedicar-se a duas ou mais atividades econômicas, a que correspondem categorias distintas, tanto ela quanto os seus empregados deverão ser representados pelos sindicatos de empregadores ou de trabalhadores referentes à atividade preponderante. Em caso contrário, os setores que realizam atividades distintas e independentes serão incorporados às respectivas categorias econômicas. Neste sentido dispõe o art. 581 da CLT, ao tratar de cálculo da contribuição sindical compulsória devida anualmente pelas empresas - dispositivo que permanece em vigor, eis que a nova Carta Magna manteve esse tributo, apesar das críticas que durante anos lhe foram feitas. E os empregados dos estabelecimentos ou setores independentes pertencerão às categorias profissionais correspondentes às atividades econômicas dos mesmos.*

*Não se confunda, porém, atividade preponderante com atividade principal. Consoante o preceituado no parágrafo 2º do citado artigo:*

**“Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional”.**<sup>4</sup>

Todas as entidades do Sistema “S” possuem, devido a sua grandeza e enorme representação, como já afirmado, numerosas atividades. Entrementes, como a seguir será demonstrado, a persecução, ou como diz o trecho acima, o **“objetivo final” das Entidades do Sistema “S” são: ASSISTÊNCIA SOCIAL E A ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL.**

## **1.5 DAS ATIVIDADES EXERCIDAS PELAS ENTIDADES DO SISTEMA “S”**

A atividade preponderante das Entidades do Sistema “S” são determinadas por seus Regulamentos, Regimentos Internos, Decretos de criação e no caso do SEST e do SENAT, pela Lei 8.706 de 14 de setembro de 1993, as quais passa-se sinteticamente a discorrer:

---

<sup>4</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 342.

O **Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI**, por força do Decreto-Lei 4.048 de 22 de Janeiro de 1942<sup>5</sup>, possui como competência “**organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários**”. E o próprio Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 494 de 10 de janeiro de 1962, em seu artigo 1º, letra “a”, diz que o objetivo do SENAI é “realizar a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição”. Ou seja, a **atividade preponderante do SENAI é a aprendizagem INDUSTRIAL** voltada para a necessidade das empresas de determinada categoria econômica, ou seja, **A FORMAÇÃO E A ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL**.

O **Serviço Social da Indústria - SESI**, por força de seu Regulamento Interno aprovado pelo Decreto n. 57.375 de 2 de dezembro de 1965<sup>6</sup>, “tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar-social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes (artigo 1º)”; e artigo 4º “Constitui finalidade geral do SESI auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos da existência (saúde, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)”. Ou seja, a atividade preponderante do SESI é proporcionar o “**bem-estar-social dos trabalhadores nas INDÚSTRIAS**” ou melhor dizendo: **A ASSISTÊNCIA SOCIAL**.

O **Serviço Social do Comércio - SESC**, conforme artigo 1º de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto n. 61836 de 5 de dezembro de 1967<sup>7</sup>, tem por finalidade estudar, planejar e executar medidas que contribuam para o bem estar social e a melhoria do padrão de vida dos comerciários e suas famílias e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico da coletividade, através de uma ação educativa que, partindo da realidade social do país, exercite os indivíduos e os grupos para adequada e solidária integração numa sociedade democrática, devendo, na execução de seus objetivos considerar a assistência em relação aos problemas domésticos (nutrição, habitação, vestuário, saúde, educação e transporte); defesa do salário real dos comerciários; pesquisas sócio-econômicas e realizações educativas e culturais, visando à valorização do homem e aos incentivos à atividade produtora. Ou seja, a atividade preponderante do SESC é proporcionar o “**bem estar social dos trabalhadores no COMÉRCIO**”, ou melhor dizendo: **ASSISTÊNCIA SOCIAL**.

<sup>5</sup> DECRETO-LEI No 4.048, DE 22 DE JANEIRO DE 1942. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI)

<sup>6</sup> DECRETO Nº 57.375, DE 2 DE DEZEMBRO DE 1965. A prova o Regulamento do serviço Social da Indústria (SESI).

<sup>7</sup> DECRETO No 61.836, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1967. Aprova o Regulamento do Serviço Social do Comércio (SESC) e dá outras providências.

O **Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC**, segundo Regulamento Interno aprovado pelo Decreto n. 61843 de 5 de dezembro de 1967<sup>8</sup>, tem por objetivo realizar em escolas ou centros instalados e mantidos pela Instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem comercial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob a sua jurisdição, nos termos do dispositivo constitucional e da legislação ordinária; orientar, na execução da aprendizagem metódica, as empresas às quais a lei concede essa prerrogativa; organizar e manter cursos práticos ou de qualificação para comerciário adulto. As ações do SENAC abrangem os trabalhadores do comércio e atividades assemelhadas, e, em especial, o menor aprendiz; as empresas comerciais e todo o conjunto de serviços auxiliares do comércio e a preparação para o comércio. Ou seja, a atividade preponderante do SENAC é a **aprendizagem para o COMÉRCIO** voltada para a necessidade das empresas de determinada categoria econômica, ou seja, **A FORMAÇÃO E A ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL** .

E finalmente o **Serviço Social do Transporte - SEST** e o **Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT**, ambos criados pela Lei n. 8.706 de 14 de setembro de 1993<sup>9</sup>, tendo o **SEST** a competência para cooperar com o Poder Público e a iniciativa privada e de gerenciar, desenvolver, executar, direta ou indiretamente, e apoiar programas voltadas à promoção social do trabalhador em transporte rodoviário e do transportador autônomo, notadamente nos campos da alimentação, saúde, cultura, lazer e segurança do trabalho; e o **SENAT**, possui competência para cooperar com o Poder Público e a iniciativa privada, para gerenciar, desenvolver, executar, direta ou indiretamente, e apoiar programas voltados à aprendizagem do trabalhador em transporte rodoviário e do transportador autônomo, notadamente nos campos de preparação, treinamento, aperfeiçoamento e formação profissional. Ou seja, a **atividade preponderante do SEST é a “bem estar social dos trabalhadores no SETOR DO TRANSPORTE”**, ou melhor dizendo: **ASSISTÊNCIA SOCIAL** e a do **SENAT** é a **FORMAÇÃO E A ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL** .

## 1.6 O ENQUADRAMENTO DAS ATIVIDADES DAS ENTIDADES DO SISTEMA “S”

No tópico anterior, demonstraram-se as atividades que exercem as entidades do Sistema “S”, conforme disciplinam os atos de constituição de cada uma delas. No caso do **SESI, do SESC e do SEST** as suas atividades são direcionadas para a **Assistência Social**, respectivamente

---

<sup>8</sup> DECRETO No 61.843, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1967. *Aprova o Regulamento do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e dá outras providências.*

<sup>9</sup> LEI Nº 8.706, DE 14 DE SETEMBRO DE 1993. *Dispõe sobre a criação do Serviço Social do Transporte - SEST e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT.*

na Indústria, no Comércio e no setor de Transportes. No caso do **SENAI, do SENAC e do SENAT**, as atividades dessas entidades são focadas na **Orientação e Formação Profissional**, respectivamente na Indústria, no Comércio e nos Transportes.

Como determina o artigo 8º, II da Carta Magna e os artigos 511 e 570 da CLT, o enquadramento sindical é fixado pela atividade preponderante da empresa, no caso, das entidades que compõem o Sistema “S”, respeitado o princípio da unicidade sindical.

As entidades SESI, SESC, SEST, SENAI, SENAC e SENAT possuem como atividade a Assistência Social e a Orientação e Formação Profissional, como já afirmado. Sendo o SECRASO/SC o legítimo representante dessas atividades no Estado de Santa Catarina, é dele a representação sindical das entidades que compõem o Sistema “S”.

Inclusive o Ministério do Trabalho - MTb, à época em que era competente para determinar o enquadramento sindical, expediu as seguintes decisões<sup>10</sup>:

#### SESC

*Considerando que o Serviço Social do Comércio, SESC, tem por atividade preponderante a assistência social ao comerciário e, subsidiariamente, pesquisas sócio-econômicas e realizações educativas e culturais, resolve a CES opinar pelo seu enquadramento no 2º grupo do plano da CNEC, categoria econômica “entidades culturais, recreativas e de assistência social, de orientação e formação profissional”.*

*Proc. MTb 307.021/80, Rel. Roberto Luiz K. Battendieri, DOU 26.3.81, pág. 5788).*

#### SENAI

*Conforme decisão proferida no Proc. 306.852, de 25.5.79, os monitores e instrutores do SENAI enquadram-se na categoria “empregados em entidades culturais, recreativas e de assistência social, de orientação e formação profissional”. (Proc. MTb 319.465/79, Rel. Francisco Affonso Santa Rosa, DOU 30.1.80, pág. 1866).*

<sup>10</sup> AROUCA, José Carlos. Enquadramento sindical: jurisprudência / José Carlos Arouca. - São Paulo: LTr, 1986. P. 177/178.

## 1.7 JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - TST ESPECÍFICA SOBRE O TEMA

Corroborando com o entendimento exposto, colaciona-se jurisprudência do TST<sup>11</sup> específica sobre a matéria ora analisada, conforme segue:

NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 448/2002-511-04-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 30/06/2006

PROC. Nº TST-RR-448/2002-511-04-00.6

A C Ó R D Ã O - (3ª TURMA)

*RECURSO DE REVISTA. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. O sindicato tem legitimidade, como substituto processual, para defesa de direitos individuais homogêneos, vale dizer direitos decorrentes de uma mesma lesão e dirigidos a uma mesma categoria, como na hipótese. Esse posicionamento restou consolidado com o cancelamento da Súmula 310 pela Resolução nº 119. **REPRESENTATIVIDADE DO SINDICATO - SECRASO. O ENQUADRAMENTO SINDICAL SE DEU COM BASE NA ATIVIDADE PREPONDERANTE DO RECLAMADO (LEI Nº 8.706/93) QUE É A PROMOÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, e não o transporte, como pretendido. (...)***

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº*

*TST-RR-448/2002-511-04-00.6, em que é Recorrente SERVIÇO SOCIAL DO TRANSPORTE - SEST e Recorrido SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ENTIDADES CULTURAIS, RECREATIVAS, DE ASSISTÊNCIA SOCIAL, DE ORIENTAÇÃO E FORMAÇÃO PROFISSIONAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL SENALBA.*

*(...)*

---

<sup>11</sup> Retirado do site: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

(...)

1.2 - REPRESENTATIVIDADE DO SINDICATO SECRASO

**O Regional rejeitou a argüição do Reclamado de ausência de representatividade do SECRASO, nos seguintes termos:**

**AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE DO SECRASO**

*Não se conforma o recorrente com a rejeição da prefacial em tela. Afirma que faz parte da Confederação Nacional de Transportes Terrestres, por força de lei, e não da Confederação Nacional de Educação e Cultura, ao qual se vincula o SECRASO, não lhe sendo aplicáveis as normas coletivas nas quais este se obrigou sem o seu consentimento.*

*Sem razão.*

*Ao contrário do sustentado, a legislação invocada (fls. 145-147) nada dispõe a respeito do enquadramento sindical do recorrente, o qual, SEGUNDO A LEI E O PRÓPRIO ESTATUTO DO SEST (FLS. 148-166), SE DÁ PELA SUA ATIVIDADE PREPONDERANTE, OU SEJA, A PROMOÇÃO E ASSISTÊNCIA SOCIAL, e não o transporte. Consta esta atividade como do contribuinte nas guias das fls. 16-24, preenchidas pelo próprio recorrente quando do recolhimento da contribuição sindical ao reclamante SENALBA. Ademais, o recorrente não faz qualquer prova da vinculação ou enquadramento no setor de transportes, o que lhe competia nos termos dos arts. 818 da CLT e 333, II, do CPC.*

**Outrossim, as exceções à abrangência daquelas normas (cls. 3.1, fls. 27, 42) ao SESC e ao SENAC, por exemplo, entidades com atividades similares, se deram exclusivamente em razão da existência de outra data base ou de ajustamento em separado, o que evidencia, de qualquer modo, que essas entidades também são representados pelo SECRASO. Nesse rumo, não há como afastar o recorrente da aplicabilidade das normas coletivas nas quais o Sindicato representativo da sua categoria econômica se obrigou.**

**Nega-se provimento (fls. 582-583).**

No julgamento dos EDs, o Regional assim assentou a decisão com relação à matéria:

**O ACÓRDÃO ABORDA COM CLAREZA A MATÉRIA VERSADA NOS AUTOS E A DECISÃO ENCONTRA-SE FUNDAMENTADA NA LEI, NO ESTATUTO DO SEST E NAS NORMAS QUE FIXAM A CATEGORIA ECONÔMICA ABRANGIDA (cls. 3.1, fls. 27-42).**

(...)

**Em análise à Lei nº 8.706/93, que dispõe sobre a criação do Reclamado SEST, verifica-se que é razoável a interpretação dada pelo Regional de que não há disposição sobre o enquadramento sindical pretendido, sendo evidente que a atividade preponderante é a promoção e assistência social, e não o transporte. Nesse sentido, verifica-se o teor dos citados artigos da Lei nº 8.706/93:**

*Art. 1º Ficam cometidos à Confederação Nacional do Transporte - CNT, observadas as disposições desta Lei, os encargos de criar, organizar e administrar o Serviço Social do Transporte - SEST, e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT, com personalidade jurídica de direito privado, sem prejuízo da fiscalização da aplicação de seus recursos pelo Tribunal de Contas da União.*

*Art. 2º Compete ao Sest, atuando em estreita cooperação com os órgãos do Poder Público e com a iniciativa privada, gerenciar, desenvolver, executar, direta ou indiretamente, e apoiar programas voltados à promoção social do trabalhador em transporte rodoviário e do transportador*

*autônomo, notadamente nos campos da alimentação, saúde, cultura, lazer e segurança no trabalho.*

*(...)*

*ISTO POSTO*

*ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer integralmente do recurso.*

*Brasília, 07 de junho de 2006.*

*CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA*

*Relator*

## **1.8 CONCLUSÃO**

O presente trabalho, certamente, não busca esgotar a diversificada matéria do enquadramento sindical das entidades que compõem os Serviços Sociais Autônomos.

O que pretende a pesquisa é destacar a dificuldade em estabelecer diversos (em número e diversidade) de negociações coletivas nessas entidades, o que gera dificuldades, especialmente na administração dessas entidades, no que diz respeito a regras e condições de trabalho.

Administrar e estabelecer diversos instrumentos coletivos de trabalho possui a tendência de instituição de regras e condições de trabalho diferentes para um mesmo grupo de empregados.

Imagine-se estabelecer Acordos Coletivos de Trabalho para os empregados vinculados a atividade preponderante da entidade, para os administradores, para os professores, para os nutricionistas, para os farmacêuticos, para os técnicos em segurança do trabalho e outros.

Seria um complexo regramento, que cria indubitavelmente dificuldades para administração e bom andamento das finalidades dessas instituições. A manutenção de instrumento coletivo de trabalho matriz, com diretrizes para todas as atividades, é medida prudente e adequada para uma administração uníssona e igualitária para o conjunto de empregados dos serviços sociais autônomos.

## 1.9 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Site: [www.trt12.jus.br](http://www.trt12.jus.br)

Site [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br);

Decreto Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU de 9.8.1943

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. P. 342.

DECRETO-LEI No 4.048, DE 22 DE JANEIRO DE 1942. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI)

DECRETO Nº 57.375, DE 2 DE DEZEMBRO DE 1965. A prova o Regulamento do serviço Social da Indústria (SESI).

DECRETO No 61.836, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1967. Aprova o Regulamento do Serviço Social do Comércio (SESC) e dá outras providências.

DECRETO No 61.843, DE 5 DE DEZEMBRO DE 1967. Aprova o Regulamento do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC) e dá outras providências.

LEI Nº 8.706, DE 14 DE SETEMBRO DE 1993. Dispõe sobre a criação do Serviço Social do Transporte - SEST e do Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT.

AROUCA, José Carlos. Enquadramento sindical: jurisprudência / José Carlos Arouca. - São Paulo: LTr, 1986. P. 177/178.

## **1.10 BIBLIOGRAFIA ADICIONAL CONSULTADA**

DELGADO, Maurício. Godinho Curso de Direito do Trabalho. 2011.

GOMES, Orlando. Curso de direito do trabalho. 2001.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do trabalho. 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 2014



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**2 - ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO  
DE CONTRATOS NO ÂMBITO DO SESI/SENAI**

**Bruno Souza Barros  
Victor Tainah F. Dietzold**

**Departamento Regional do Rio de Janeiro**



## 2.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar aspectos jurídicos relevantes que devem nortear os gestores e fiscais de contratos firmados pelas entidades SESI/SENAI, visando um maior controle e, conseqüentemente, maior eficiência operacional nas contratações.

Para analisarmos o presente estudo, enfrentaremos questões relativas ao Direito Civil, ao Direito Administrativo, bem como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, da seguinte maneira:

- a) A natureza jurídica dos contratos do SESI/SENAI;
- b) A importância da divisão de tarefas no processo de fiscalização;
- c) As distintas atribuições de gestores e fiscais de contratos;
- d) Etapas do processo de fiscalização;
- e) Aspectos relativos à regularidade fiscal do contratado;
- f) O equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- g) Penalidades aplicáveis pelo descumprimento do contrato; e
- h) Instrumentos para auxiliar os gestores e fiscais de contratos.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar a importância de uma gestão e fiscalização de contratos arrojada, de modo que possibilite a contratação de melhores fornecedores; a redução de prejuízos; maior tranquilidade diante de auditorias externas do TCU e CGU; e maior satisfação dos clientes que se beneficiam com os serviços contratados.

## 2.2 A NATUREZA PRIVADA DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ENTIDADES SESI/SENAI

As entidades SESI/SENAI, que integram o Sistema “S”, como já amplamente sabido são serviços sociais autônomos com natureza jurídica de direito privado. Neste sentido, embora haja consolidada jurisprudência do TCU, merece destaque a decisão do Supremo Tribunal

Federal na qual o Ministro Teori Zavascki, sustentou que “as entidades que compõem os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a administração indireta, não estão sujeitas à regra prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal, mesmo que desempenhem atividades de interesse público em cooperação com o Estado”.<sup>1</sup>

Com efeito, embora não tenham a liberdade para contratar bens e serviços, não se sujeitam às rígidas leis federais sobre licitações, mas a regulamentos próprios, consoante entendimento já pacificado pelo TCU.<sup>2</sup>

Assim, considerando o incontestável afastamento da aplicação da legislação federal em relação às contratações realizadas pelas entidades SESI/SENAI, outra conclusão não se pode chegar senão a de que os contratos celebrados por tais entidades têm natureza jurídica privada, sedo regido, por consequência, pelo direito privado. Explicaremos melhor adiante.

Segundo o Professor José dos Santos Carvalho Filho “pode-se conceituar o contrato administrativo como o ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.”<sup>3</sup>

Destarte, nos contratos celebrados pelas entidades SESI/SENAI com empresas privadas, além de não fazer parte da relação contratual órgão da Administração Pública, não há um interesse público específico envolvido na contratação, ainda que se reconheça que os serviços sociais autônomos exerçam atividades de relevância social.

Trata-se de um tema, vale dizer, que rende longos debates. No entanto, o foco do presente trabalho é analisar aspectos jurídicos da gestão e fiscalização de contratos celebrados pelas entidades SESI/SENAI, sendo certo que a natureza eminentemente privada dos contratos, não afasta o dever de as entidades promoverem a sua devida fiscalização, notadamente em razão de as entidades estarem obrigadas a seguir os princípios gerais insculpidos no art. 37 da CF/88.

---

<sup>1</sup> Processo RE 789874 - Recurso Extraordinário - STF.

<sup>2</sup> Decisão Plenária TCU nº 907/97, Relator Lincoln Rocha. Em 11.12.97.

<sup>3</sup> Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 30. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2016. p. 255.

## 2.3 A SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A segregação de funções decorre dos princípios da moralidade e da eficiência, previstos no art. 37 da CF/88 e exprime a ideia de repartição de funções, de modo que não haja um acúmulo de atribuições que implique em demasiada responsabilidade ao indivíduo, podendo afetar negativamente a efetividade no processo de gestão e fiscalização de contratos.

Assim, em observância ao princípio da segregação de funções, é de extrema recomendação que nos contratos celebrados pelo SESI/SENAI conste a figura do gestor e do fiscal do contrato. Neste sentido, registre-se, por oportuno, que já há uma inclinação na jurisprudência da Corte de Contas determinando que as entidades do Sistema “S” nomeiem empregado para atuar na condição de fiscal de contrato.<sup>4</sup>

### 2.3.1. DISTINÇÃO ENTRE GESTOR E FISCAL DO CONTRATO

Cabe aqui destacar que o gestor de contratos possui uma função mais ampla do que a do fiscal, uma vez que ao primeiro compete a coordenação e comando do processo de fiscalização, isto é, as tomadas de decisões relativas à execução do contrato, enquanto que ao segundo compete acompanhar *in loco* a execução do contrato pelo fornecedor contratado.

Em linhas gerais as atribuições do gestor de contratos são: exigir que a empresa contratada cumpra o que foi pactuado; decidir sobre a prorrogação ou não do contrato; solicitar eventuais alterações do contrato; analisar pedidos de reajuste/revisão de valores; aprovar o pagamento ou glosar nota fiscal; e propor aplicação de penalidade em caso de descumprimento contratual. O fiscal de contratos, por sua vez, possui as seguintes atribuições: acompanhar a execução dos serviços, verificando se está em conformidade com as especificações contidas no instrumento contratual; informar toda e qualquer irregularidade relativa à execução contratual ao gestor do contrato; elaborar relatório de acompanhamento da execução do contrato e encaminhar juntamente com a nota fiscal atestado ao gestor do contrato; prestar informações ao gestor do contrato a respeito da execução dos serviços e da necessidade de eventuais glosas dos pagamentos devidos ao contratado.

---

<sup>4</sup> Acórdão 769/2013 - Plenário do TCU.

O professor Joel de Menezes Niebuhr, ressalta que “A atribuição dos fiscal do contrato é, como o próprio nome revela, fiscalizar a sua execução, verificando se o contratado cumpre as suas obrigações à risca. Essa atividade, de fiscalização, é extremamente complexa, reque-  
rendo da pessoa designada para tanto experiência e amplos conhecimentos, em várias áreas de atuação.”<sup>5</sup>

Em suma, a segregação de funções no processo de gestão e fiscalização de contratos se faz impres-  
cindível para que as entidades SESI/SENAI obtenham eficiência operacional nas contratações.

## **2.4 A REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TCU E DO STJ**

O Regulamento de Licitações e Contratos (RLC) do SESI/SENAI estabelece, em seu art. 12, inciso IV, os documentos necessários para comprovar a regularidade fiscal da empresa que pretende participar dos certames realizados pelas entidades, sendo certo que tais documen-  
tos podem ser exigidos a qualquer tempo pela entidade contratante enquanto durar a vigên-  
cia do contrato, uma vez que é obrigação do contratado manter todas as condições de habili-  
tação ao longo na execução contratual.

No tocando à regularidade trabalhista, cabe registrar que o RLC até o presente momento não foi alterado no sentido de incluir no rol das certidões exigidas para efeito de habilitação a chamada CNDT, Certidão Negativa de Débitos Trabalhista instituída pela Lei 12.440/2011 que alterou a lei 8.666/93, tornando obrigatória sua exigência nas licitações públicas realiza-  
das pela Administração Pública.<sup>6</sup>

Na prática, vários departamentos regionais das entidades SESI/SENAI passaram a exigir a mencionada certidão em seus processos licitatórios, o que por um lado é salutar para as con-  
tratações, mas por outro enfraquece a tese há anos defendida pelo Sistema “S” no sentido de que as entidades que as compõe não se submetem aos ditames da lei federal de licitações. Tra-  
ta-se da “velha” e perigosa prática de aplicar normas da Administração Pública que aparente-  
mente são favoráveis e repelir aquelas que oneram de alguma forma as entidades.

---

<sup>5</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 2 ed., p.762.

<sup>6</sup> Art. 2º da Lei 12.440 de 7 de julho de 2011.

### 2.4.1 RETENÇÃO DO PAGAMENTO

A questão relativa à exigência de comprovação de regularidade fiscal como condição para o pagamento dos serviços prestados sempre foi criticada pela doutrina mais autorizada. Nas palavras do Professor Joel de Menezes Niebuhr: “não há nada na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93 que autorize o não pagamento. Ao contrário, se o contratado cumpriu sua obrigação perante a Administração, ele tem o direito de receber a contrapartida devida por ela, sob pena do enriquecimento sem causa do Poder Público.”<sup>7</sup>

A jurisprudência do STJ, na mesma linha, há muito se posiciona contrariamente a possibilidade de reter pagamento por ausência de comprovação de regularidade fiscal, merecendo a destaque a seguinte decisão:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.*

- 1) *É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.*
- 2) *A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser “obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.*
- 3) *Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.*
- 4) *Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.*

<sup>7</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 2 ed., p.779.

5) ***Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.***

6) *Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.*

*(RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.953 - Relator Min. Castro Meira - j. 04/03/2008)*

Já a jurisprudência do TCU, até o ano de 2014, se posicionada favoravelmente à possibilidade de retenção de pagamento nos casos de irregularidade fiscal. Contudo, o entendimento da Corte de Contas foi modificado passando a adotar o mesmo entendimento do STJ, vejamos:

*Acórdão nº 2079/2014 - Plenário - relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 6.8.2014. Nos contratos de execução continuada ou parcelada, o inadimplemento das obrigações fiscais da contratada, incluindo a seguridade social, enseja, além das penalidades legais, a rescisão do contrato e a execução das garantias para ressarcimento de valores e indenizações devidos à Administração, sendo vedada a retenção de pagamento por serviço já executado, ou fornecimento já entregue, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.*

Desta forma, ainda que as referidas decisões sejam relativas às contratações realizadas pela Administração Pública, não dúvidas que as entidades SESI/SENAI também devem evitar tal prática, sob pena de incorrerem em enriquecimento indevido, cabendo ao gestor do contrato, ao verificar a falta de cumprimento da regularidade fiscal, conceder prazo razoável para sua regularização e, caso não seja suficiente, promover a rescisão com a aplicação das sanções cabíveis ao caso concreto.

Por prestígio ao debate, é importante realçar que a atual jurisprudência do TCU não impede que as entidades SESI/SENAI façam a retenção de pagamento quando verificada a inadimplência da contratada na quitação das obrigações trabalhistas dos empregados alocados na execução do contrato em regime de dedicação exclusiva, até mesmo porque, o inadimplemento pela contratada de suas obrigações trabalhistas poderá implicar em responsabilidade subsidiária das entidades contratantes na Justiça do Trabalho.

Portanto, é preciso deixar claro que apenas a retenção de pagamento por ausência de regularidade fiscal é que está vedada pelo ordenamento jurídico, sendo certo que a retenção de pagamento pelo descumprimento contratual relativo a falta de comprovação de obrigações trabalhistas pela contratada é perfeitamente possível recomendável.

## 2.5 ASPECTOS RELATIVOS AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

### 2.5.1 INSTRUMENTOS DE RECOMPOSIÇÃO

Como se sabe, as contratações das entidades que compõem os Serviços Sociais Autônomos são, como regra, precedidas de licitação<sup>8</sup>. Assim, os interessados que almejam prestar serviço às entidades do Sistema “S” devem estudar minuciosamente o edital para se seja possível a conclusão acerca da viabilidade de participação e mensuração dos custos com a execução do serviço e dos lucros almejados. Logo, a proposta do licitante é realizada de acordo com as condições previstas no instrumento convocatório e na situação econômica vigente à época da propositura.

Não obstante, é normal que a situação econômica e mercadológica seja alterada com o passar do tempo, o que, naturalmente, acaba por impactar nas relações contratuais vigentes. Nesse sentido, em razão do contrato ser comutativo, devem existir mecanismos que garantam o equilíbrio entre as obrigações avençadas, de modo que sejam protegidos os interesses, assim como os princípios da razoabilidade e, principalmente, da segurança jurídica. Naturalmente, essa ideia de respeito ao equilíbrio contratual está intrinsecamente ligada ao princípio da justiça contratual<sup>9</sup> que deve existir da relação jurídica, sendo aquele uma espécie deste.

No ordenamento jurídico pátrio, para que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, existem quatro instrumentos que asseguram o equilíbrio econômico-financeiro contratual, os quais variam de acordo com os pressupostos, condições e procedimentos apresentados no caso concreto. Tais mecanismos são: a) reajuste; b) revisão; c) repactuação; d) correção monetária.

---

<sup>8</sup> Art. 1º do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI. As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SESI serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.

<sup>9</sup> Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “Já percebemos a maior amplitude do princípio da justiça contratual em cotejo com o do equilíbrio contratual. Esta ideia especifica aquela, afinal é a imprescindibilidade da justiça contratual que leva o magistrado a conceder um equilíbrio mínimo entre as prestações cambiadas pelas partes. Por outro lado, é pelo equilíbrio contratual que se alcança a finalidade de circulação de riquezas de forma justa. No estudo restrito do equilíbrio contratual, prevalece a equivalência material, jungida pela igualdade de encargos e benefícios nas prestações correlatas”. (Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie. 4ª ed. 2014. Ed. Jus Podivm, p. 228.)

## 2.5.2 DO REAJUSTE

É o instrumento que visa preservar o valor do contrato face à inflação. Ou seja, é o modo pelo qual a entidade contratante, ao elaborar o edital, estabelece de antemão qual índice será utilizado caso, no curso da execução contratual, o preço acordado sofra variação em decorrência da inflação.

O reajuste talvez seja o mais conhecido e demandado de todas as espécies de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Através deste instituto, busca-se a paridade entre os encargos suportados pela contratada na execução do objeto do contrato e a remuneração devida pela entidade contratante.

Pode-se dizer que, costumeiramente, especialmente nos serviços de execução contínua, o preço inicialmente acordado entre as partes sofre variação no preço de acordo com a inflação. Observe que, aqui, não há nenhuma situação extraordinária, pelo contrário. Com o decurso do tempo, é natural que os preços variem de forma previsível e paulatina de acordo com a inflação do mercado. Verifica-se, portanto, não haver qualquer mudança abrupta, e sim algo que pode ser previsto e até planejado.

Ao contrário da revisão, onde há recomposição do preço, no reajuste o valor inicialmente contratado é mantido, sendo tão somente atualizado através de índices, os quais estão vinculados às variações inflacionárias ocorridas em prestações específicas. Não obstante, para sua concessão, alguns requisitos devem ser cumpridos:

### **a) Previsão no instrumento convocatório**

Um dos temas mais palpitantes reside na necessidade ou não de previsão do reajuste no edital e no contrato. Explica-se: se a entidade responsável pela realização da licitação não prever a possibilidade de reajuste de preços no edital e no contrato, poderá a contratada pleitear reajustamento dos valores?

Segundo ensinamentos de Marçal Justen Filho<sup>10</sup>, ainda que o reajuste não esteja previsto contratualmente e no edital, deverá assegurar-se ao interessado o direito ao reequilíbrio rompido em virtude de eventos supervenientes, imprevisíveis, etc.<sup>11 12</sup>

---

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 1033.

<sup>11</sup> Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr afirma que, além do reajuste ser devido ainda que não previsto no edital, deve ser concedido de ofício pela Administração. (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitações pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 927 e 928)

Seguindo linha diversa, Flávio Amaral Garcia<sup>13</sup> afirma que é incabível a concessão de reajuste quando omissa o instrumento convocatório e o contrato, pois se o edital e o contrato nada previram, parte-se da premissa de que o preço ofertado será irremediável e que o licitante já incluiu na sua proposta a não incidência de reajuste ao valor inicial<sup>14</sup>. Destarte, essa é também a orientação da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

O procurador do município do Rio de Janeiro, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira<sup>16</sup>, em seu livro *Licitações e Contratos Administrativos*, vai além ao afirmar que não caberia sequer alegar a teoria da imprevisão para revisão do contrato, pois a matéria se insere nos direitos disponíveis das partes e a inflação não é fato imprevisível, razão pela qual seria vedada a invocação da teoria da imprevisão para atualizar o valor do contrato.

Ressalte-se que o entendimento predominante da Corte de Contas é de que a cláusula de reajuste de preços deve estar expressamente prevista no edital, não sendo faculdade da Administração optar pela inclusão ou não da possibilidade de reajuste de preços. Todavia, caso não tenha previsto esse direito no instrumento convocatório, o TCU possui entendimento no sentido de que não poderá ser concedido reajuste<sup>17</sup>, tendo em vista que as partes encontram-se vinculadas ao instrumento convocatório<sup>18</sup>.

Não obstante as divergências existentes, recomendamos que os editais de licitação para contratação de serviço de execução contínua ou de prazo elevado prevejam, de forma clara e

<sup>12</sup> Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas da União já manifestou seu entendimento: Não têm validade dispositivos regulamentares que condicionavam o reajuste à existência de autorização correspondente no edital. O direito ao reajuste não deriva da cláusula do edital. Decorre da própria garantia constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas contratações administrativas. A concessão do reajuste não é faculdade para a Administração. Nem haverá discricionariedade para a Administração inserir ou dispensar a cláusula no edital; nem haverá discricionariedade para a Administração conceder ou negar o reajuste, no curso da contratação. (Acórdão n. 1931/2004, Plenário. Rel. min. Walton Alencar Rodrigues)

<sup>13</sup> GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas)* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 137.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217) ensina que: (...) o legislador inseriu, entre as cláusulas necessárias do contrato administrativo, “o preço e as condições e de pagamento, e quando for o caso os critérios de julgamento” (art. 55, III, do Estatuto). É bom que se diga, porém, que deve ser expressa a avença nesse sentido, razão por que, sem ela, entende-se que o preço ajustado é **fixo e irremediável**. (**grifo nosso**)

<sup>15</sup> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CONTRATO ADMINISTRATIVO - REAJUSTE DE PREÇOS - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO CONTRATUAL - DESCABIMENTO.

1. O reajuste do contrato administrativo é conduta autorizada por lei e convencionada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato.

2. Ausente previsão contratual, resta inviabilizado o pretendido reajustamento do contrato administrativo.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (STJ, Segunda Turma - REsp 730.568/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON)

<sup>16</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 214 e 215.

<sup>17</sup> TCU - Acórdão 907/2012 e Acórdão 2677/2013, ambos do Plenário.

<sup>18</sup> Não obstante, por prestígio ao debate, cumpre destacarmos que, em 2007, o Plenário da Corte de Contas da União afirmou que deve ser assegurado ao interessado o direito a esse instrumento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

objetiva, a possibilidade de reajuste de preços, fixando o índice aplicável ao caso. Tal recomendação dá-se por três motivos:

- I. a entidade, ao não fixar a possibilidade de reajuste, pode desestimular a participação de licitantes interessados, que, em tese, podem optar por não ofertar sua proposta em função da provável defasagem de preço ao longo da contratação;
- II. ao fixar a forma e a periodicidade de reajustamento de preços, a entidade prestigia a segurança jurídica na contratação, pois evita situações futuras em que o contratado requer a concessão do reajuste e, quando não atendido, passa a executar o contrato com falhas e deixa de recolher verbas fiscais e trabalhistas dos profissionais alocados na execução do contrato, expondo, assim, a entidade contratante a responsabilização subsidiária na Justiça do Trabalho;
- III. há um prejuízo potencial à contratante, já que as licitantes poderão apresentar propostas com preços superiores aos de mercado para compensar a defasagem dos preços.

#### **b) Periodicidade mínima**

De acordo com a redação contida na Lei nº 10.192/2001<sup>19</sup>, que dispõe sobre as medidas complementares do Plano Real, para que seja concedido o reajuste, é preciso respeitar a anualidade da proposta. Ou seja, a contar do oferecimento da proposta, deve-se respeitar período mínimo de um ano.

Nesse ponto, é preciso que os assessores jurídicos e gestores de contratos tenham extremo cuidado, pois a concessão de reajuste antes de completar a referida anualidade, além de não encontrar amparo legal, sujeita o gestor responsável a penalidades impostas pelos órgãos de controle externo<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> “Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.”  
§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.  
[...]

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

<sup>20</sup> [...] o relator, em consonância com a unidade instrutiva, considerou comprovada a ocorrência de conluio na licitação e de irregularidade na repactuação do contrato a título de reequilíbrio econômico-financeiro “em prazo inferior a um ano, sem a ocorrência das condições prevista em Lei, em desacordo com o art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, c/c o § 1º do art. 2º da Lei 10.192/2001 e com as cláusulas 10.1 do edital e 7.1 da referida avença”. [...] Seguindo a proposta do relator quanto ao ponto, o Plenário do Tribunal rejeitou as razões de justificativa dos responsáveis (prefeito, secretário de finanças e parecerista do setor de licitações) pela repactuação irregular, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, além de dar ciência à prefeitura sobre a irregularidade verificada. Acórdão 1729/2014-Plenário, TC 015.391/2012-4, Relator Ministro Raimundo Carreiro, 2.7.2014.

### c) Da preclusão do direito

O reajuste é um direito que, para ser usufruído, precisa ser exercido. Nesse sentido, nos casos de serviço contínuo, o contratado tem até o momento de renovar o contrato para solicitar o reajuste dos valores. Caso não exerça tal direito e renove o contrato sem pleiteá-lo, seu direito ao reajuste restará precluso.

A formalização de termo aditivo para reajuste do valor contratual é considerado um ato bilateral, visto que conjuga tanto o interesse da contratada em alterar o preço pactuado, quanto do contratante em continuar com a vigência do contrato. Como se sabe, ao renovar o contrato, a entidade contratante deve realizar pesquisa de mercado, de modo que permita concluir se a renovação do contrato é o melhor caminho para atendimento do interesse envolvido. Nesse diapasão, caso o preço do contrato somado ao reajuste a ser concedido seja prejudicial à entidade, ela pode optar por não renovar a relação jurídica. Em razão disso, é normal que a contratada, diante desta situação, abdique do direito ao reajuste do montante contratual, de modo que mantenha o contrato com a entidade. Portanto, a concessão de reajuste ou não é um ato negociável na relação jurídica.

Sendo assim, se a contratada tiver interesse no reajuste de valores, deve solicitar ao contratante em tempo hábil, e não ficar inerte aguardando um reajuste de ofício, sob pena dessa omissão ser considerada renúncia tácita ao direito de reajuste<sup>21</sup>.

O fundamento desta interpretação encontra respaldo nos arts. 113 e 422 do Código Civil, pois o fato da contratada não solicitar o reajuste em tempo hábil gera ao contratante a expectativa de que aquela havia abdicado do direito ao reajuste contratual, haja vista que trata-se de um direito disponível.

Nesse sentido, face a consagração no ordenamento jurídico pátrio do princípio da boa-fé objetiva e a inércia prolongada da contratada no que tange à manutenção de sua intenção de obter reajustamento dos valores contratuais, com vistas à manutenção da exigibilidade das obrigações pecuniárias assumidas pelos contratantes, resta insigne de dúvidas a gravidade de conceder reajuste retroativo ao pleito da contratada.

---

<sup>21</sup> Nesse sentido é a jurisprudência do TCU: “A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou deter o direito à repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica.” (Acórdão 1601/2014-Plenário, TC 020.970/2010-2, relator Ministro Benjamin Zymler)

### **2.5.3 REVISÃO**

É o instrumento de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato incidente sobre fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, não imputáveis ao contratado. Essa é a principal característica que o distingue do reajuste, pois este decorre de evento previsível, que é justamente a variação inflacionária.

Cumprе ressaltar que a revisão do contrato prescinde de previsão no edital ou no contrato. Além disso, também não é preciso que se respeite periodicidade mínima estabelecida para o reajuste, bastando, assim, a ocorrência do fato gerador que tenha causado álea extraordinária. Diante dessa característica, ainda que o pedido da contratada e aceitação da Administração ocorra tempos depois, sua concessão terá efeitos retroativos, retroagindo à data da realização do evento.

### **2.5.4 REPACTUAÇÃO**

A repactuação, prevista no Decreto nº 2.271/97, é aplicável aos contratos terceirizados de serviços contínuos. Assim como o reajuste, para que seja concedida a repactuação, é preciso o transcurso do prazo de doze meses, a contar da proposta ou do orçamento a que se referir ou do fato gerador da última repactuação.

Esse instituto é aplicado mediante demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato. De toda sorte, a repactuação foi criada no âmbito da Administração Pública Federal e, por isso, não é correta sua extensão aos contratos celebrados pelas entidades que integram os Serviços Sociais Autônomos.

### **2.5.5 CORREÇÃO MONETÁRIA**

Por fim, temos a correção monetária, também denominada de atualização financeira, que tem por objetivo preservar o valor do contrato face às variações decorrentes da inflação, mas não se confunde com o reajuste, visto que a correção monetária visa restabelecer o valor nominal da moeda desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento.

## 2.6 SANÇÕES APLICÁVEIS PELO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL

### 2.6.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

No caso de inexecução parcial ou total do contrato celebrado, estabelece o artigo 32 do RLC do SESI/SENAI que a entidade contratante terá o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato, incluindo a suspensão do direito de licitar ou contratar com o SESI/SENAI por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Em que pese o dispositivo não mencionar, no processo de aplicação da penalidade, deve-se respeitar o contraditório e ampla defesa do contratado. Trata-se, aqui, de interpretação conforme a Constituição, que consagra, expressamente, o direito fundamental do devido processo legal<sup>22</sup>.

Desta forma, é preciso que o gestor e a entidade, ainda que entendam razoável, tenham cautela na forma de conduzir o processo de aplicação de penalidades, sob pena de ter a sanção aplicada à contratada anulada em juízo. Assim, ao constatar uma irregularidade na execução do contrato, deve-se notificar a contratada para que, em prazo razoável a ser concedido, ofereça sua defesa sobre o fato. Somente após este ato será possível aplicação de sanção contratual.

Não obstante, em determinadas situações, o descumprimento cometido pelo contratado será tão grave que continuar com a execução do contrato poderá agravar a situação e/ou expor o contratante a novos danos. Em razão disso, mostra-se razoável e prudente que o gestor do contrato suspenda, provisoriamente, a execução do contrato até que seja finalizado o processo de aplicação de penalidade.

Destarte, como visto, no caso de descumprimento total ou parcial do contrato, o RLC prevê expressamente apenas duas espécies de penalidades: rescisão e suspensão do direito de licitar e contratar. Contudo, em razão da possibilidade de se estipular outras formas de sanção, é praxe que os contratos celebrados pelo SESI e pelo SENAI prevejam as penalidades de advertência, multa e suspensão do direito de contratar e licitar com estes, porém, nada impede que sejam estabelecidas outras formas de punição.

---

<sup>22</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

## 2.6.2 DOSIMETRIA DAS PENALIDADES

No tópico acima, afirmamos que as sanções administrativas mais comuns são advertência, multa e suspensão do direito de licitar e contratar com o SESI/SENAI. Além disso, na aplicação destas, a entidade deve exercer um juízo de proporcionalidade entre a infração cometida e a sanção escolhida.

Logo, diz-se que a advertência é a sanção destinada a punir o contratado pelo cometimento de infrações leves. Por sua vez, a multa é destinada às infrações médias e, por fim, a suspensão do direito de licitar e contratar com a entidade aplica-se às infrações graves. Dentre estas espécies de penalidades, a única que pode ser aplicada de forma cumulativa com as demais é a multa.

Outrossim, embora não seja uma medida sancionatória, mas sim acautelatória e preventiva, recomenda-se que a entidade contratante retenha a garantia prestada para pagamento da multa ou desconte seu valor dos pagamentos eventualmente devidos ao contratado, sem prejuízo do direito de cobrar judicialmente os valores.

Um exemplo claro deste desconto e que recentemente foi chancelado pelo Tribunal de Contas da União, é a utilização do montante para cobrir possíveis prejuízos com ações trabalhistas. No caso, o TCU permitiu que a entidade contratante descontasse de futuros pagamentos à contratada o valor correspondente ao inadimplemento da obrigação trabalhista<sup>23</sup>.

Ademais, deve-se frisar que a sanção contratual possui efeitos *ex nunc*, logo, não retroage automaticamente para prejudicar todos os contratos em vigor. Entretanto, nada impede que entidade promova medidas tendentes a rescindir os contratos nos casos autorizados.

---

<sup>23</sup> “Na mesma assentada, o Tribunal recomendou à Ceagesp que adotasse os seguintes procedimentos, [...] a) prever nos contratos, de forma expressa: autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato; autorização para realização de pagamentos de salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados da contratada, bem assim das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, na forma prevista no art. 19-A, inciso I, da IN/SLTI/MP 2/08, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6/13; b) depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria Administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento; c) fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do contrato; multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada; prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; e obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada; d) caso sobrevenham, durante a vigência contratual, ações trabalhistas promovidas por empregados dedicados ao ajuste, considerando o teor dos pleitos, investigar se há irregularidades no pagamento de verbas trabalhistas, solicitando os documentos correspondentes (vide art. 34, § 5º, inciso I, ??, da IN/SLTI/MP 2, com redação dada pela IN/SLTI/MP” Acórdão 3301/2015-Plenário, relator Min. Walton Alencar Rodrigues.

Cabe destacarmos que eventual criação de nova pessoa jurídica, pelos sócios da empresa punida, com o objetivo de burlar a efetividade das sanções, deve ser considerada como fraude ou abuso de direito, permitindo a descon sideração da personalidade jurídica da nova sociedade e, conseqüentemente, sua participação no certame.

Por fim, deve-se atentar para o fato de que o gestor não possui discricionariedade quanto a aplicação ou não de uma penalidade. Ou seja, uma vez verificado o inadimplemento da obrigação, o gestor do contrato é obrigado a instaurar processo de aplicação de penalidade. Sua discricionariedade, na verdade, recai apenas quanto à espécie de sanção que será imposta<sup>24</sup>.

## **2.7 INSTRUMENTOS DE AUXÍLIO PARA UMA ADEQUADA GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS**

Com a finalidade de promover uma adequada fiscalização de contratos, é recomendável que as entidades contratantes se valham de instrumentos que possam auxiliar os gestores e fiscais ao longo da execução contratual, notadamente porque geralmente os gestores e fiscais assume as respectivas atribuições sem prejuízo de suas verdadeiras funções para as quais foram contratados.

Desta forma, recomenda-se que as entidades elaborem seus Manuais de Gestão e Fiscalização de Contratos contendo as principais questões a serem observadas na execução do contrato. Além disso, é de suma importância que sejam elaborados normativos internos e/ou instruções operacionais que estabeleçam o passo a passo do processo de fiscalização e também o processo de penalização do fornecedor inadimplente.

## **2.8 CONCLUSÃO**

Após enfrentarmos todas as questões, concluímos ser de grande importância que as entidades SESI/SENAI realizem arrojada gestão e fiscalização de seus contratos, com o objetivo de buscar sempre a melhor eficiência operacional, evitando prejuízos e apontamentos dos órgãos externos de controle.

Para atingir tais objetivos, revela-se imprescindível que as entidades criem instrumentos facilitadores e norteadores para os gestores e fiscais de contratos, a exemplo do Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos e Normativos Internos traçando o passo a passo do processo de fiscalização e também o processo de penalização do fornecedor inadimplente.

---

<sup>24</sup> Nesse sentido: TCU, Acórdão n.º 836/2012-Plenário, TC 014.560/2008-3, rel. Min. Augusto Nardes, 11.4.2012.

## 2.9 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2011.

BRASIL, **Lei Nº 8.666, De 21 De Junho De 1993**, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acessado em: 16 ago. 2014.

BRASIL, **Lei Nº 10.192, De 14 De Fevereiro De 2001**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10192.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

BRASIL, Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral e Contratos em Espécie*. 4ª ed. 2014. Ed. Jus Podivm.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: (casos e polêmicas)* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitações públicas e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**3 - AS DISPENSAS COLETIVAS E A  
AUSÊNCIA DE SEGURANÇA JURÍDICA**

**Christian Schramm Jorge  
Narjara Cheyenne Carmelo Andriet**

**Departamento Regional do Paraná**



### 3.1 INTRODUÇÃO AO TEMA

Em tempos de crise econômica, o fantasma do desemprego voltou ao campo da matéria, deixando trabalhadores em pânico e empregadores com um contingente trabalhista enorme. Diante de tal quadro, muitas empresas, sem condições econômicas de manter o mesmo quadro de empregados, vêm-se obrigadas a fazer dispensas coletivas.

Contudo, a ausência de regulamentação da matéria no ordenamento jurídico interno torna o ato de rescisão uma insegurança jurídica. Assim, o objetivo do presente estudo é elucidar o tema e definir ações básicas a serem tomadas pelas empresas (indústrias) diante do cenário econômico e jurídico atual.

### 3.2 A ATUAL LEGISLAÇÃO SOBRE RESCISÃO CONTRATUAL (INDIVIDUAL E EM MASSA)

A Constituição Federal de 1988 incluiu no rol dos direitos trabalhistas básicos a proteção do trabalhador contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa, nos termos de lei complementar<sup>1</sup>.

Contudo, passados mais de 28 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não há, sequer, revisão da edição da citada Lei Complementar prevista no inciso I de seu artigo 7º. A única experiência legislativa nacional após 1988, no tocante à proteção da rescisão contratual abusiva, foi a Lei 9.029/1995 - “Lei Benedita da Silva” - que, já em seu preâmbulo, previu a proibição da *exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências*.

A indenização citada no inciso I, do art. 7º, da Constituição Federal ficou a cargo do art. 10 da ADCT, que apenas majorou a multa indenizatória do FGTS de 10 para 40%. Assim, a legislação cuidou de trazer ao empregado uma reparação pecuniária, sem se preocupar efetivamente com a manutenção do emprego, substituindo definitivamente a antiga estabilidade decenal prevista no art. 492 da CLT.

---

<sup>1</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;*

Além disso, verifica-se que no ordenamento jurídico pátrio temos apenas o regramento do que seria a dispensa individual, composta da arbitrária/sem justa causa e a da motivada/por justa causa, e sua repercussão financeira. Por consequência lógica, deduz-se que não há na legislação brasileira qualquer definição do que poderia considerar-se como despedimento coletivo, tampouco os parâmetros de averiguação desse fenômeno, conforme se observa no direito comparado.

Ante a lacuna legislativa, os doutrinadores, inspirados no direito comparado, trazem definições sobre o despedimento coletivo. Orlando Gomes, citado por Mario Gonçalves Junior<sup>2[3]</sup>, conceitua a dispensa coletiva, bem como a diferencia do que chama de dispensa plúrima:

*“Dispensa coletiva é a rescisão simultânea, por motivo único, de uma pluralidade de contratos de trabalho numa empresa, sem substituição dos empregados dispensados.*

*Dois traços caracterizam a dispensa coletiva, permitindo distingui-la nitidamente da dispensa plúrima. São:*

*a) a peculiaridade da causa;*

*b) a redução definitiva do quadro de pessoal.*

*Na dispensa coletiva é única e exclusiva a causa determinante. O empregador, compelido a dispensar certo número de empregados, não se propõe a despedir determinados trabalhadores, senão aqueles que não podem continuar no emprego. Tomando a medida de dispensar uma pluralidade de empregados não visa o empregador a pessoas concretas, mas a um grupo de trabalhadores identificáveis apenas por traços não-pessoais, como a lotação em certa seção ou departamento da empresa, a qualificação profissional, ou o tempo de serviço. A causa da dispensa é comum a todos, não se prendendo ao comportamento de nenhum deles, mas a uma necessidade da empresa.”<sup>3[4]</sup>*

Carlos Alberto Reis de Paula, Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, define a dispensa coletiva da seguinte maneira:

---

<sup>2</sup> <sup>[3]</sup> GONÇALVES JUNIOR, Mario. Demissão Coletiva. Mundo Jurídico. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=885](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=885)> Acesso em 29 nov. 2009.

<sup>3</sup> <sup>[4]</sup> Cita o texto original a seguinte referência bibliográfica: GOMES, Orlando. Dispensa Coletiva na Reestruturação da Empresa (Aspectos Jurídicos do Desemprego Tecnológico). Revista LTr. 38/577.

*Afinal, o que é dispensa coletiva?*

***A nossa legislação permanece muda. (...)***

*Sem buscar cotejos de conceituações, podemos dizer que a dispensa coletiva importa o desligamento simultâneo de número significativo de empregados, movida a empresa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.<sup>4</sup>*

É sabido que ante a presença de uma lacuna legislativa, não pode o juiz se eximir de julgar, pelo contrário, deverá utilizar-se de todas as ferramentas possíveis para a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Tendo esse fato como base, a jurista Maria Cecília Máximo Teodoro apresentou um rol vasto de textos legais que permitem a adoção de princípios e do direito comparado como fundamento para as decisões, *in verbis*:

- a) Art. 4º da LICC: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e também com os princípios gerais do direito.”
- b) Art. 5º, da LICC: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”
- c) Art. 8º, da CLT: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”; (...)

*Assim, qualquer escusa do magistrado em solucionar o conflito que lhe fora proposto sob o escopo de ausência de normas, seria a negação da prestação jurisdicional, e violação aos direitos humanos mais básicos.<sup>5</sup>*

<sup>4</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. Dispensa Coletiva e Negociação. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 2, abr/jun 2011. Disponível em: < [http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25343/016\\_paula.pdf?sequence=4](http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/25343/016_paula.pdf?sequence=4) > Acesso em 12 ago. 2016

<sup>5</sup> TEODORO, Maria Cecília Máximo. Aarão Miranda da SILVA. A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta. Jus Vigilantibus. Disponível em:< <http://jusvi.com/artigos/39249/1> > Acesso em 21 nov. 2009.

Há que se destacar ainda que a análise das lacunas deverá ser feita em decorrência dos princípios que norteiam o direito do trabalho, sendo importante salientar que esses têm uma “função interpretativa, integrativa e construtiva”<sup>6</sup> do sistema jurídico. Assim, os juristas e maioria dos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, entendem que a carta Magma não deixa dúvidas de que quando se trata do coletivo, a negociação é o caminho a ser seguido, ante o disposto no art. 114, § 2º da CF<sup>7</sup>. Acrescem a esse argumento o disposto no art. 8º, III, Constituição Federal, o qual deixou para os sindicatos “*a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”<sup>8</sup>.

Para além da nossa Constituição, em relação à negociação coletiva, aponta a doutrina que o Brasil também ratificou as Convenções 98 e 154 da OIT<sup>9</sup>, que incentivam, aos Estados membros, a adoção de práticas para incentivar a negociação coletiva.

Nesse ponto, há quem já esteja se perguntando se nada será falado acerca da Convenção 158 da OIT, a qual terá um capítulo apartado, mas de antemão salientamos que, muito embora o texto da convenção tenha sido denunciado, não há como se escapar da influência doutrinária do seu art. 13, o qual preconiza que “*havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão.*”<sup>10</sup>

Observamos, portanto, que a doutrina majoritária entende pela necessidade de negociação coletiva, tendo como embasamento o direito comparado e os textos legais acima citados. Contudo, há quem discorde desse posicionamento, visto que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição).

O jurista Sérgio Pinto Martins entende que se não há restrição, a demissão coletiva é permitida, conforme se infere do texto abaixo:

---

<sup>6</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. Opus cit.

<sup>7</sup> Art. 114 (...)§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição, 1988.

<sup>9</sup> Convenção 98: Decreto Legislativo nº 49 de 1952 e promulgada pelo Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953; Convenção 154: Decreto Legislativo 22, de 1992 e promulgada pelo Decreto 1.256, de 29 de setembro de 1994.

<sup>10</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. Opus cit.

*“Não existe previsão legal no sentido de que a empresa tenha de motivar as demissões para fazer despedidas coletivas. Se as dispensas coletivas não são proibidas, elas são permitidas.*

*O dissídio coletivo tem natureza declaratória e constitutiva. Não tem natureza condenatória. Logo, não pode haver determinação no dissídio coletivo de reintegração no emprego em razão da dispensa coletiva.*

*O ordenamento jurídico não tem lacuna para se utilizar o Direito Comparado, ou de analogia, com fundamento no art. 8º da CLT. O inciso I do art. 7º da Constituição trata da dispensa arbitrária ou sem justa causa. A Norma Maior não faz distinção entre dispensa individual ou coletiva. Logo, o intérprete não pode fazê-lo. Não há, portanto, lacuna no ordenamento constitucional.”<sup>11</sup>*

Em relação à reintegração, mesmo os partidários da negociação coletiva entendem pela inviabilidade dessa, como já declarado pelo Ministro aposentado Carlos Alberto Reis de Paula, visto não haver lei complementar disciplinando a matéria, a qual, por ser tema sensível à sociedade deve passar pelo crivo da deliberação democrática, nas mãos do nosso legislativo.<sup>12</sup>

### **3.3 A CONVENÇÃO N. 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO**

A Convenção n° 158 da OIT, foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em sua sede em Genebra, em 1982, e trata da limitação do poder potestativo do empregador em rescindir os contratos de trabalho de seus empregados. Basicamente, estabelece que toda e qualquer rescisão precisa ser motivada, ou melhor, justificada. Não bastaria mais a indenização pecuniária para nossa atual rescisão sem justa causa ou imotivada, sendo obrigado o empregador a fundamentar a dispensa, com os recursos disponíveis ao empregado no caso de discordância.

O festejado Des. Luiz Eduardo Gunther, do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, apresenta uma definição bem humorada da Convenção:

<sup>11</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. Despedida Coletiva. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/despedita-coletiva/4062>. Acesso em 12 ago. 2016

<sup>12</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. *Opus cit.*

*Há uma música muito conhecida no Brasil cujo título é “Me dê Motivo”. Seu criador, o músico Tim Maia, diz lá pelas tantas “me dê motivo para ir embora”. É disso que trata a Convenção nº 158 da OIT. Da justificativa para a dispensa. O empregado quer saber os motivos pelos quais está sendo dispensado. É insuficiente dizer que a despedida é sem justa causa (ou sem motivo). Parece que sempre por trás de uma dispensa há uma razão, uma justificativa.<sup>13</sup>*

Inobstante a previsão de motivação para todo o tipo de dispensa, o que conflita frontalmente com a atual legislação nacional, as demais previsões para a rescisão individual do contrato de trabalho, como hipóteses em que não se constitui justificada a rescisão, formas de recurso, indenização e aviso prévio, já são tratadas pela legislação trabalhista pátria.

Outro impacto trazido pela Convenção está previsto em sua terceira parte e ultrapassa a esfera individual do contrato de trabalho, passando a tratá-lo coletivamente, tratando das rescisões decorrentes de motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos.

Como observamos nos tópicos anteriores do presente trabalho, a legislação nacional não prevê, textualmente, hipóteses de rescisão em massa dos contratos de trabalho, muito menos os procedimentos a serem adotados nestes casos, sendo defendido pela doutrina e jurisprudência que, a base principiológica do direito coletivo do trabalho assim o prevê. Deste modo, as disposições previstas na Convenção, traçam verdadeiro roteiro a ser seguido pela empresa antes da rescisão dos contratos de trabalho que tenham por base critérios econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Também é previsto o envolvimento das autoridades competentes que, no nosso caso, seriam o Ministério do Trabalho e Previdência Social, com a finalidade de cientificar os órgãos governamentais dos impactos que estas rescisões possam causar, seja sob o aspecto social, seja sob o aspecto econômico.

O Brasil é estado membro deste a fundação da OIT, e participou da aprovação da Convenção nº 158. Em 1992, no governo do então Presidente Itamar Franco, foi feita, com suas peculiaridades, a primeira tentativa de introdução da referida convenção no ordenamento nacional. Submetida ao Congresso Nacional, foi aprovada mediante o Decreto Legislativo nº 68, em 17 de setembro de 1992, sendo que o registro da ratificação da Convenção, junto ao diretor geral da OIT, só foi feito mais de dois anos depois, já no governo Fernando Henrique Cardoso, em 05 de janeiro de 1995, passando a mesma a vigorar, conforme previsão de seus artigos 15 a 22, somente 12 meses após, ou seja, para o Brasil, entrou em vigor em 05 de janeiro de 1996.

---

<sup>13</sup> GUNTHER, Luiz Eduardo. A CONVENÇÃO NÚMERO 158 DA OIT NO BRASIL: UMA POLÊMICA AINDA NÃO RESOLVIDA. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. V.5-n.48. Março de 2016. Curitiba. PR

Dada a celeuma já iniciada à época, em 10 de abril de 1996 foi publicado o Decreto nº 1855<sup>14</sup>, que atribuiu os efeitos de lei ordinária à convenção perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Devido à total quebra de paradigma com o modelo anterior nacional, onde vigorava plenamente o direito potestativo do empregador em rescindir imotivadamente o contrato de trabalho de seus empregados, as limitações impostas pela Convenção 158 trouxeram mais polêmica, tanto na doutrina como na jurisprudência. Discutia-se, principalmente, a constitucionalidade da incorporação da convenção ao direito pátrio, especialmente pelo fato do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal estabelecer que a proibição à dispensa arbitrária e sem justa causa seria regulada por Lei Complementar, e, conforme interpretação até então conferida ao art. 102, III, *b* da Constituição, o tratado internacional é incorporado ao direito pátrio com o *status* de Lei Ordinária.

Tamanha foi a controvérsia instaurada que, a “Confederação Nacional do Transporte” e a “Confederação Nacional da Indústria” ingressaram com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal - ADI 1480 -, sustentando a inconstitucionalidade do Decreto Legislativo nº 68/1992, bem como do Decreto 1855/96. O Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, em 04 de setembro de 1997, suspendendo a aplicabilidade da Convenção 158 no direito pátrio. Porém, antes mesmo ao pronunciamento do Supremo, o Governo Federal resolveu denunciar a Convenção nº 158 à Organização Internacional do Trabalho, através do decreto 2.100 de 20 de novembro de 1996. Tal procedimento gerou nova polêmica, pois o texto da própria convenção previa que a denúncia somente poderia ocorrer após dez anos de vigência interna da convenção, bem como seus efeitos somente se verificariam após um ano do ato de denúncia, mas o registro do decreto presidencial acontecia apenas dez meses após a entrada em vigor da Convenção<sup>15</sup>.

Obviamente este procedimento e prazos não foram respeitados no Brasil, tanto que foi ajuizada nova ADIN, em 16 de junho de 1997, desta vez pela “Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG” e pela “Central Única dos Trabalhadores - CUT”, autuada sob o nº 1625, onde se pleiteia a inconstitucionalidade, por violação ao artigo 49, I da Constituição Federal, do decreto 2.100. A referida ADIN não teve a liminar deferida, sendo seu julgamento iniciado apenas em outubro 2003 sendo seguidamente adiado, face diversos pedidos de vistas pelos Ministros.

---

<sup>14</sup> Republicado em 26 set. 1996, por conter incorreções no texto original.

<sup>15</sup> Esta denúncia da Convenção 158 acarretou na extinção por perda do objeto da ADI 1480, em 26 de junho de 2001.

Recentemente, em 11 de novembro de 2015, foi retomado o seu julgamento com a apresentação do voto vista da Ministra Rosa Weber<sup>16</sup>, que se manifestou pela procedência da ação, entendendo ser inconstitucional o decreto de denúncia da Convenção 158. Para a Ministra, se a ratificação da Convenção depende da análise pelo Congresso Nacional, a sua denúncia igualmente deve ser a ele submetida. Neste mesmo sentido já haviam votado o relator Ministro Maurício Correia (aposentado), o Ministro Carlos Ayres de Britto (aposentado) e o Ministro Joaquim Barbosa (aposentado), este o penúltimo a votar, em 2009. Em sentido contrário, o Ministro Nelson Jobim (aposentado) votou pela improcedência da ação, entendendo que o ato de denúncia é unilateral do Presidente da República, que é o órgão que representa o país na ação e independe de manifestação do Congresso Nacional. O julgamento foi novamente adiado face o pedido de vistas pelo Ministro Teori Zavascki.

Assim, a julgar pelo caminho que está se delineando no julgamento da ADIN 1625, temos que ainda está longe de ser resolvida toda a polêmica em torno desta primeira tentativa de incorporação da Convenção 158 ao direito interno brasileiro. Importante salientar que a Confederação Nacional da Indústria ingressou na ação, na condição de *amicus curiae*, 28 de outubro de 2008.

Em 2008, o então presidente Luiz Inácio Lula da Silva apresentou novo pedido de referendo ao Congresso Nacional<sup>17</sup><sup>18</sup>. Até a conclusão do presente trabalho, a referida mensagem presidencial ainda tramitava na Câmara dos Deputados, com parecer favorável a sua aprovação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC (datado de 06/11/2014).

Esta nova tentativa de incorporação foi recebida com outra polêmica, seja devida aos aspectos econômicos que possam representar as empresas - especialmente com os impactos da crise financeira mundial atravessada no período 2008/2009, agravados com a atual crise econômica e, principalmente, política - seja em relação aos aspectos jurídicos, tão combatidos na última tentativa.

Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal à época, ratificado o tratado internacional, o ingresso deste no ordenamento interno se dá sob o *status* de legislação ordinária, conforme interpretação da alínea *b* do inciso II do artigo 102 da Constituição. Porém, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o parágrafo terceiro<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Os autos encontravam-se, originalmente, com vistas a Ministra Ellen Gracie desde o voto do Min. Joaquim Barbosa, em 2009. Com a aposentadoria da Ministra em 08 de agosto de 2011, os autos foram redistribuídos à Ministra Rosa Weber.

<sup>17</sup> SOUZA, Fernanda Amabile Martinho de. Temores e importância da aprovação da Convenção da OIT sobre o término da relação de trabalho. Revista LTr. V. 73, n. 02, p. 199.

<sup>18</sup> Autuada na Câmara dos Deputados como Mensagem Presidencial nº 59/2008.

<sup>19</sup> Art. 114 (...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

ao artigo 5º da Constituição Federal, alterando definitivamente a hierarquia dos tratados e convenções incorporados ao direito interno brasileiro. Assim, versando o tratado ou convenção sobre direitos humanos e observando a sua ratificação pelo Congresso Nacional, o rito legislativo de aprovação de Emenda Constitucional<sup>20</sup> passa a vigorar em nosso ordenamento com *status* constitucional e não mais de legislação ordinária. E é justamente o caso da Convenção 158, por conter *matéria intrínseca à dignidade humana do trabalhador, indissociável à natureza de direitos humanos*<sup>21</sup>, pelo que lhe é inteiramente aplicável a disposição do parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição.

Assim, temos que, se na nova tentativa de incorporação da Convenção 158, o Congresso Nacional observar os *quoruns* de aprovação de três quintos de cada uma das casas, esta será integrada ao ordenamento interno, com o *status* de Emenda à Constituição, superior, portanto, à lei ordinária ou complementar, o que aponta a compatibilidade com o disposto no art. 7º, I, da Constituição, sedimentando qualquer controvérsia sobre sua aplicação ao ordenamento jurídico trabalhista pátrio.

### 3.4 OS PRONUNCIAMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE DISPENSA EM MASSA

O *Leading Case* do direito brasileiro sobre rescisão em massa foi o dissídio coletivo da Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A - EMBRAER, decorrente da crise econômica de 2008-2009, que gerou a extinção de aproximadamente 4.400 postos de trabalho, um percentual de 20% do total de seus empregados<sup>22</sup>.

O dissídio foi ajuizado pelo sindicato obreiro perante o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região<sup>23</sup>, que entendeu inválidas as rescisões sem prévia negociação com o sindicato, concedendo liminar para suspender os efeitos das rescisões até audiência preliminar de conciliação, a qual restou infrutífera. Na sequência, foi julgado procedente o Dissídio, apontando o acórdão como fundamentos basicamente a matéria já exposta acima, de base principiológica e no direito comparado.

<sup>20</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:(...)

II - do Presidente da República;(...)

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

<sup>21</sup> SOUZA, Fernanda Amabile Martinho de. Temores e importância da aprovação da Convenção da OIT sobre o término da relação de trabalho. Revista LTr. V. 73, n. 02, p. 199.

<sup>22</sup> Houve outro caso na época, no TRT da 2ª Região - DC 20281-2008-000-03-00-1 - também com repercussão na mídia mas que, após publicação do acórdão, resultou em acordo entre as partes.

<sup>23</sup> DC 30900-12.2009.5.15.0000.

A EMBRAER recorreu desta decisão ao Tribunal Superior do Trabalho. Juntamente com o recurso ordinário, foi interposto um pedido de efeito suspensivo aos efeitos da decisão do TRT da 15ª Região até o julgamento do recurso ordinário pelo TST. O então presidente do TST, Ministro Milton de Moura França, apreciou o pedido de efeito suspensivo, entendendo estarem presentes os requisitos para a concessão de liminar, que foi concedida em 13 de abril de 2009. A decisão, digna de nota, traça uma análise dos impactos da crise econômica no setor aeronáutico mundial na época, e concluiu pela aplicação do princípio da legalidade, já que o inciso I do art. 7º da CF ou a CLT não fixava regras para a dispensa massiva.<sup>24</sup> Esta decisão sinalizou que o julgamento do recurso ordinário em dissídio coletivo seguiria uma linha mais tradicional do Tribunal Superior do Trabalho, não trazendo grandes inovações em seus posicionamentos. Note-se também que, a matéria era inédita, não existindo outro caso semelhante julgado por aquela colenda Corte.

Porém, a liminar concedida pelo Ministro Milton de Moura França não teve vida longa. Logo em seguida à sua concessão, foi designada nova audiência conciliatória que se manteve infrutífera, seguindo os autos a julgamento, em 10 de agosto de 2009, decidindo o TST, por maioria, em manter o acórdão regional, apenas afastando a prorrogação dos contratos de trabalho até a audiência de conciliação feita naquele regional. Assim, foi mantida a condenação ao pagamento de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, conforme regras fixadas no acórdão<sup>25</sup>, manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores demitidos e seus familiares por 12 (doze) meses, além da preferência, por 02 (dois) anos, na contratação destes empregados demitidos caso fossem reativados os postos de trabalho extintos com as rescisões.

É importante destacar, contudo, que, mesmo sem editar Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho firmou um entendimento sobre o tema, fixando a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. Embora não seja de observância obrigatória, a referida premissa criou histórico precedente no direito coletivo brasileiro, sendo seguido atualmente pelos demais Juízes do Trabalho ao apreciar casos análogos<sup>26</sup>.

A EMBRAER e o sindicato dos empregados ingressaram com embargos declaratórios e, na sequência, com recurso extraordinário, sendo que o de ambos os recorrentes teve seguimento denegado pelo TST, sendo interpostos agravos de instrumento ao STF. O Supremo, por sua

---

<sup>24</sup> BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ES Nº 207660/2009-000-00-00.7. Ministro Presidente Milton de Moura França. Publicado 15.4.09;

<sup>25</sup> Cumpre salientar que na época ainda não havia sido publicada a Lei 12.506/2011, ou seja, a duração do aviso prévio era de apenas 30 (trinta) dias.

<sup>26</sup> Vide recente caso envolvendo a empresa MFX do Brasil, no qual foi determinada a reintegração de 42 empregados pela 33ª Vara do Trabalho de Salvador/BA - PJe-JT 0000363-63.2016.5.05.0033.

vez, negou provimento aos agravos. Porém, em sede de agravo regimental, foi dado provimento ao agravo da EMBRAER, não só dando seguimento ao recurso extraordinário por ela interposto, como também reconhecida a repercussão geral da matéria, conforme decisão de 22 de março de 2013. Dada a importância da matéria, a Confederação Nacional da Indústria ingressou recentemente no feito, com despacho de admissibilidade em 07 de junho de 2016.

Caberá ao Supremo a nobre tarefa de dirimir a questão, mantendo ou reformando o posicionamento do TST, a exemplo de outros casos trabalhistas de repercussão geral que estão aos seus cuidados, como o da terceirização.

### **3.5 AS ALTERNATIVAS LEGAIS PARA A MANUTENÇÃO (OU PRORROGAÇÃO) DE POSTOS DE TRABALHO**

Ao longo do presente trabalho expusemos a grande discussão a respeito da necessidade ou não da participação prévia dos sindicatos obreiros nos casos de rescisão massiva e as dificuldades atravessadas pelas empresas em tempos de crise. Independente de se consolidar o entendimento a respeito de qual corrente doutrinária (ou jurisprudencial) seguir, a análise a ser feita é quais alternativas dispõe a empresa para manter seus postos de trabalho em tempos de crise.

José PASTORE<sup>27</sup>, aponta que quando o horizonte não apresenta melhores perspectivas para um curto ou médio período de tempo, as demissões não são uma alternativa, mas uma necessidade. Porém, quando se tem uma perspectiva de melhora, ainda que a médio prazo, há como adotar medidas visando a manutenção dos postos de trabalho.

Há muito se alardeia que a legislação trabalhista brasileira está ultrapassada, necessitando de uma revisão - flexibilização - especialmente ao ser aplicada nos tempos de crise. Porém, numa análise mais apurada da legislação já disponível - e pouco utilizada - observamos que, inobstante a necessidade da reforma trabalhista, já existem dispositivos legais que, se bem manejados, podem conceder algum 'fôlego' às empresas sem a necessidade da redução de postos de trabalho, fim este primado pela sociedade em geral.

Iniciando pela própria Constituição Federal, já localizamos, em seu art. 7º, que regula a base dos direitos trabalhistas, exemplos da possibilidade de 'remédios legais' para os tempos de crise. No inciso VI está prevista a irredutibilidade do salário, "*salvo o disposto em acordo ou*

---

<sup>27</sup> PASTORE, José. As dispensas na Embraer. Publicado no Estado de São Paulo, de 03 mar. 2009. Disponível em: [http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em\\_127.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em_127.htm). Acesso em 30 jul. 2009.

*convenção coletiva*”. Ou seja, o empresário que atravessar um período de dificuldades financeiras (a exemplo da atual crise econômica e política), correndo o risco de fechar suas portas e, conseqüentemente, demitir vários empregados, pode firmar um acordo coletivo com o respectivo sindicato dos empregados, ajustando uma redução proporcional dos salários em troca da manutenção dos postos de trabalho, com o devido respaldo constitucional para tanto.

A origem do inciso VI está no art. 503<sup>28</sup> da CLT, que prevê, nos casos de força maior ou prejuízos devidamente comprovados (aqui podendo ser enquadrada a hipótese de crise financeira), a possibilidade de redução geral dos salários dos empregados, respeitado o percentual máximo de 25%. Nesta mesma linha de pensamento, a Lei. 4.923, de 23 de dezembro de 1965, prevê a hipótese específica de dificuldade da empresa em face da conjuntura econômica, admitindo a redução de jornada aliada à redução salarial, também não excedente de 25% e limitada a 3 meses, postergáveis por igual período, abrangendo todos os empregados da empresa.

Recentemente, a Medida Provisória 685, de 21 de julho de 2015, convertida na Lei 13.189/2015, instituiu o Programa de Proteção ao Emprego - PPE, permitindo as empresas que aderirem até a data limite de 31 de dezembro de 2016, e pelo período mínimo de 6 e máximo de 24 meses, a redução de até 30% da jornada, com proporcional redução do salário, dos empregados de determinados setores da empresa, desde que comprovados requisitos econômicos, e com compensação parcial pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, observados os termos e limites nela previstos. Por outro lado, referida inovação legislativa concede garantia de emprego aos empregados abrangidos pela redução de jornada/salário, durante o período de sua vigência e, após o seu término, pelo prazo equivalente a um terço do período de adesão.

Ainda dentro da análise da jornada de trabalho, outro instituto muito utilizado na atualidade é o banco de horas. Inserido no artigo 59 da CLT, referida legislação trouxe a possibilidade do empregador dispensar o acréscimo salarial decorrente do excesso de horas em um dia de trabalho, desde que este seja compensado com a correspondente diminuição em outro dia, respeitado o limite de um ano para a compensação e, limitado o labor extraordinário a dez hora diárias.

Este sistema, geralmente, é utilizado por empresas onde o trabalho é sazonal, ou seja, a alternância de períodos onde o grande volume de trabalho exige a prestação, muitas vezes habitual, de horas extras e, outros de baixa demanda, onde os empregados teriam pouco ou nenhum trabalho a desempenhar. Assim, nos períodos de baixa, podem as empresas conceder folgas

---

<sup>28</sup> Art. 503. É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a vinte e cinco por cento, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.  
*Parágrafo único. Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.*

aos empregados, compensando as horas extraordinárias trabalhadas no passado. Mesmo a compensação antecipada é possível, ou seja, o empregador concede folga ao empregado mesmo sem ter o mesmo horas extraordinárias anteriores a compensar, já antecipando um provável labor extraordinário futuro.

Juntamente com o instituto do banco de horas, as empresas costumam adotar as férias coletivas, previstas no artigo 139 da CLT. Somadas estas alternativas, e a depender do banco de horas disponível pelas empresas, é possível a manutenção dos contratos de trabalho, com a manutenção do pagamento de salários, por um período razoável de tempo. Estas medidas, como já exposto anteriormente, são mero paliativo para períodos de curta recessão, com perspectiva de breve melhora no cenário econômico para a empresa.

Quando o período de crise se mostra mais acentuado, ou não dispor as empresas das alternativas anteriores de banco de horas e férias coletivas, outra possibilidade a ser utilizada é a da suspensão temporária dos contratos de trabalho. O artigo 476-A da CLT, incluído pela Medida Provisória 2.164-41/01, estabelece esta possibilidade. A ideia do legislador foi justamente possibilitar uma recuperação para empresas em crise, desonerando-as temporariamente do pagamento dos salários de seus empregados. Conforme previsão do parágrafo terceiro, o empregador *poderá conceder uma ajuda compensatória mensal*, porém, não há obrigatoriedade para tanto. Conforme previsão do art. 2º-A da Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, o Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT efetuará, durante este período de afastamento o pagamento de 'bolsa de qualificação' aos empregados com o contrato de trabalho suspenso. Note-se, contudo, que o pagamento desta bolsa pelo FAT somente será devido pelo período de até cinco meses, sendo que, a partir deste limite, a bolsa continuará a ser paga, só que a obrigação é transferida ao empregador, conforme previsão do parágrafo sétimo do artigo 476-A.

Como pudemos observar, a legislação atual dispõe de vários artifícios a serem utilizados pelas empresas em tempos de crise, sendo aqui citados meros exemplos dentre outras possibilidades existentes. Se não representam a solução definitiva a suas dificuldades financeiras, por certo contribuem para uma manutenção, ao menos temporária, dos postos de trabalho até a definição dos rumos efetivos a serem seguidos.

### 3.6 CONCLUSÃO

Ao término do presente estudo, observando a evolução do instituto da rescisão contratual ao longo da história do direito do trabalho no Brasil, e em atenção aos recentes pronunciamentos jurisprudenciais, pode-se chegar às seguintes conclusões:

- 1) Embora a Consolidação das Leis do Trabalho, em seus primórdios, privilegiasse a estabilidade no emprego, a pressão empresarial e econômica fez com que, gradativamente, fosse substituído este sistema por outro meramente indenizatório - Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - pelo qual fica livre a empresa, com restrições pontuais, a proceder à rescisão desmotivada dos contratos de trabalho de seus empregados, com restrições pontuais em casos de garantia de emprego ou estabilidade.
- 2) Durante toda a história da legislação laboral brasileira, à exceção do período exíguo onde foi incorporada à Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, todas as disposições legais trataram especificamente da rescisão individual do contrato de trabalho, nada dispondo ou definindo a respeito da dispensas massivas. A Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 7º inciso I que, será regulada a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa na forma de lei complementar; contudo, a referida legislação, passados quase trinta anos da promulgação do texto constitucional, ainda não foi criada.
- 3) A primeira tentativa de ratificação da Convenção 158 da OIT ao direito interno se mostrou frustrada face ao entendimento do Supremo Tribunal Federal de alegada incompatibilidade com o texto constitucional, uma vez que sua incorporação se deu com o *status* de lei ordinária, enquanto o citado inciso I do art. 7º da Constituição, prevê, expressamente que, a demissão arbitrária ou sem justa causa seja regulada em lei complementar.
- 4) Conforme previsão do atual parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, as convenções internacionais que versarem sobre direitos humanos - como é o caso da Convenção 158 - que forem aprovados observando o mesmo processo de votação de Emenda Constitucional, será incorporado ao direito interno com este mesmo *status*. Assim, em nova tentativa de ratificação da Convenção 158, como a iniciada pelo Presidente Luis Inácio Lula da Silva em fevereiro de 2008, caso esta venha a ser aprovada, observando-se o disposto no parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição, adquirirá *status* constitucional - ou mesmo supralegal - não possuindo incompatibilidade com o inciso I do artigo 7º da Constituição.

- 5) Mesmo não dispondo, expressamente, na legislação trabalhista interna de dispositivo a respeito das dispensas massivas, parte da doutrina vem defendendo a tese de que, em havendo a necessidade de dispensa de empregados em percentuais representativo do total de empregados de uma empresa, é necessária a prévia comunicação ao sindicato obreiro. Este entendimento se funda, precipuamente, na ratificação das Convenções 98 e 154 da OIT, que privilegiam a negociação coletiva de trabalho e, na aplicação da Convenção 158 como fonte supletiva de direito.
- 6) Esta corrente doutrinária vem recebendo apoio jurisprudencial, como pudemos observar no julgamento do dissídio coletivo da “Empresa Brasileira de Aeronáutica S/A - EMBRAER”, sendo que, neste caso, **a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, embora não tenha editado súmula a respeito, firmou premissa (não unânime) a respeito, determinando que toda demissão massiva deverá ser precedida de negociação com o sindicato obreiro.**
- 7) Apesar da insegurança jurídica a respeito da demissão massiva, verificadas nas reviravoltas do ‘caso EMBRAER’, a tendência é pela manutenção do entendimento, pelos pretórios trabalhistas, de que seja obrigatório às empresas a prévia negociação sindical para a validade dos atos rescisórios de seus empregados, quando o percentual a ser dispensado ultrapasse parcela razoável do total dos empregados da empresa, isto enquanto ao Supremo não se posicionar definitivamente sobre a matéria.
- 8) Por fim, observando esta tendência jurisprudencial, e nos casos onde uma crise se mostra passageira, com possibilidades de retomada da produção a curto ou médio prazo, a exemplo do que ocorreu com as montadoras de veículos na crise 2008/2009, se mostram eficazes alternativas legais há tempos disponíveis no ordenamento jurídico. Como pudemos analisar, dentre estas alternativas estão a redução de jornada de trabalho aliada à redução salarial, à utilização de saldo de banco de horas e à suspensão temporária dos contratos de trabalho.

### 3.7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renato Rua de. *Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?* Revista LTr. V. 73, n. 04, p. 391.

ARAÚJO, Paulo. *A convenção 158 da OIT*. Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/revista/paginas\\_rev/rev\\_54.htm](http://www.trt3.jus.br/escola/revista/paginas_rev/rev_54.htm)> Acesso em 25 nov. 2009.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. *Convenções da OIT - Necessidade de ostentarem hierarquia constitucional*. Revista LTr. V. 70, n. 06, p. 695.

BRASIL: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. DISSÍDIO COLETIVO Nº 00309-2009-000-15-00-4. RELATOR: Desembargador Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. Seção de Dissídios Coletivos. Publicado em 26.2.2009;

BRASIL: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. DISSÍDIO COLETIVO Nº 00309-2009-000-15-00-4. RELATOR: Desembargador José Antonio Pancoti. Seção de Dissídios Coletivos. Publicado em 30.3.2009;

BRASIL: TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 02ª REGIÃO. DISSÍDIO COLETIVO Nº 20281-2008-000-03-00-1. RELATOR: Desembargadora Ivani Contini Bramante. Publicado em 15.1.2009;

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO Nº 309/2009-000-15-00.4. Relator: Ministro Maurício Godinho Delgado. Publicado em 04.9.09;

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. ES Nº 207660/2009-000-00-00.7. Ministro Presidente Milton de Moura França. Publicado 15.4.09;

BURBUGIANI, Luiz Henrique S. *Globalização, Economia e desemprego*. Revista LTr. V. 73, n. 01, p. 60.

COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes. *Direito do trabalho: da crise para o viés empresarial*. 2007. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho - 7ª Ed.* - São Paulo: Ltr, 2008.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *O direito à negociação coletiva e as despedidas em massa. Os deveres de participação do sindicato profissional nas tratativas prévias e de atuação das partes segundo a boa-fé.* Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13005>> Acesso em: 21 nov. 2009.

ESTADÃO. *O TST e a dispensa em massa.* Opinião. Estadão.com.br, Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090417/not\\_imp356179,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090417/not_imp356179,0.php)> Acesso em: 22 abr. 2009.

FONSECA, Larissa. *Crise econômica: adaptações aos contratos de trabalho.* Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2103, 4 abr. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12573> Acesso em: 07 jun. 2009.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Crise financeira e a valorização do trabalho humano.* Revista LTr. V. 73, n. 02, p. 147. (s.d) Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12573>>. Acesso em: 07 jun. 2009.

GONÇALVES JUNIOR, Mario. *Demissão Coletiva.* Mundo Jurídico. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=885](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=885)> Acesso em 29 nov. 2009.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A CONVENÇÃO NÚMERO 158 DA OIT NO BRASIL: UMA POLÊMICA AINDA NÃO RESOLVIDA.* Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. V.5-n.48. Março de 2016. Curitiba. PR.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF.* Jus Navigandi.. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10491>. Acesso em: 29 nov. 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Licença qualificatória em face da crise econômica.* Revista LTr. V. 73, n. 01, p. 17.

MELLO, Roberta Dantas de. *O papel da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho frente ao fenômeno da constitucionalização do direito do trabalho brasileiro.* Jus Navigandi, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13407>>. Acesso em: 31 ago. 2009

MORAES, Suzana Maria Paletta Guedes. *Pela não ratificação da Convenção n. 158 da OIT.* Revista LTr. V. 73, n. 02, p. 207.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Crise Econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos*. Revista LTr. V. 73, n. 01, p. 7.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *O procedimento da dispensa coletiva*. Carta Forense. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Imprimir.aspx?id=4184>>. Acesso em 21 nov. 2009.

*O TST e a dispensa em massa*. Jornal O Estado de São Paulo. Editorial. 17 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090417/not\\_imp356179,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090417/not_imp356179,0.php)> Acesso em 17 abr. 2009.

PASTORE, José. *A crise e o desemprego*. Publicado no Jornal da Tarde, de 05 nov. 2008. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em\\_125.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em_125.htm)> Acesso em 30 jul. 2009.

PASTORE, José. *As dispensas na Embraer*. Publicado no Estado de São Paulo, de 03 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em\\_127.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/em/em_127.htm)> Acesso em 30 jul. 2009.

PASTORE, José. *Os riscos da redução de jornada*. Publicado no Estado de São Paulo, de 17. Fev. 2009. Disponível em: <[http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt\\_273.htm](http://www.josepastore.com.br/artigos/rt/rt_273.htm)> Acesso em 21 nov. 09.

PINTO, Almir Pazzianotto. *O caso Embraer*. Agência Sebrae de Notícias, de 26.2.2009. Disponível em: <[http://asn.interjornal.com.br/noticia\\_pdf.kmf?cod=8194239](http://asn.interjornal.com.br/noticia_pdf.kmf?cod=8194239)> Acesso em 21 nov 2009.

*Presidente do TST recebe sindicalistas e sugere acordo nacional*. Notícias do TST, 23 abr. 2009. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no\\_noticias.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=9153&p\\_co](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9153&p_co)> Acesso em 24 abr. 2009.

*Renault reintegra 70% do pessoal afastado com a crise.* O outro lado da notícia. Oswaldo Bertolino. Disponível em: <<http://outroladodanoticia.wordpress.com/2009/05/07/pr-renault-reintegra-70-do-pessoal-afastado-por-crise/>> Acesso em 28 nov 2009.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada* - 31ª Ed. - São Paulo: Revista LTr,1999.

SALOMÃO, Claudia Regina. *A dispensa coletiva no ordenamento jurídico brasileiro e a influência da convenção* n. 158 da OIT. Revista LTr. V. 70, n. 04, p. 444.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Revisitando um plano nacional de ação frente ao desemprego.* Revista LTr. V. 73, n. 03, p. 267. (s.d.)

SILVA, Antônio Álvares da. *Dispensa coletiva e seu controle pelo judiciário.* Revista LTr. V. 73, n. 06, p. 650.

SOUZA, Fernanda Amabile Martinho de. *Temores e importância da aprovação da Convenção da OIT sobre o término da relação de trabalho.* Revista LTr. V. 73, n. 02, p. 199.(s.d.)

*STF discute a retirada unilateral do Brasil da Convenção 158 da OIT.* Migalhas n. 2156, 04 jun. 2009. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/mig\\_imprimir\\_sem\\_imagem.aspx?cod=86229](http://www.migalhas.com.br/mig_imprimir_sem_imagem.aspx?cod=86229)> Acesso em 05 jun. 2009.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Aarão Miranda da Silva. *A imprescindibilidade da negociação coletiva nas demissões em massa e a limitação de conteúdo constitucionalmente imposta.* Jus Vigilantibus. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39249/1>> Acesso em 21 nov. 2009.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *A convenção nº. 158 da OIT - vigência e aplicabilidade.* Revista LTr. V. 60, n. 06, p. 753. (s.d)



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**4 - O RECONHECIMENTO E MANUTENÇÃO  
DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DAS ENTIDADES  
INTEGRANTES DO SISTEMA “S”: UMA ANÁLISE SOB  
O ASPECTO DO PRIMADO DA IGUALDADE**

**Clayton Gomes de Medeiros**

**Departamento Regional do Paraná**



## RESUMO

A presente pesquisa preocupou-se em identificar a natureza jurídica das entidades integrantes do Sistema “S” e a correspondência entre esta natureza jurídica e a motivação que impõe ao Estado brasileiro a vedação ao poder de instituir impostos sobre tais entidades. A Pesquisa valeu-se do método dedutivo bibliográfico, utilizando-se de jurisprudências pacificadas nos tribunais superiores quanto aos elementos básicos, não expressos em textos normativos, necessários para a caracterização da natureza jurídica das entidades do Sistema “S” ou quanto a aplicação das imunidades tributárias, para buscar os elementos que determinam a equidade de tratamento entre estas entidades paraestatais e os entes estatais.

**Palavras-chave:** Imunidade tributária; Primado da igualdade; Sistema “S”; Entidades paraestatais.

# **RECOGNITION AND MAINTENANCE OF TAX IMMUNITY OF ENTITIES INTEGRAL “S” SYSTEM: AN ANALYSIS UNDER THE EQUALITY PRIMACY OF PARITY**

## **ABSTRACT**

This research was concerned to identify the legal nature of the member institutions of the System “S” and the correspondence between this legal nature and motivation requiring the Brazilian state to seal the power to impose taxes on such entities. The search took advantage of bibliographic deductive method, using a pacified jurisprudence in the higher courts as the basic elements, not expressed in legal texts necessary for the characterization of the legal nature of the entities of the system “S” or as the application of immunities tax, to seek the elements that determine the equitable treatment of these parastatals and state entities.

**Keywords: Tax immunity; Primacy of equality; “S” system; Parastatals.**

## 4.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho preocupou-se em construir um jus-racional acerca das imunidades tributárias, mais especificamente quanto às imunidades aplicáveis ao SESI e ao SENAI.

Se faz necessário esclarecer que as imunidades tributárias se traduzem como a vedação constitucional, ou seja a limitação imposta aos entes federados para instituir imposto sobre alguns sujeitos, objetos ou condições.

Se debruçará mais especificamente sobre o reconhecimento da imunidade tributária fundada no Artigo 150, VI, c) da Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>, que estabelece a vedação para instituir impostos por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sobre o patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos estabelecidos em lei.

Ressalta-se que a preocupação do trabalho é justamente com as entidades que foram delineadas para atuar frente à necessidade de integração da indústria e dos industriários. Tais entidades operam como instituições de fomento que atuam em cooperação com o Estado, possuindo relevante papel ao difundir desenvolvimento sustentável, empreendedorismo através da educação empresarial e qualificação de pessoas, ou seja, possuem finalidade não egoística, não atuam objetivando o mero interesse privado.

As entidades abarcadas pela Federação das Indústrias dos Estados, objeto deste estudo, quais sejam: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), o Serviço Social da Indústria (SESI), se enquadram no rol das imunidades subjetivas, ou seja, aquelas outorgadas em função da natureza jurídica do sujeito e em consideração ao papel socialmente relevante que desempenham.

Assim, o trabalho tem a relevância para estimular o pleito do reconhecimento das imunidades para que estas instituições gozem da proteção que o poder constituinte originário concedeu às entidades que atuam em prol do Estado Brasileiro e de seu desenvolvimento.

---

<sup>1</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

## 4.2 DA FINALIDADE DO SESI E SENAI E OS ENQUADRAMENTOS IMUNIZANTES

O Artigo 150, VI, c) da Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma proteção aos constituintes face ao poder estatal de tributar. Essa proteção tem o objetivo de limitar, impedir o exercício da competência e força tributante concedida aos entes federados.

Pode-se observar que o SENAI e o SESI são instituições que se enquadram nas regras imunizantes, quais sejam:

- a) Na imunidade do SENAI, onde buscou-se a difusão da educação, e do ensino, prevista nos arts. 205, 208 e 214 da CF, na medida em que se protege a educação formal ou curricular (escolas, faculdades, universidades etc.) e a educação informal ou extracurricular (bibliotecas, centros de pesquisa, museus, teatros, centros de estudos etc.), caracterizando-se como uma entidade educacional sem fins lucrativos.
- b) Na imunidade do SESI, buscou-se a difusão de ações sociais que promovam os valores sociais do trabalho e a dignidade humana, caracterizando-se como uma entidade de assistência social sem fins lucrativos.

Ocorre que ao final do mencionado artigo da Constituição Federal conta a expressão “(...) atendidos os requisitos da lei”: assim pode-se afirmar que a alínea c é dispositivo não autoaplicável, não automático, carecendo de acréscimo normativo, ou seja: de regulamentação, para que tais entidades se beneficiem da imunidade.

A lei a que se faz menção é a lei complementar, uma vez que a imunidade, assumindo a feição de limitação constitucional ao poder de tributar, como é o caso das imunidades que estão previstas no artigo 150, mais especificamente no Título VI (denominado: Da Tributação e do Orçamento) em sua Seção III (denominada: Das Limitações do Poder de Tributar) 146, II, da Constituição Federal.<sup>2</sup> A referida lei complementar capaz de estabelecer os critérios para o reconhecimento da imunidade é no presente momento o próprio Código Tributário Nacional.

---

<sup>2</sup> Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

(...)

A alínea c tem operatividade conferida pelo art. 14, I, II e III, do CTN.<sup>3</sup>

Vale dizer que a entidade da alínea c, cumprindo os requisitos que constam dos incisos do art. 14 do CTN, terá direito à fruição da imunidade. Frise-se que as normas veiculadas no art. 14 são meramente explicitantes, tendo apenas o intuito de conferir operatividade à alínea c do inc. VI do art. 150 da CF. Portanto, são apenas comandos explicitativos, não servindo para complementar ou incrementar a norma imunizante, modificando-lhe a essência.

Ocorre que o texto imunizante do artigo 150, VI, c) da Constituição Federal é identificado como norma de eficácia contida, pois não tem aplicabilidade imediata sem que ato infra-constitucional regule requisitos necessários para que os possíveis beneficiados se valham da imunidade.

De acordo com o art. 150 inciso VI “c” da Constituição Federal tanto o SENAI quanto o SESI fazem jus a imunidade tributária. Essa imunidade se traduz pela renúncia fiscal ou vedação de cobrança de tributo estabelecida em sede constitucional. Isso significa a vedação da cobrança de tributos mediante edição de leis complementares ou ordinárias, portarias ou quaisquer ordens de serviços de órgãos burocráticos do Estado.

É necessário que fique esclarecida a lógica, o sentido e o alcance dessas renúncias do Estado em favor de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como é o caso do SENAI/SESI e demais entidades integrantes do Sistema “S”. Na verdade, quando o Estado, através do legislador constituinte estabelece as imunidades, ou através do legislador ordinário concede as isenções, não está, como erroneamente alguns entendem, fazendo nenhum favor ao particular ou beneficiando indevidamente este ou aquele segmento da sociedade. A lógica é outra, a lógica adequada é inversa. Quem se favorece com a imunidade é o público, vez que o ente imunizado realiza funções que suprem as deficiências do Estado e em muitos casos até substituem o que é dever do Estado.

Induvidoso que a União reconhece a imunidade de alguns tributos para as entidades do Sistema “S”, razão pela qual, concede o benefício alguns tributos de sua competência, como é o caso do Imposto de Importação e o Imposto sobre Produto Industrializado. Fica evidente

<sup>3</sup> Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I - não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.  
§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

que a União não se preocupa com o recolhimento do Imposto sobre a Importação ou Imposto sobre Produto Industrializado nos casos das entidades do Sistema “S”, não apresentando qualquer questionamento quando se trata da imunidade de impostos em espécie.

Todavia, o mesmo não ocorre quando está diante de outras espécies tributárias (como o PIS e a COFINS), pois a Administração como forma de beneficiar-se indevidamente faz interpretação literal e meramente declarativa do Texto Constitucional, ignorando o instituto da imunidade tributária e sua finalidade.

É certo que poderia a União valer-se do argumento de que o constituinte estabeleceu a regra da imunidade para a espécie tributária - imposto -, e não para as demais espécies. No entanto, a imprecisão trazida pelo constituinte originário se deu pela comum confusão em razão de uma linguagem não-técnica, onde as expressões imposto e tributo confundem-se, tendo igual significação.

Na redação do art. 150 inciso VI, alínea “c” o Constituinte Originário disse menos do que pretendia, designando a espécie, quando deveria tratar o gênero. Neste sentido, a imunidade como instrumento tributário para viabilizar tal propósito deve dirigir-se à competência tributária na instituição de tributos em geral, pois somente desta forma ter-se-á a garantia de efetiva desoneração de encargos fiscais.

Ressalta-se que injusto será tributar aquele que auxilia ao Estado, ou até mesmo o substitui, no atendimento de serviços de interesse coletivo, como o fazem a maioria das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, pois, o objetivo do tributo é justamente o de viabilizar a prestação de tais serviços. Como ocorre com todas as entidades integrantes do Sistema “S”.

As entidades do Sistema “S” são publicamente reconhecidas pela ausência de finalidade lucrativa e por desenvolverem políticas públicas de interesse coletivo. Ilógica eventual pretensão do Estado de receber de tais entidades algum pagamento. Irracional seria fazer com que as entidades integrantes do Serviço Social Autônomo, que recebem subvenção, prevista em lei, recolhidas pelo INSS e repassadas ao Sistema “S”, tenham que recolher tributos sobre suas receitas que possuem origem da própria arrecadação da União.

Portanto, nenhuma entidade de direito privado sem fins econômicos pode ser passível de, sobre seus bens, serviços ou rendas ser instituído qualquer tipo de tributo (seja imposto, contribuição ou taxa) por parte do Estado. E mais, quem administra pessoa jurídica sem fim econômico (naturalmente de interesse coletivo) está obrigado, em, sua função de bom gestor, a questionar tal tributação.

### 4.3 DA AMPLA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

Mas, para além da imunidade prevista no art. 150 inciso VI alínea “c” soma-se a favor do SENAI/SESI, especificamente, o direito à ampla isenção tributária concedida pelo legislador infraconstitucional mediante os artigos 12 e 13 da Lei 2613/55:

*Art 12. Os serviços e bens do S. S. R. gozam de ampla isenção fiscal como se fossem da própria União.*

*Art 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (SESI), ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC). (Vide Lei n.º 8.706, de 1993)*

Esse dispositivo assegura que o SENAI/SESI, por expressa determinação legal, está isento do pagamento de tributos “como se fosse a própria União”. Ou seja, independentemente de se verificar qualquer outra condição, a lei infraconstitucional impede que a União tribute os serviços e bens do SENAI/SESI.

Esta Legislação está recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se encontra em vigor, inclusive tendo sido referenciada pela Lei n.º 8.706/1993 (posterior à Constituição) para incluir outras duas entidades ao Sistema “S”, Serviço Social do Transporte - SEST, e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT, criados pela citada lei.

*Art. 13. Aplicam-se ao SEST e ao SENAT o art. 5 do Decreto-Lei 9403, de 25 de junho de 1946, o art. 13 da Lei 2613, de 23 de setembro de 1955, e o Decreto-Lei 772 de 19 de agosto de 1969.*

A leitura aqui realizada é a mesma leitura aplicada e validada pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisão recente, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

*“... irrelevante a classificação do SENAI como entidade beneficente de assistência social ou não, pois sua isenção decorre diretamente da lei (...) O raciocínio também exclui a relevância de se verificar o cumprimento dos requisitos do art. 55, da lei 8.212/91 (agora dos arts. 1, 2, 18, 19, 29 da Lei 12.101/2009), notadamente, a existência de remuneração ou não de seus dirigentes. Isso tudo é válido enquanto os arts. 12 e 13 da Lei n.º 2.613/55 permanecerem em vigor no ordenamento*

*jurídico, ou seja, enquanto não houver sua revogação ou declaração de sua inconstitucionalidade...”*

Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável pela apreciação da validade da lei infraconstitucional no país, apreciou a Lei 2.613/55, especificamente os artigos 12 e 13 e os considerou hígidos e eficazes, determinando a isenção do SENAI.

O Tribunal deixou claro também que segundo sua interpretação daquela norma, a isenção é eficaz tanto em relação aos tributos criados antes da lei, quanto em relação aos tributos criados depois de determinada a isenção legal. Tudo isto está devidamente expressado pela decisão referida:

*“...a isenção concedida (art. 12 e 13 da Lei 2.613/55) o foi por lei e em caráter geral para tais entidades (SESI, SESC, SENAI, SENAC) criando uma equiparação de tratamento com a União no que diz respeito a seus bens e serviços, o que permite a abrangência dos tributos posteriormente instituídos que onerem tais bens e serviços”*

#### **4.4 DA IMUNIDADE DE IMPOSTOS OU DE TRIBUTOS**

A Constituição Federal de 1998 contribuiu com o ordenamento jurídico tributário, dispondo sobre o Sistema Tributário Nacional, e neste estabeleceu algumas importantes limitações ao poder de tributar, bem como vedações para a instituir impostos por parte da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Engana-se quem acredita que tais limitações ao poder de tributar configuram mera benevolência do poder constituinte originário. As limitações ao poder de tributar previstas na constituição operam como princípios constitucionais protetivos dos contribuintes. Na mesma seção da Constituição Federal em que se extrai boa parte dos princípios constitucionais tributários, face a sanha arrecadatória do Estado, observa-se, ainda, a vedação dos entes federados em instituírem impostos, em que se lê a seguinte redação:

***Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:***

*(...)*

**VI - instituir impostos sobre:**

- a) **patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;**
- b) **templos de qualquer culto;**
- c) **patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;**
- d) **livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.**
- e) **fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.**

Nas alíneas do inciso VI do artigo 150 da CF/88 temos algumas das principais imunidades tributárias previstas no sistema, embora não sejam as únicas.

Vale ressaltar que o termo imunidade (relativo à tributação) não é expresso na Constituição, tal expressão deriva do termo em latim *Immunitas*, que significa exonerar do *múnus*, ou seja, aquele que não está sujeito ao *múnus* público de pagar tributo está imune a ele, estando liberado do **múnus**.

Tal vedação é retratada pela doutrina majoritária por “imunidade tributária”, em vez de imunidade de impostos. Abrindo questionamento quanto a exta extensão das imunidades, para saber se ela seriam relativas apenas a espécie imposto, ou valeria diante de todas as espécies de tributos.

Valendo-se de argumento interpretativo litero-gramatical, se chegaria facilmente a resposta, qual seja: a vedação seria relativa apenas a espécie imposto, na medida que o texto expresso assim retratou, porém há argumentos diversos contidos na doutrina, vejamos.

Uma primeira tese decorre da não obrigatoriedade do legislador ter conhecimento técnico-jurídico, ou seja, o legislador eleito pode ser chamado de legislador leigo, na medida em que

não é pressuposto o conhecimento da técnica do direito tributário para se tornar legislador, a legitimidade está na representatividade em função do voto, e não da formação acadêmica. Por esta razão pode ser considerado leigo, e na linguagem leiga, impostos e tributos são constantemente tratados por sinônimos. Assim, se considerada a *voluntas legislatoris*, o poder constituinte originário **chamou de vedação para instituir impostos, quando em realidade queria dizer: vedação para instituir tributos**<sup>4</sup>.

Em uma segunda tese mais relevante ao trabalho que se apresenta, deve-se analisar sob o argumento teleológico da norma ou seja, qual a razão de ser da norma, o que este texto normativo tenciona produzir de efeito na sociedade.

Assim, é evidente que a imunidade tributária seria a escolha adotada pelo constituinte originário, na medida em que os bens e sujeitos sobre os quais recai a vedação constitucional, estariam melhor assegurados por uma imunidade mais abrangente, seria mais desonerados para cumprirem seus papéis institucionais com a menor exoneração possível, e tal benefício não seria apenas uma liberalidade do constituinte, ou mero ato de benemerência.

A imunidade tributária, especialmente as retratadas no artigo 150 da CF configuram o mecanismo adotado pelo Estado Brasileiro para estimular o desenvolvimento das instituições e promoção de bens relevantes para o desenvolvimento do próprio Estado, na medida em os objetos imunizados auxiliam o desenvolvimento sociocultural (art. 150, VI, d e e da CF), e que tais instituições realizam atividades que pacificam a sociedade (art. 150, VI, c da CF), ou são entidades necessárias ao desenvolvimento dos debates políticos de uma sociedade (art. 150, VI, c da CF), ou entidades privadas sem fins lucrativos que desenvolvem serviços públicos essenciais e que servem ao próprio Estado e em diversos casos suprem a sua deficiência institucional quando desenvolvem educação e assistência social (art. 150, VI, b da CF), ou são entes públicos que utilizam seus recursos para desenvolverem atividades públicas essenciais à sociedade (art. 150, VI, a da CF).

Em todas as situações retratadas acima, o objetivo da imunidade é deixar ao cidadão um sistema coeso, em que o Estado não tributará aquilo ou aqueles que são essenciais ao desenvolvimento do próprio Estado, para bem servir a população. Esta é a razão da imunidade tributária se apresentar como um resultado interpretativo mais amplo, quando se busca a razão de ser da norma, ou seja: seu argumento teleológico, verifica-se que a existência das imunidades tributárias se coloca na necessidade de estimular (leia-se fomentar) atividades que cooperam diretamente com o Estado.

---

<sup>4</sup> O Direito Tributário tem como gênero tributo, do qual imposto seria uma das espécies previstas no ordenamento jurídico pátrio.

As imunidades previstas e asseguradas no texto constitucional lá estão para dar a estas normas a segurança e estabilidade garantida por uma constituição rígida, segundo a qual há um processo previamente estabelecido, com formalidades a serem seguidas e com *quorum* de votação qualificados, ou seja, critérios mais complexos de alteração, o que dá certa estabilidade jurídica para a norma.

Sendo assim, Hugo de Brito Machado afirma que “a imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.”<sup>5</sup> Não é atingido pela tributação os casos em que a constituição defina como imune.

Nas palavras de Roque Antonio Carrazza:

*A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.*<sup>6</sup>

Nota-se com a explicação acima, que o fato de determinadas pessoas serem vinculadas a sua atividade ou objetivo, essas se tornam imunes a tributação. Deve-se necessariamente prever os casos onde a imunidade tributária deve recair para que a mesma seja exercida de forma plena.<sup>7</sup>

Leandro Paulsen ressalta que a expressão imunidade é resultado das expressões que no texto constitucional possuem o condão de desincumbir o contribuinte, sendo que o constituinte “utiliza-se de outras expressões: veda a instituição de tributo, determina a gratuidade de determinados serviços que ensejariam a cobrança de taxa, fala de isenção, de não incidência etc.”<sup>8</sup> Assim, a Constituição Federal de 1988 não dispõe do termo imunidade a qual determina os casos onde não haverá tributação por parte do Estado.

Vale mencionar as considerações feitas por Luciano Amaro “qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.”<sup>9</sup>

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 288.

<sup>6</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. rev. amp e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 806.

<sup>7</sup> MACHADO, 2015, p. 288.

<sup>8</sup> PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 6.ed rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>9</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174.

Portanto entende-se que imunidades tributárias são os casos onde determinadas pessoas não serão tributadas pelo Estado, pelo fato de exercerem certas atividades a qual a Constituição Federal de 1988 determina esta vantagem à essas determinadas pessoas.

A imunidade tributária é a limitação ao poder de tributar, uma vedação constitucional aos entes políticos ao poder de tributar. É um benefício tributário concedido somente pela Constituição Federal, a qual outorga o poder impositivo aos entes políticos. Assim, somente a Constituição Federal pode limitar o exercício desse poder em benefício de certas pessoas, bens ou serviços, que são declarados inatingíveis pela tributação.<sup>10</sup>

Hugo de Brito Machado corrobora ressaltando que:

*Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.<sup>11</sup>*

Para Leandro Paulsen, as imunidades são como normas negativas de competência, pois, a Constituição Federal ao vedar a tributação de determinadas pessoas ou bases econômicas relativamente a tributos específicos às torna imune à tributação, nega a competência tributária dos entes políticos, retira do poder tributante o poder de tributar, é o não exercício da competência tributária para instituir impostos em razão de total vedação conferida pela Constituição Federal.<sup>12</sup>

As imunidades também são garantias fundamentais, quando são estabelecidas com o escopo de proteger direitos fundamentais, como o da liberdade de crença (imunidade dos templos) ou da manifestação do pensamento (imunidade dos livros).<sup>13</sup>

<sup>10</sup> DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 169. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522467266/cfi/187!4/4@0.00:25.9>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

<sup>11</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 287.

<sup>12</sup> PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 77. Disponível em: <[file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/Leandro Paulsen Curso de Direito Tributario Completo \(2014\).pdf](file:///C:/Users/Fernanda/Downloads/Leandro%20Paulsen%20Curso%20de%20Direito%20Tributario%20Completo%20(2014).pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2016.

<sup>13</sup> PAULSEN, 2014, p. 77.

Para Luciano Amaro:

*O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente, da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes.<sup>14</sup>*

As imunidades podem se classificar entre objetivas e subjetivas, podem ser estabelecidas em favor de uma pessoa e, em razão da matéria. As imunidades subjetivas são previstas nas alíneas a e c, instituídas *intuitu personae*, em função de situações pessoais dos respectivos beneficiários. As previstas nas alíneas b e d são objetivas, instituídas *ratione materiae*, isto é, tendo em vista a tutela de certos bens ou valores que a Constituição quer preservar.<sup>15</sup>

Antes de abordar o tema principal da pesquisa, importante esclarecer o que é imunidade, bem como diferenciá-la de isenção e não incidência, o que por vezes é confundida ou unificada pelo senso comum.

A palavra “imunidade”, etimologicamente, deriva do latim *immunitas, immunitate*, o qual indica negação de *múnus* (ofício, cargo, função).<sup>16</sup>

A imunidade tributária é a vedação prevista, unicamente, na Constituição Federal. É a proibição de criação de impostos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para determinadas pessoas, fatos e coisas.<sup>17</sup>

Para alguns autores, como Sergio Pinto Martins e Alexandre Barros Castro, a imunidade representa uma barreira posta pelo legislador constituinte que exclui a competência tributária, originariamente outorgada às pessoas jurídicas de direito público interno. Em verdade, esse é o entendimento da doutrina majoritária.

<sup>14</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176.

<sup>15</sup> DENARI, 2008, p. 171.

<sup>16</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito tributário**. 11 ed. 2012, p. 128.

<sup>17</sup> Vide art. 150, VI, “a”, “b”, “c”, “d” e “e” da CF/88.

Alexandre Macedo Tavares entende que “trata-se de uma limitação da soberana vontade da Assembleia Constituinte, da competência impositiva atribuída às pessoas políticas”.<sup>18</sup>

Contudo, para Paulo de Barros Carvalho pensar ser a imunidade uma limitação constitucional às competências tributárias não procede. *In verbis*:

*Inexiste cronológica que justifique a outorga de prerrogativas de inovar a ordem jurídica, pelo exercício de competências tributárias definidas pelo legislador constitucional, para em momento subsequente, ser mutilada ou limitada pelo recurso da imunidade. Aliás, a regra que imuniza é uma das múltiplas formas de demarcação de competência. Congrega-se às demais para produzir o campo dentro do qual as pessoas políticas deverão de operar, legislando sobre a matéria tributária. Ora, quem limita a competência vem em contrário a ela, buscando amputá-la ou suprimi-la, enquanto a norma que firma a hipótese de imunidade colabora no desenho constitucional da faixa da competência adjudicadas às entidades tributantes.*<sup>19</sup>

Para o autor acima citado, ao invés de limitar/suprimir as competências tributárias, a imunidade demarca ainda mais as competências de cada ente tributante.

No que se refere a isenção, diferentemente da imunidade que está prevista unicamente na Constituição Federal, esta encontra respaldo na lei ordinária do ente tributante.<sup>20</sup>

A isenção implica na exclusão do crédito tributário pois, muito embora o crédito exista, a lei dispensará seu pagamento. Na imunidade o crédito nem chega a existir, uma vez que é a própria constituição que determina a vedação da sua criação<sup>21</sup>.

A diferença entre imunidade e isenção é evidente. Na imunidade, existe um manto constitucional impedindo que a lei tributária impositiva atinja as hipóteses constitucionalmente previstas. Na isenção, há a incidência, mas a lei retira, desonerando a obrigação. Na primeira nem há a incidência impositiva; na segunda há, para em seguida ser afastada.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136830/cfi/63/4/4@0.00:0.00>

<sup>19</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 224.

<sup>20</sup> MARTINS, 2012, p. 131.

<sup>21</sup> MARTINS, 2012, p. 131.

<sup>22</sup> CASTRO, Alexandre de Barros. **Noções de direito tributário**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141995/cfi/100/4/4@0.00:0.00>

Sobre a *não incidência*, importa, primeiramente, esclarecer o que é *incidência*. A incidência é a previsão na lei de uma situação hipotética que, uma vez praticada pelo contribuinte, gera a obrigação tributária.<sup>23</sup>

Pode-se dizer, portanto, que haverá a *não incidência* quando estiverem presentes diversos elementos, como a ausência de previsão legal, existência de previsão legal, porém o fato não se subsume à norma jurídica tributária e quando a hipótese de incidência é prevista na lei, chamada de não incidência legal.<sup>24</sup>

## 4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Imunidade tributária é a vedação de que os entes federados institua impostos sobre determinadas pessoas, fatos ou coisas, as quais estão indicados nas alíneas do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal, sendo que é entendida pela doutrina majoritária como uma forma de limitar o poder dos entes tributantes.

As entidades do Sistema “S” se enquadram nas imunidades relativas às entidades educacionais sem fins lucrativos (SENAI), bem como às entidades de assistência social sem fins lucrativos (SESI), e preenchem os requisitos estabelecidos no CTN quanto ao cumprimento dos requisitos legais para gozarem da imunidade.

Observa-se ainda, que se não fossem entidades beneficiárias da imunidade, ainda assim gozariam da ampla isenção concedida pelo legislador infraconstitucional mediante os artigos 12 e 13 da Lei n. 2.613/55.

Ainda, se poderia fundar a imunidade tributária do SESI e SENAI na missão de cunho exclusivamente público que desenvolvem, devendo ser tratados como se fossem o próprio Estado, já que atuam em função da concretização de políticas públicas necessárias ao desenvolvimento do próprio Estado Brasileiro, em que as atividades desenvolvidas mais se aproximam da ideia de fomento público da indústria e da livre iniciativa como fundamento do Estado.

---

<sup>23</sup> CARNEIRO, Claudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 404. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626859/cfi/403!/4/4@0.00:0.00>

<sup>24</sup> CARNEIRO, 2016, p. 404.

## 4.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. rev. amp e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASTRO, Alexandre de Barros. **Noções de direito tributário**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502141995/cfi/100!/4/4@0.00:0.00>

CARNEIRO, Claudio. **Curso de direito tributário e financeiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626859/cfi/403!/4/4@0.00:0.00>

DENARI, Zelmo. **Curso de direito tributário**. 9 ed. São Paulo: Atlas. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522467266/cfi/188!/4/4@0.0000>

KFOURI Jr, Anis. **Curso de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 147. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502128927/cfi/0>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual de direito tributário**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, Alexandre Macedo. **Fundamentos de direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136830/cfi/63!/4/4@0.00:0.00>

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário: completo**. 6.ed rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**5 - O CREDENCIAMENTO COMO FERRAMENTA  
PARA O CADASTRO DE PROFISSIONAIS E  
EMPRESAS PARA ATUAR NAS ÁREAS DO SESI**

**Cynthia Cinara Carvalho Lima  
Caroline Ferreira de Oliveira**

**Departamento Regional do Rio Grande do Norte**



## 5.1 INTRODUÇÃO

O credenciamento é uma forma de contratação direta e possui como fundamento o caput do art. 10 do RLC do SESI, que prevê a possibilidade de contratação sem licitação prévia, nos casos que exista inviabilidade de competição.

A inviabilidade de competição ocorre em face da necessidade de contratar com o máximo possível de pessoas físicas/ jurídicas, ou seja, tendo em vista que todos os possíveis interessados poderão ser contratados, não há que se falar em competição para a escolha da melhor proposta.

A inexigibilidade de licitação decorre da ausência de alguns pressupostos que autorizariam a sua instauração, tornando-a inviável.

Veremos no presente trabalho que o credenciamento deve ser adotado apenas para fins de prestação de serviços, sendo vedada a sua utilização para fornecimento.

Será explicitado adiante que o credenciamento tem a finalidade de obter o maior número possível de credenciados, tendo em vista que a necessidade do SESI não será atendida com a contratação de apenas um credenciado ou um número limitado destes.

Discorreremos a seguir acerca do procedimento do credenciamento, indicando os requisitos essenciais específicos, quais as cláusulas que devem conter no Edital e como efetivar a contratação.

A fase interna da contratação ocorre exclusivamente no âmbito interno do SESI, cabendo a este identificar as necessidades para assegurar um melhor planejamento de suas contratações ao longo do exercício orçamentário.

No edital do credenciamento cabe determinar os requisitos mínimos a serem cumpridos pelos interessados em contratar com o SESI, onde constarão todas as cláusulas essenciais mínimas a serem definidas neste documento.

Mais adiante, falaremos da fase da contratação, pois uma vez realizado o credenciamento, o SESI deverá formalizar a contratação daqueles efetivamente credenciado, por inexigibilidade de licitação.

Por derradeiro, faremos uma coletânea de julgados nacionais dos mais diversos Tribunais, a fim de, por meio dos entendimentos jurisprudenciais firmamos também um conceito mais completo do Instituto do Credenciamento, suas premissas, particularidades, exceções.

Vale ressaltar que, muito embora o Instituto do Credenciamento já seja largamente utilizado pelas entidades que compõe o Sistema S, não há ainda uma forte doutrina ou mesmo jurisprudência nesse campo, sendo esta razão de no presente trabalho utilizarmos em demasia os conceitos e julgados que trataram de casos vindouros da Administração Pública.

## 5.2 DO CONCEITO

O credenciamento é sistema por meio do qual o SESI convoca todos os interessados em prestar serviços, para que, preenchendo os requisitos necessários, credenciem-se junto a entidade para executar o objeto quando convocados.

Essa sistemática pressupõe a pluralidade de interessados e a indeterminação do número exato de prestadores suficientes para a adequada prestação do serviço e adequado atendimento do interesse público, de forma que quanto mais pessoas físicas/jurídicas tiverem interesse na execução do objeto, melhor será atendido o interesse do SESI.

Assim, se não é possível limitar o número exato de contratados necessários, pois há a necessidade de contratar todos os interessados, também não é possível estabelecer competição entre os interessados em contratar.

A inviabilidade de competição elimina a possibilidade de promover processo licitatório. Ora, um dos elementos indispensáveis para a imposição do dever de licitar é justamente a competitividade.

Tanto é assim que o *caput* do art. 10 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI, estabelece que “*É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição*”.

Logo, somente será legítimo promover chamamento público para credenciamento quando restar comprovada a inviabilidade de competição para a contratação do objeto pretendido.

Assim, confirmado que a demanda será melhor atendida pela contratação do maior número de interessados possível, será legítima a instauração do credenciamento.

Para tanto, deverá ser publicado edital de chamamento público o qual definirá o objeto a ser executado, os requisitos de habilitação e especificações técnicas indispensáveis a serem analisados, fixará o preço e estabelecerá os critérios para convocação dos credenciados.

Insta observar, que o cadastro de credenciamento deverá ficar permanentemente disponível aos profissionais e empresas interessadas durante todo o período de vigência do credenciamento, ainda que certos limites temporais possam ser estabelecidos.

Ademais, o credenciamento de um profissional ou empresa especializada não implica, necessariamente em direito adquirido à contratação futura, absolutamente, mas sim mera expectativa de direito. Dessa forma, caso sobrevenha norma impeditiva para contratação, que por óbvio tenha motivo plausível e seja legalmente alicerçada, o descenciamento se impõe e deve, por conseguinte, ser revisto pelas unidades.

Salienta-se, no entanto, que apesar de se tratar de hipótese de inexigibilidade de licitação, é requisito de validade do credenciamento a garantia a igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com o SESI, pelos valores definidos pela Entidade. Nesse intento, acerca da fixação dos valores, esta deverá estar consonante com os praticados no mercado e guardar vantagem ou ao menos igualdade com os que seriam delimitados em uma licitação convencional. No caso em questão, poderá o SESI perfazer uma tabela de preço dos serviços, a qual, a seu turno, será devidamente submetida para aprovação do Conselho Regional.

Por essa razão, o edital de chamamento deve contemplar apenas as condições mínimas indispensáveis para a garantia do adequado cumprimento da obrigação pretendida, de modo que todos aqueles que as atenderem devem ser credenciados.

Outro ponto fundamental a ser considerado para a formação de um credenciamento, e ainda nos reportando ao necessário tratamento isonômico que este deve resguardar, é a possibilidade de fixar critérios objetivos, que resguardem a impessoalidade para a convocação dos credenciados no momento da contratação, tais um sistema de rodízio, sorteio ou mesmo a escolha efetivada pelo usuário.

Em rasas palavras, pode-se dizer que a todos os credenciados deve ser garantida a igualdade de oportunidade para contratar por meio de critério impessoal de escolha da empresa/profissional.

Assim, em suma, o credenciamento é um conjunto de procedimentos por meio dos quais o SESI credencia, mediante chamamento público, todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público for melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos.

Nesse íterim, destacamos os ensinamentos do ilustre doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que em sua obra, *Contratação Direta Sem Licitação*, Ed. Belo Horizonte: Fórum,

2008, defende que o credenciamento deve ser adotado apenas para fins de prestação de serviços, sendo, portanto, vedada a sua utilização para fornecimento de produtos. Nesse íterim ressaltamos que o credenciamento é comumente adotado na contratação de prestação de serviços, como de saúde, serviços advocatícios, treinamento, cessão de direitos autorais de titularidade da União relativas a obras literárias e na prestação de serviços bancários.

### 5.3 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E FINALIDADES DO CREDENCIAMENTO

O *caput* do art. 10 do RLC do SESI preceitua que em havendo inviabilidade de competição, será inexigível a licitação.

Marçal Justen Filho ao tentar conceituar este dispositivo, destaca que “a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponde a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação”.

A inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência; que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Assim, ainda que o SESI desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação. Portanto, tem-se que a inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, em face da ausência de alguns dos pressupostos que autorizariam a instauração da licitação. Tal inviabilidade deriva da falta de pluralidade de sujeitos em condições de contratar ou da impossibilidade de se compararem bens heterogêneos (ausência de julgamento objetivo), pois, nesse caso, não há como estabelecer critérios objetivos de julgamento.”

O SESI poderá adotar o credenciamento para situações em que o mesmo objeto possa ser realizado simultaneamente por diversas contratações. Assim, deve ocorrer quando certas necessidades do SESI possam ser melhor atendidas mediante a contratação o maior número possível de prestadores de serviços.

O doutrinador JOEL de Menezes Niebhur, em suas obras que estudam o tema ora trabalhando, ensina que, *todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo,*

*haja vista que, pela natureza do serviço, não existe relação de exclusão, isto é, o serviço a ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos.*

Contudo, o credenciamento dos serviços deverá ser feito quando a contratação de todos os interessados for condição imprescindível para o interesse do SESI, ou seja, é preciso que haja uma correlação perfeita entre o objeto do credenciamento, as necessidades do SESI, e os critérios e especificidades esperadas no profissional ou empresa que será credenciada.

## 5.4 DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

Complementando todo o exposto, colacionamos algumas decisões nacionais, dos mais diversos Tribunais, Tribunal de Contas da União, Tribunal de Justiça estadual e Tribunal Regional Federal, objetivando com isso dar mais embasamento a todas as teses acima defendidas, bem como trazer a conjuntura do Credenciamento para parte prática, nesse intento finalizamos com a conclusão alcançada pela Advocacia Geral da União- AGU, na qual restaram resumidos os critérios necessários para a perfeita consecução do credenciamento.

Ainda elucubramos que, consoante já delineado na Introdução, diante da escassez de julgados que tratassem especificamente do Sistema S, trouxemos, quase que em sua totalidade, decisões que trataram de casos provenientes da Administração Pública, em tudo acreditando que, resguardadas as especificidades e diferenças estruturais, a realidade vivenciada, juntamente com seus percalços e dificuldades, pela Administração Pública, pode sobremaneira engrandecer os estudos desse Instituto no Sistema S, elidindo e, por vezes, solucionando problemas semelhantes.

Para tanto, como forma de facilitar o estudo, separamos os julgados por temas, perfazendo uma pequena introdução acerca do que vai ser tratado. Insta observar que, em todos os registros, realizamos as supressões, bem como os grifos necessários, assim entendidos como convenientes.

### **1º- É ilegal, em Edital de Credenciamento, a previsão de critérios de classificação, como forma de realizar competição entre as empresas que almejam se credenciar:**

É ILEGAL O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO PARA A ESCOLHA DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO EM CREDENCIAMENTO. Representação formulada por pessoa física apontou indícios de irregularidades no Edital de Credenciamento 10/2011, lançado pelo IRB-Brasil Resseguros S/A, com a finalidade de promover o cadastramento de dois escritórios de advocacia para prestação de serviços de patrocínio de causas judiciais e administrativas em questões trabalhista e

previdenciária e de quatro para a área de seguros e resseguros. (...) a inviabilidade de competição “configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas”. **Deixou assente o relator que não há concorrência entre os interessados; preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade de condições com todas as demais que forem credenciadas. “Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade”.** Acrescentou que, consoante orientação contida na Decisão nº 624/1994-Plenário, o credenciamento para contratação de serviços advocatícios seria justificável “quando se tratasse de serviços comuns, que podem ser realizados de modo satisfatório pela maior parte dos advogados”. **O estabelecimento de critério de pontuação diferenciada, que beneficia empresas que tenham patrocinado ações com valor superior a R\$ 3 milhões afigura-se, portanto, ilegal.** E mais: “O credenciamento implica, necessariamente, a pulverização da distribuição dos processos”, o que destoava da intenção declarada do IRB. Considerou, ainda, que aquele Instituto lançou mão de um tipo de licitação para o qual não há previsão legal, com afronta ao que estabelece o art. 45, § 5º da Lei nº 8666/1993. E que os elementos de convicção indicariam, como solução adequada, a realização de licitação do tipo melhor técnica ou, ainda, técnica e preço. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) fixar prazo de 15 dias para que o IRB-Brasil Resseguros S/A adote as “providências necessárias ao exato cumprimento da lei, procedendo à anulação do Edital de Credenciamento nº 010/2011”; b) informar ao IRB que, se decidir iniciar novo procedimento de credenciamento, deverá promover ajustes, com o intuito de afastar a adoção de critérios de classificação e de garantir que todos credenciados estarão aptos a serem contratados; c) caso entenda mais adequado, realize procedimento licitatório, nos termos da lei. (Acórdão n.º 408/2012-TCU-Plenário, TC-034.565/2011-6, rel. Min. Valmir Campelo, 29.2.2012).

**2º- Limitar o número de empresas que prestarão os serviços como credenciadas e excluindo as que transponham esse limite, impõe ilegal situação de competição:**

DIREITO ADMINISTRATIVO AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSO DE CREDENCIAMENTO DESTINADO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL EDITAL QUE LIMITA O NÚMERO DE CONTRATADOS DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINA O AFASTAMENTO DOS ITENS 1.1 E 6.1.5.1 DO EDITAL Nº 2010/7419 CONFORMIDADE COM O REGIME JURÍDICO DO CREDENCIAMENTO IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DAS EMPRESAS CREDENCIADAS QUE PREENCHAM OS REQUISITOS DEFINIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO DO AGRAVANTE RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **O credenciamento é ato administrativo destinado à contratação de serviços daqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração. E, uma vez atendidas as exigências do órgão contratante, impõe-se a contratação de todos**

**os particulares credenciados. 2. A limitação de empresas dentre as credenciadas para a prestação do serviço conduz à situação de exclusão das demais, estabelecendo competição entre os interessados e demandando licitação, o que se mostra inviável em processo de credenciamento.** (...) Da leitura dos itens acima citados, extrai-se que o agravante estabeleceu critério diferenciador entre as empresas credenciadas, optando por contratar somente as 12 (doze) primeiras classificadas, sendo que as demais deveriam integrar o cadastro de reserva. (...) Ocorre que a diferença estabelecida, ou seja, a escolha das 12 (doze) primeiras credenciadas contraria o regime jurídico do credenciamento, na medida em que prevê a contratação de todos os particulares que preencham os requisitos definidos pela Administração. Assim, constata-se que as demais empresas credenciadas não poderiam deixar de ser contratadas, tampouco aguardar em cadastro reserva, uma vez que a escolha de apenas 12 (doze) delas gera situação de exclusão das demais, estabelecendo competição entre as credenciadas e demandando licitação, o que não se mostra possível em sede de credenciamento, eis que não exige licitação. (...) **Assim, não se constata a relevância da fundamentação do agravante, pois a limitação de empresas dentre as credenciadas para a prestação do serviço conduz à situação de competição entre os interessados, inviável em processo de credenciamento.** (TJ-PR 8249863 PR 824986-3 (Acórdão), Relator: José Marcos de Moura, Data de Julgamento: 15/05/2012, 5ª Câmara Cível).

**3º- Limitação das áreas de atuação da empresa credenciada, sem previsão categórica no Edital de Credenciamento, e ainda limitação esta imposta de forma aleatória aos credenciados, sem que haja um tratamento isonômico:**

COOPERATIVA MÉDICA - Autor médico que pretende seu credenciamento para atendimento em duas áreas de especialização e uma área de atuação - Cooperativa que nega o credenciamento, sob argumento de que é norma estabelecida pelo Conselho de Administração a restrição das áreas de especialidade de seus cooperativados com vistas à maior eficiência do atendimento, evitando a ocorrência de erros médicos e consequente responsabilização da cooperativa - Inexistência de prova da ata do Conselho de Administração que limita o atendimento a duas áreas de especialização, sem possibilidade de cumulação com uma área de atuação - Comprovação nos autos, pelo autor, da inconsistência prática dos parâmetros adotados pela cooperativa para o credenciamento de seus profissionais - Profissionais credenciados pela cooperativa de forma aleatória, demonstrando a inexistência de rigor nos credenciamentos - Impossibilidade de distinção injustificada entre os cooperativados . (...) A inexistência de prova de decisão do Conselho de Administração limitando a atividade do médico a apenas duas especialidades, sem possibilidade de cumulação com área de atuação, torna meramente acadêmica a discussão sobre a prevalência de normas estatutárias sobre normas regulamentares editadas por Órgãos de classe. Verifica-se a inexistência de critério claro e homogêneo a ser seguido pelos médicos cooperativados quanto ao credenciamento de especialidades e áreas de atuação. Da duas, uma: ou a restrição estatutária, se é que

realmente existe, é aplicável indistintamente a todo e qualquer médico cooperativado, ou não se aplica a nenhum deles. Intolerável é a ausência de prova material da existência de decisão do Conselho de Administração restringindo as atividades do médico, que aparecem nos autos apenas em correspondência trocada entre as partes. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 992090841793 SP, Relator: Francisco Loureiro Data de Julgamento: 28/10/2010, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/11/2010).

**4º - Proibição de Contratar empresas que possuam em seu quadro societário parentes de funcionários ou dirigentes que compõe a Entidade realizadora do credenciamento:**

ADMINISTRATIVO. EDITAL DE CREDENCIAMENTO JUNTO À CEF. PARENTESCO. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. A CEF, na condição de empresa pública, está sujeita aos princípios do artigo 37, caput da Constituição Federal, aplicável às entidades da administração direta e indireta. A vedação de contratação de empresas cujos administradores possuam grau de parentesco com funcionários comissionados da Caixa é bastante razoável a fim de conferir maior isonomia e lisura ao certame. A regra que impede a contratação pela Caixa de empresas que possuam em seu quadro societário parentes de funcionários com cargo em comissão está alicerçada nos princípios da moralidade e da impessoalidade da administração.(...) Por oportuno, transcrevo o parecer exarado pelo Procurador do Ministério Público Federal que bem analisou a questão: Inicialmente, ressalto que, como assevera a própria CEF, em seu recurso, o edital em questão não trata, propriamente, de licitação, mas antes de credenciamento para o fornecimento de serviços de engenharia, arquitetura e agronomia. Assim, não se trata de eleger o melhor prestador, mas apenas de selecionar empresas que estejam minimamente habilitadas a prestar serviços para a CEF. (...) **Nesse sentido, parece bastante razoável que a Administração Pública se forre de garantias para evitar que empresas que têm como administradores parentes de seus empregados - mormente aqueles que, em razão da importância de seus cargos, gozam de função de confiança - possam ser credenciadas e, assim, ser posteriormente escolhidas (ao livre critério de empregados da empresa) a prestar serviços para a CEF.** (...) Enfim, vejo que o Tribunal de Contas da União vem exigindo o cumprimento de determinações semelhantes em casos análogos, o que indicaria que, também para essa situação, haveria justo receio de que o mesmo óbice fosse levantado no exame de eventuais contratos decorrentes do credenciamento. (TRF-4 - AC: 50258282720114047000 PR 5025828-27.2011.404.7000, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 16/07/2013, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 18/07/2013)

**5° - Sistema de Rodízio não respeitado no chamamento das empresas em Edital de Credenciamento:**

SUMÁRIO: PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2011. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. AUDIÊNCIA DOS MEMBROS DA DIRETORIA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE DOIS RESPONSÁVEIS E REJEIÇÃO DAS DE OUTRO. FALHA CORRIGIDA. OCORRÊNCIAS INSUFICIENTES PARA MACULAR A GESTÃO. CONTAS REGULARES COM RESSALVA DE UM DOS RESPONSÁVEIS. QUITAÇÃO. CONTAS REGULARES DOS DEMAIS. QUITAÇÃO PLENA. DETERMINAÇÃO. Trata-se da prestação de contas do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Santa Catarina (Sebrae/SC) relativa ao exercício de 2011. (...) **b) direcionamento das contratações de serviços de consultoria e instrutoria por credenciamento, face inobservância da sistemática de rodízio entre consultores habilitados, configurando violação ao art. 43 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sebrae;** (...) **d) contratação indevida de consultorias junto a empresas que deveriam ser vedadas de participação, em decorrência de sócios terem vínculo de parentesco com empregados do Sebrae/SC, configurando descumprimento ao art. 9 do Sistema de Gestão de Credenciados (SGC).** (...) Ocorrência: Direcionamento das contratações de serviços de consultoria e instrutoria por credenciamento, face à inobservância da sistemática de rodízio entre consultores habilitados, configurando violação ao art. 43 do Regulamento de Licitações e Contratos do Sebrae. (...) A análise feita pela Auditoria acerca do rodízio, considerando apenas o montante de consultorias realizadas no ano, distribuídas de forma igualitária entre os profissionais por meio de média aritmética, não levou em conta a participação em repasses de metodologia, a demanda de mercado, a região de atuação, a natureza da prestação de serviço e a participação na capacitação introdutória, que repercutem na chamada ou não para prestação de serviços. Outro fato importante a ser considerado diz respeito aos projetos de continuidade, ou seja, os projetos coletivos que iniciaram em anos anteriores a 2011 e que já eram acompanhados por consultores certificados. **De acordo com o Regulamento do Sistema de Gestão de Credenciados, elaborado pelo Sebrae Nacional, excepcionalmente poderá haver contratação de prestadores de serviços que não estejam na prioridade do rodízio, quando o trabalho a ser desenvolvido for complemento ou continuidade de trabalho anteriormente realizado pelo próprio profissional e desde que justificado pela unidade demandante.** (...) Com vistas a aprimorar o acompanhamento do agendamento dos consultores e instrutores para a prestação de serviços, a partir de maio de 2013 o Sebrae/SC passou a monitorar o rodízio por meio do Relatório de Rodízio segmentado por região de atuação. Tal medida foi adotada de forma provisória até o momento de implementação do sistema informatizado denominado Sistema de Gestão de Credenciados - SGC, do Sebrae Nacional. Mensalmente, dois títulos distintos e aleatórios são selecionados por amostragem para compor o relatório de rodízio de cada uma das Coordenadorias Regionais. Uma vez evidenciada a quebra de rodízio, cabia ao respectivo Coordenador o envio de justificativas com evidências (**e-mails** dos credenciados com recusas,

indisponibilidade de agenda, problemas de saúde) à Unidade de Gestão de Pessoas para análise das mesmas. (...) **Ocorrência: Contratação de consultorias junto a empresas que deveriam ser vedadas de participação, em decorrência de sócios terem vínculo de parentesco com empregados do Sebrae/SC, configurando descumprimento ao art. 9º do Sistema de Gestão de Credenciados (SGC).** ‘Ainda que o Sebrae, como entidade privada, não se encontre sob o manto de aplicação do Decreto 7.203, de 4 de junho de 2010, o qual dispõe sobre a vedação de nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, esta Entidade zela pela observância dos princípios constitucionais consagrados no art. 37, caput, de nossa **Constituição Federal**, dentre eles os da moralidade e o da isonomia. Com base no exposto, o Sebrae Nacional, após verificar o quadro do credenciamento em todo o Sistema, alterou o seu Regulamento do SGC primando, não pela observância do Decreto, mas pelos princípios insculpidos no art. 37 da **CF/88**. Aos credenciados anteriormente ao ano de 2011, não houve mudanças. **Finalmente, quanto à vedação de contratação de consultorias junto a empresas cujos sócios tenham vínculo de parentesco com empregados do Sebrae/SC, acolho a sugestão de determinação feita pelo MP/TCU, no sentido de que o Sebrae cumpra o que for decidido no âmbito do TC 032.066/2010-4 (Prestação de Contas do Sebrae/RO, exercício de 2009), atualmente em fase de pedido de reexame interposto pelo Sebrae Nacional.** (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC 046.790/2012-8; Unidade: Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Santa Catarina - Sebrae/SC).

**6º- Conclusão da Advocacia Geral da União- AGU, acerca dos requisitos que um Edital de Credenciamento deve conter:**

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU Nº 48/2013:**

- I. A contratação mediante credenciamento é cabível quando não houver possibilidade de selecionar uma proposta mais vantajosa, pelo fato de quaisquer interessados que atendam aos requisitos pré-fixados estarem aptos para contratação, indistintamente, isto é, sem que haja qualquer diferença entre a prestação do serviço por um ou outro;
- II. O credenciamento é espécie de contratação por inexigibilidade distinta da pré-qualificação e passível de enquadramento no caput do art. 25 da lei 8.666/93, por isso sua utilização deverá ser excepcional e devidamente justificada em face da impossibilidade de contratar o objeto pretendido por meio de seleção de proposta mais vantajosa (licitação);
- III. No caso de contratação mediante credenciamento, não é cabível o estabelecimento de qualquer forma de pontuação, classificação ou critério de seleção distintivos entre aqueles que preencherem os requisitos pré-estabelecidos, devendo estar todos em igual condição de serem contratados e sendo cumpridos os critérios objetivos de distribuição da demanda previamente definidos no edital.

## 5.5 CONCLUSÃO

O credenciamento é considerado uma forma de contratação direta, que como já foi dito possui como fundamento o caput do art. 10 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI.

A inviabilidade de licitação resulta da possibilidade de contratação de todos os interessados do ramo do objeto pretendido, e que atendam as condições mínimas estabelecidas no edital, dessa forma, reforçando o que já fora acima explanado, não há que se falar em competição, pois todos podem ser contratados pelo SESI.

Com o credenciamento, o SESI busca obter o maior número possível de pessoas físicas/ jurídicas tendo em vista que a necessidade do SESI não será atendida com a contratação de um particular ou de um número limitado destes.

Outro ponto destacado, é que o credenciamento deverá permanecer sempre aberto, disponível a sociedade, tendo em vista a viabilidade do ingresso de novos interessados que atendam aos requisitos especificados pelo SESI, aumentando o número de participantes.

Ademais, a isonomia deve sempre estar presente nas ações do SESI, que deverá tratar todos os interessados de forma igualitária, preservando sempre os critérios e princípios da lisura, transparência e economicidade.

Não se pode olvidar a necessidade de previsão no Edital de Credenciamento da tabela de preços adotada, embasando a remuneração dos serviços prestados, com valores razoavelmente uniformes e que coadunam com os praticados no mercado, em tudo demonstrando a vantagem do procedimento, no que concerne aos princípios da economicidade e eficiência.

Como forma de atender a lisura necessária, o Edital de Credenciamento deve definir as características, condições normas e competências para o cadastro de pessoas físicas ou jurídicas interessadas em contratar.

Após todo o procedimento, e havendo a necessidade da prestação do serviço deverá o SESI formalizar a contratação daqueles que se encontram devidamente registrados no credenciamento, com base no caput do at. 10 do Regulamento de Licitações e Contratos.

Alertando sempre que, em todos os seus tramites, o SESI deverá atuar observando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo etc.

Ante as considerações acima expedidas, finalizamos no sentido de que cabe as Entidades, analisando a realidade fática vivenciada, decidirem pela viabilidade ou não do credenciamento, e por conseguinte, perfazer o devido ato convocatório, que deverá alicerçar todo o procedimento, ato este que deverá conter os requisitos mínimos juridicamente estipulados, os critérios de credenciamento, a tabela de valores que será praticada, a forma de chamamento dos credenciados, assim como as possibilidades de desc credenciamento, em tudo respeitando os princípios legalmente previstos e imprescindíveis ao alcance de um negócio jurídico perfeito.

## 5.6 REFERÊNCIAS

Marçal Justen Filho, in” Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª edição, Editora Dialética, São Paulo, 2010;

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2008;

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratações*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006;

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. São Paulo: Dialética, 2003;

CGU. Entendimentos do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do Sistema “S”, 2013;

AGU. Ementários das Conclusões das Câmaras Permanentes de Licitações e Contratos e de Convênios e outros instrumentos congêneres.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**6 - APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVA DO NOVO  
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015)  
AO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

**Eduarda de Melo Pereira**

**Departamento Regional de Pernambuco**



## 6.1 INTRODUÇÃO

A literatura jurídica entende que o Direito Administrativo teve sua origem na França, a partir da teoria da Separação de Poderes criada por Montesquieu, chamada também de *L'Esprit de Lois*, no ano de 1748, e expandida /disseminada por todo o mundo.

Em 1824, com a promulgação no Brasil de uma Constituição, fortes foram as inspirações nas lições deixadas a partir da Revolução Francesa, dentre elas, por exemplo, a divisão e o harmônico convívio dos três Poderes, sendo eles o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A evolução e a independência do Direito Administrativo deram-se de forma gradativa e, apesar de todo desenvolvimento, falta-lhe uma codificação própria. O *conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividade a que devem servir*, (CARVALHO FILHO. 2009) estão dispostos em leis esparsas.

Tendo em vista tal falta de positivação centralizada, a disciplina necessita de suplemento dos demais ramos do Direito a fim de suprir lacunas, buscando suporte hermenêutico e prático.

Nesse viés, o direito processual civil exerce importante influência nos processos contenciosos administrativos, como forma de agregar e preencher eventuais ausências procedimentais. Tal suplementação ocorria de forma implícita e, com a vigência do Novo Código de Processo Civil, em março de 2016, positivou-se, no art. 15, a aplicação supletiva e subsidiária das normas do processo civil aos processos administrativos.

Com a promulgação do novo código de processo civil - Lei 13.105/15 - surge a necessidade de análise das mudanças trazidas pelo mencionado instrumento normativo, especificamente sobre as repercussões das mudanças que possam interferir na esfera do processo administrativo.

Assim, tendo em vista a aplicação subsidiária e supletiva das normas processuais do direito civil na solução de lacunas deixadas pelo legislador no processo administrativo, objetiva-se explicar no presente estudo, as principais repercussões de tais modificações no processo administrativo.

## 6.2 EXPOSIÇÃO SOBRE O ART. 15 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 2015. HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

No direito brasileiro não há uma sistematização uniforme - como existe no processo judicial - para o processo administrativo. As regras sobre aspectos do processo administrativo, como competência, prazos, requisitos e princípios encontram-se espalhadas em diversos diplomas legais, até em atos administrativos normativos e dentre outros regramentos.

A ausência de rigidez nos processos administrativos - devendo o interprete e o agente administrativo ponderar princípios, regras legais e regulamentares para disciplinar o procedimento contencioso administrativo - trouxe a necessidade de uniformidade. Consequentemente o Governo Federal editou a Lei 9784/99, estabelecendo regras para o processo administrativo e instruindo um sistema normativo aplicável aos diversos expedientes administrativos.

*Diante desse quadro de mudança, em especial com a significativa multiplicação dos centros autônomos de decisão administrativa, com a criação das agências reguladoras, a implementação do processo administrativo veio suprir um déficit de legitimidade da atuação administrativa<sup>5</sup>, vista por vezes como ineficiente, excessivamente autoritária e pessoalizada. Era inevitável que novos modelos normativos fossem criados para implementar e instrumentalizar as mudanças, dentre os quais se destacava a necessidade do aperfeiçoamento dos processos decisórios. (BARROS, p.136)*

Mesmo antes da vigência do novo Código de Processo Civil e a expressa disposição no art. 15 da referida lei, o processo administrativo preenchia suas lacunas através dos procedimentos adotados no processo judicial.

Tal posituação destina-se a agregar maior observância dos princípios, como o do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e motivação, bem como para consolidar instrumentos de limpidez procedimental, quais sejam: a proibição da decisão surpresa e a vinculação dos precedentes.

O início da vigência, em março de 2016, do novo Código de Processo Civil, repercutiu em todos os procedimentos dos processos judiciais, e, mais, positivou entendimento de sua aplicação subsidiária e supletiva no processo administrativo.

**Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.**

Nesse sentido, colacionam-se os enunciados do *Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)* sobre o art. 15 do CPC/15:

- *Enunciado n.º 251 do FPPC: O inciso VI do art. 139 do CPC aplica-se ao processo de improbidade administrativa. (Grupo: Impactos do CPC nos Juizados e nos procedimentos especiais de legislação extravagante);*
- *Enunciado n.º 34 do FPPC: Considerasse abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento. (Grupo: Tutela Antecipada);*
- *(Art. 15). Em atenção ao princípio federativo, a aplicação supletiva prevista no art. 15 apenas abarca os processos administrativos federais, sendo facultativa sua aplicação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)*
- *(Art.496, §4º, IV; Art. 927) A edição de orientações administrativas vinculantes pelo ente público não pode contrariar os padrões decisórios previstos nos incisos I a IV do art. 927. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública)*

Dessa forma, o art. 15 do CPC/15 prevê explicitamente sobre a aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos. Caberá, pois, uma aproximação ainda maior das doutrinas do Direito Processual Civil e do Direito Administrativo, de forma a encontrar um viés eficaz para essa aplicação. Tal, interação contribuirá de sobremaneira com o interesse público.

A aplicação supletiva significa aplicar o Código de Processo Civil quando, apesar da lei processual administrativa dispor sobre o instituto processual, não seja completa e plena para o entendimento e aplicação prática. Nesta situação, a lei processual será aplicada de forma complementar, aperfeiçoando e propiciando maior efetividade e justiça ao processo administrativo.

Por sua vez, a aplicação subsidiária, denota aplicação do CPC/15 quando a legislação do processo administrativo não disciplina determinado instituto processual. Na ausência de dispositivos próprios, a lei processual regerá aos procedimentos contenciosos administrativos e a consequente solução do litígio.

Especificamente no plano do Direito Processual, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO (2016, p.94) afirma:

*Existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto.*

Em síntese, justifica-se a distinção entre “supletivo” e “subsidiário”, pois, apesar de com frequência serem usados como sinônimos, em verdade, não o são e tal distinção faz-se essencial para a correta compreensão do dispositivo e sua aplicação.

### **6.3 LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO (Nº 9784/99) E SUA COMPATIBILIDADE COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Nº 13.105/15)**

O processo administrativo inicialmente era formado por leis esparsas concernentes a um ou outro procedimento. Tendo em vista a necessidade de uniformizar pelo menos regras gerais a serem adotadas nos expedientes internos da Administração, foi editada a Lei n. 9784/99 destinada a regular os processos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal.

Ademais, a referida lei possui um status de norma geral a ser seguida em qualquer procedimento administrativo específico. Pelo caráter genérico e subsidiário, é aplicável para complementar as regras dispostas nas leis especiais.

Desta forma, a jurisprudência e a doutrina, a fim de sanar essa omissão legislativa, admitia a aplicação subsidiária das normas do Código Civil, Código Processo Civil, Código Penal e Código de Processo Penal ao processo administrativo como um todo e a Lei 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, trouxe expressa permissão no seu art. 15 de interação da norma processual civil aos processos administrativos.

Analisando a Lei de Processo Administrativo (L. 9784/99) constata-se que não há nenhuma regra específica que possa conflitar com as regras gerais transcritas no novo Código de Processo Civil. Por essa razão, não existe impedimento a uma aplicação subsidiária ou supletiva das regras de fundamentação de decisões.

Partindo de tais premissas, o presente estudo, busca elencar algumas das importantes alterações que o novo **Código de Processo Civil** (Lei n. **13.105/15**) trará ao ordenamento jurídico pátrio e que repercutirão também nas normas do processo administrativo.

## **6.4 REPERCUSSÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO ADMINISTRATIVO. PRINCIPAIS NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS APLICÁVEIS SUBSIDIÁRIA E SUPLETIVAMENTE AO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

### **6.4.1 DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES. ART. 11 DO CPC/15**

O art. 11 do Código de Processo Civil atual dispõe que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*

Tal dispositivo não revela em si uma novidade, mas um reforço no comprimento de regra constitucional de fundamentação e motivação das decisões proferidas pela Administração Pública, pelo Judiciário e todas as entidade e instituições incumbidas de atuar em prol do interesse público.

A Lei 9784/99 já traz dispositivos que firmam a obrigatoriedade da motivação do relatório e das decisões, conforme se observa abaixo:

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

- I. Neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;*
- II. Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
- III. decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;*
- IV. Dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;*
- V. Decidam recursos administrativos;*
- VI. Decorram de reexame de ofício;*
- VII. Deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;*
- VIII. importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.*

*§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Observa-se que o art. 11 do CPC/15 não destoa dos dispositivos previstos na Lei 9784/99. Dessa forma, o CPC/15 agrega inovações para garantir o cumprimento do dever de fundamentação das decisões, não existe contrariedade ou ausência de regramento sobre a matéria, é mais um exemplo da aplicação supletiva deste no processo administrativo.

Apesar de exaustivamente levantado, o princípio da motivação por vezes é enfraquecido no dia a dia dos procedimentos administrativo. Algumas decisões, camufladas por fundamentos simplistas, como o uso de termos como “cláusulas abertas” e “conceitos indeterminados”, acabam por prejudicar as garantias das partes interessadas na solução do litígio.

Tem-se a falsa impressão de solução da questão, quando, em verdade, ocorre um escoamento do litígio sem a satisfação efetiva, desconectadas do caso concreto, que apenas gera novos requerimentos ou procura pelo Judiciário.

Sobre o tema, NOHARA e MARRARA (2009, p.2) afirmam:

*Um processo administrativo transparente, célere e eficiente é capaz de dirimir conflitos que - se mal conduzidos pela Administração - acabam por desbordar do âmbito administrativo e, a se somarem às inúmeras demandas ajuizadas em face do Estado, congestionam o Poder Judiciário, gerando o desprestígio do próprio Estado de Justiça.*

Não basta, pois, a consagração normativa constitucional dos direitos subjetivos e das liberdades públicas para que o exercício do direito seja assegurado. É indispensável que o regramento jurídico processual facilite os meios instrumentais para o efetivo exercício dos direitos.

Nesse sentido, ocorre que o novo Código de Processo Civil traz dispositivo específico sobre o dever de fundamentação das sentenças.

Nos termos do art.489, §1º do CPC/15, para estar fundamentada uma decisão não pode:

- I. Se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*
- II. Empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;*
- III. invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*
- IV. Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*
- V. Se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*
- VI. Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

Tal dispositivo apresenta-se como uma regra geral, capaz de trazer reflexos não apenas no Processo Judicial, mas igualmente no Processo Administrativo.

Inclusive, os ajustes na fundamentação das decisões proferidas em sede de Processo Administrativo, talvez sejam os que mais precisem acontecer, a fim de que haja avanços democráticos no país.

A definição de critérios objetivos e límpidos para a fundamentação das decisões no processo administrativo - com base nas regras dispostas no art. 489, § 1º, do CPC/15 - contribuirá sobremaneira para a aplicação dos procedimentos previstos na Lei 9784/99 e demais legislação que discipline matéria do contencioso administrativo. Tal importância deve ser observada de forma cogente pelo administrador público para maior aprimoramento da sua atuação e para verdadeira valorização do interesse público.

#### **6.4.2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DECISÃO SURPRESA. ARTIGOS 9 E 10 DO CPC/15**

É fato que o processo é um conjunto de procedimentos balizados na ampla defesa e no contraditório, tais princípios derivados do devido processo legal, tem aplicação nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial.

Nesse sentido, dispõe DIDIER (2016, p.44):

*A Constituição Federal prevê o contraditório no inciso LV do art. 5º: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.*

*O princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder.*

*A dimensão substancial do princípio do contraditório trata-se do “poder de influência”, permitindo-se que a parte seja ouvida e tenha condições de poder agir para interferir na decisão proferida pelo julgador.*

Sobre a matéria, disserta LEONARDO DA CUNHA (2012, p.61):

*O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer de seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas.*

O Novo Código de Processo Civil consolidou tais garantias nos artigos 9 e 10 que podem ser plenamente aplicados ao Processo Administrativo, conforme se observa a seguir:

*Art. 9 - Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.*

*Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:*

*I. À tutela provisória de urgência;*

*II. Às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;*

*III. à decisão prevista no art. 701.*

*Art. 10 - O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*

Não se trata de um prejulgamento ou retardo processual, mas sim de exercício democrático e cooperativo do poder de decisão, como forma de evitar posicionamentos equivocados e incongruentes proferidos em uma eventual decisão surpresa.

Os artigos 9 e 10 do CPC/15 encontram guarida nos procedimentos da Administração e devem ser plenamente aplicados nas fases do processo administrativo como forma de agregar ainda mais a eficiência.

Nesse sentido, tanto o juiz como a autoridade de decisão administrativa devem dar a oportunidade das partes se manifestarem, evitando-se a prolação de uma decisão-surpresa e, conseqüentemente, nula, por violação ao princípio do contraditório.

### **6.4.3 PRECEDENTES VINCULANTES. POSITIVAÇÃO QUE ULTRAPASSA A ESFERA JUDICIAL**

#### **6.4.3.1 PRECEDENTES: BREVE ESCLARECIMENTOS HISTÓRICOS**

Primeiramente, cumpre destacar que todo o sistema jurídico, quer seja ele da família da *common law* ou seja ele pertencente à família romanista, baseia-se em três pilares essenciais, quais sejam: garantir a justiça, estimular o bem comum da sociedade e consolidar a segurança jurídica.

Não é o objetivo do presente trabalho aprofundar-se nos conceitos e características dos dois referidos sistemas jurídicos, principais do mundo contemporâneo, contudo se faz necessária uma explanação mínima para se analisar a origem e evolução dos precedentes vinculantes.

O Direito dos países pertencentes a família romana - dentre eles o Brasil como seguidor das construções teóricas de importantes filósofos franceses - firmou-se a partir da ideia de regras jurídicas formuladas pela figura do legislador que as cunharia com base na generalidade e na abstração. Buscava-se antever condutas que deveriam ser observadas, tendo como fundamento maior a isonomia.

Ocorre que, com o desenvolvimento da sociedade e do próprio Direito, percebe-se que a lei, como fonte principal, não é suficiente para solucionar todas as demandas jurídicas existentes, tampouco suficiente para garantir uma aplicação isonômica e segura. A plena subsunção da norma ao fato concreto encontrava barreiras como *os conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios jurídicos*.

Por sua vez o sistema da *common law*, originário da Inglaterra, pauta-se pela máxima de que os casos concretos são as verdadeiras fontes do Direito, única forma de se obter uma solução mais justa e racional. Pela análise e julgamento dos casos reais nascidos dos Tribunais, chegar-se-ia à conclusão mais isonômica.

É esse desenvolvimento do direito jurisprudencial que constitui a *common law* e nasce a ideia de precedente. Não existe incompatibilidade entre o uso dos precedentes e as leis nesse sistema, ambos convivem harmonicamente com base na essência da sua construção histórica, da mesma forma que, cada vez mais, consolida-se a aplicação de precedentes pelos países de tradição romanista.

O crescimento do uso dos precedentes nos países que adotam o sistema jurídico romano dar-se essencialmente pelas duas seguintes razões: a. disparidade na interpretação da lei e em sua aplicação a casos semelhantes; b. necessidade de celeridade e diminuição de demandas judiciais.

Não se trata de simples aplicação mecânica da lei ao fato. Para se verificar a conduta do jurisdicionado, não basta o texto da regra, mais sim a maneira como ele deverá ser interpretado e aplicado pelo órgão competente.

Nesse sentido, dissertar CARVALHO (2015. p.79):

*Sucedem, no entanto, que em função da mudança substancial da técnica legislativa empregada na elaboração de leis, do novo status dos princípios jurídicos, e, também, do crescimento do número de demandas judiciais - a ser analisado mais à frente -, potencializaram-se as chances de interpretações divergentes, o que majora a possibilidade de aplicação desigual da lei e mitiga a previsibilidade das ações estatais. Tal situação insuflou o interesse recente pelos precedentes nos países de tradição romanista, na medida em que se passou a conferir, com maior intensidade, ao aplicador do direito, no caso ao magistrado ou ao administrador, a missão de revelar o sentido efetivo da lei, o que debilita, indubitavelmente, as garantias dos cidadãos, já que a conduta a ser observada por estes encontra-se cada vez mais nas mãos do aplicador da lei, incumbido de densificar o conteúdo da lei (= legislador no caso concreto).*

A valorização dos precedentes não significa, evidentemente, desprestígio da lei. Ocorre que, com o desenvolvimento do sistema jurídico pátrio, observou-se, apesar da lei ser o ponto de partida essencial do ordenamento, não é ela suficiente para garantir os princípios da isonomia e da segurança jurídica, dentre as suas diversas interpretações possíveis.

Sobre o tema, conclui CARVALHO (2015. p 82):

*Daí uma das razões para a crescente relevância dos precedentes nos países de tradição romanista: resgate da credibilidade do princípio da legalidade, através da isonomia no momento de aplicação das normas jurídicas.*

Assim, os precedentes - judiciais e administrativos - são fundamentais para plena operacionalização de um órgão decisório, pois trazem segurança no momento da subsunção, relacionando fato à hipótese normativa (e sua interpretação) mais adequada.

#### **6.4.3.2 PRECEDENTES: CONCEITOS E APLICAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO**

Especificamente no Brasil, a ideia de precedentes surgiu com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual trouxe ao ordenamento jurídico os enunciados de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal.

Com o desenvolvimento e amadurecimento do Direito, o sistema pátrio gradativamente consolida a adoção de precedentes justamente como forma de agregar segurança jurídica e isonomia às formas de solução de litígios.

Conceitualmente, *precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.* (DIDIER JR, 2013)

Nesse sentido, em que consistem, na prática, os precedentes? DONIZETTI (2015) dissertar de forma esclarecedora, conforme trechos colacionados abaixo:

*Os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a ratio decidendi da decisão paradigmática. É, preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado.*

*Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de **distinguishing** - como é sempre recomendável o uso da língua pátria: distinção -, que, segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174), é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.*

*Se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da ratio decidendi daquele precedente, o magistrado poderá se ater à hipótese sub judice sem se vincular ao julgamento anterior.*

(...)

**Assim, até mesmo nas hipóteses em que se está diante de um precedente vinculante o julgador poderá fazer o distinguishing do caso que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito.** Grifos aditados

Ocorre que a teoria dos precedentes não se limita à esfera jurisdicional, podendo ser aplicada também no exercício da função administrativa.

Colaborando com tal posicionamento, Hans Kelsen (2005, p.365) afirma que tanto a função administrativa como a função jurisdicional operacionalizam as normas jurídicas:

*A execução de leis, porém, também é a função do chamado poder judiciário. Esse poder não é distinguível do poder “executivo” pelo fato de que apenas órgãos deste “executam” normas. As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário; a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução de normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, os chamados órgãos “executivos” ou administrativos.*

Nesse sentido, a ideia de aplicação de precedentes administrativos já é ventilada e tratada na Lei 9784/99, conforme se observa dos princípios dispostos no artigo 2º, *caput* (segurança jurídica e eficiência) e do seu parágrafo único, inciso XIII ou do artigo 50, inciso VII.

Ademais, o princípio da eficiência, presente na referida lei, também fundamenta a aplicação dos precedentes, posto que - ao estabelecer mesmos parâmetros decisórios em situações análogas - soma celeridade na atividade da administração e evita distorções de decisões em casos similares.

Não bastasse tais fundamentos, a Carta Magna, no seu art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, veda expressamente aplicação retroativa de nova interpretação de norma administrativa, consubstanciando que a administração pública se vincula às suas decisões - enquanto perdurar aquela interpretação - a todos os casos concretos similares. Ou seja, a administração encontra-se vinculada às suas razões que fundamentaram a decisão, tidas, pois, como precedentes.

Nesse sentido, a adoção dos dispositivos do novo Código de Processo Civil, quanto às disposições sobre os precedentes vinculantes, apenas colabora com as regras dispostas no regramento administrativo sobre o tema. Ou seja, com a expressa autorização do art. 15 da lei processual, a utilização dos dispositivos da lei processual civil ajudará sobremaneira a atividade dos órgãos julgadores administrativos.

#### **6.4.3.3 PRECEDENTES VINCULANTES: POSITIVAÇÃO NO CPC/15 E SUA COLABORAÇÃO NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS**

Cumprir destacar que o novo Código de Processo Civil positivou o que a doutrina defendia e a jurisprudência há tempos buscava praticar (inclusive no âmbito da Administração) trazendo um regime processual do precedente, sobretudo à luz dos artigos 926 e 927, interpretados conjuntamente com os incisos V e VI do § 1º do artigo 489. Tais dispositivos tem o escopo de confirmar e regular os precedentes vinculantes.

Trata-se, pois, de uma das principais implicações do CPC/2015, valorizando expressa e expressivamente a jurisprudência. Nesse viés, o doutrinador MOREIRA (2010) pontua que há o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926), que se aplica a todos os órgãos e entidades administrativas equivalentes a “tribunais” (colegiados decisórios).

Assim, os órgãos e as entidades administrativas equivalentes a tribunais, devem promover a segurança jurídica advinda da uniformização das decisões anteriores.

Os Tribunais de Contas, o CNJ, os conselhos de contribuintes, agências reguladoras, e colegiados com competência de julgamento administrativos tem o dever uniformizar seus conteúdos decisórios e, conseqüentemente, primar pela atuação efetiva com base nos seus precedentes.

Ainda que o art. 15 do CPC/15 não dispusesse sobre a aplicação supletiva e subsidiária nos processos administrativos, as cortes administrativas já demonstravam consciência da necessidade de se adotar procedimentos processuais mais completos. É tanto que a Súmula 103 do TCU já dispunha sobre aplicação subsidiária do CPC no juízo do Tribunal de Contas.<sup>1</sup>

A promulgação do Novo Código de Processo Civil apenas tornou cogente que os órgãos administrativos, em peculiar os judicantes, apliquem os precedentes das suas Cortes Superiores.

Para melhor esclarecimento, colaciona-se os recentes acórdãos abaixo que já demonstram o reconhecimento da aplicação da nova lei processual aos processos administrativos pelo próprio TCU:

***Acórdão 1080/2015 Plenário** (Embargos de Declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler). Processual. Legislação aplicável. Código de Processo Civil.*

*As normas processuais previstas na Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/92) e em seu Regimento Interno estabelecem rito processual próprio, no qual a aplicação do Código de Processo Civil se dá apenas de maneira analógica e subsidiária na falta de normas legais e regimentais específicas.*

***(...).** **Em defesa ao seu raciocínio, faz a recorrente ponderações acerca do rito a que, infere, se sujeita o processo de tomada de contas especial, concluindo que houve cerceamento ao direito constitucional de ampla defesa em virtude da inobservância à processualística constante do Código de Processo Civil (CPC).***

(...)

*Sobre o tema, registro que as normas processuais previstas na Lei Orgânica do TCU e em seu Regimento Interno estabelecem rito processual próprio, no qual a aplicação do Código de Processo Civil se dá apenas*

---

<sup>1</sup> SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA TCU 103. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO. APLICAÇÃO, NA FALTA DE NORMAS LEGAIS REGIMENTAIS ESPECÍFICAS, DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A JUÍZO DO TCU. Descrição: Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as Disposições do Código de Processo Civil. Site 3ª ICFEx

de maneira analógica e subsidiária na falta de normas legais e regimentais específicas.

Veja-se que o regimento interno deste Tribunal é expresso nesse sentido, consoante dispõe seu art. 298. **Ademais, a jurisprudência do TCU acerca do tema a muito se consolidou, dando ensejo, inclusive, ao enunciado nº 103 das Súmulas de Jurisprudência, a seguir transcrito: “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil.”**

**Acórdão 1085/2015 Plenário** (Embargos de declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler). Processual. Contraditório e ampla defesa. Requisitos.

**Nos termos do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária nos processos do TCU, somente poderá ser juntado aos autos documento redigido em língua estrangeira quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado, sob pena de não conhecimento do expediente.**

**Acórdão 927/2016 Plenário** (Agravo, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Direito Processual. Recurso. Efeito suspensivo. Embargos de declaração. Medida cautelar.

Os recursos manejados contra decisão de natureza cautelar proferida pelo TCU, ainda que tenham previsão de efeito suspensivo, a exemplo dos embargos de declaração, devem ser recebidos sem o referido efeito, conforme aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (art. 520 do CPC de 1973 e art. 1.012, §1º, do CPC de 2015). Grifos aditados.

Ademais, o Enunciado n.º 34 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) disserta expressamente sobre o precedente vinculante no âmbito administrativo:

**Considerasse abusiva a defesa da Administração Pública, sempre que contrariar entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa, salvo se demonstrar a existência de distinção ou da necessidade de superação do entendimento.** (Grupo: Tutela Antecipada). Grifos aditados.

Conclui-se, pois, que o precedente vinculante - implicitamente previsto nos normativos administrativos - ganhou ainda mais espaço com a vigência do novo Código de Processo Civil. A nova lei processual civil não só positivou a orientação vinculante, mas descreveu seus critérios de aplicação e verificação.

#### **6.4.3.4 PRECEDENTE VINCULANTE ADMINISTRATIVO: IMPORTÂNCIA E A POSSIBILIDADE DA REVISÃO JURISDICIONAL**

Diversas são as problemáticas já surgidas sobre os paradigmas jurisprudenciais. Ressaltaremos, em razão do escopo do presente estudo, a discussão sobre se valorização do precedente administrativo anularia o exercício da revisão judicial.

Primeiramente, a Constituição Federal garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional no seu art. 5º, XXXV. Os precedentes administrativos serviram para maior autonomia dos seus órgãos, posto que a segurança jurídica e a isonomia serão valorizadas.

A diferença substancial entre a aplicação da norma nessas duas funções é que no exercício da função jurisdicional os conflitos são resolvidos com força de coisa julgada. Por sua vez, a função administrativa não é revestida dessa força, haja vista a possibilidade de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Assim, a tendência é haver um desafoamento do Judiciário, em razão da eficiência e justiça das decisões administrativas quando da aplicação correta dos precedentes vinculantes. Todavia, inexistem entraves ou vedação na procura do Judiciário, sendo a possibilidade de revisão judicial, garantia maior disposta na Carta Magna brasileira.

Em síntese, o desenvolvimento da aplicação dos precedentes administrativos valorizará sobremaneira a atuação eficiente. Casos os critérios de aplicação sejam respeitados e utilizados de forma correta, haverá uma maior eficiência da Administração, melhorando o processo administrativo e as soluções extrajudiciais.

A garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário é mantida e preservada como forma de possibilitar a reinvidicação judicial de uma satisfação de um direito casos de omissões ou de atuação insuficiente da Administração.

Outro viés importante dos precedentes administrativos é a promoção dos direitos fundamentais sociais. O desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais capazes de proporcionarem uma tutela eficaz e igualitária é uma forma de aplicação plena do princípio da isonomia.

O dever da Administração de respeitar seus precedentes favoráveis à concessão de direitos aos cidadãos transpassa o princípio da eficiência. Para garantir o direito à igualdade e à segurança jurídica, bem como proibição de discriminação e a segurança jurídica, é essencial ampliar a percepção a fim de valorizar a expressiva relevância dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, não se trata apenas de eficiência ou de segurança jurídica, mas sim de atuação igualitária do órgão administrador. Trata-se “especificamente no que diz respeito à necessidade de que a Administração Pública forneça aos cidadãos uma tutela igualitária dos seus direitos sociais. (HACHEM. 2015)”

Pontua-se que a utilização dos precedentes administrativos proporcionam à Administração: o aumento de sua credibilidade perante os administrados, celeridade na solução das demandas, melhoria na qualidade da tomada de decisões e combate à corrupção.

Tal viés social, é mais um fundamento para *que proíbe que o Estado de atuar, administrativa ou judicialmente, em prol de seus interesses secundários, quando estes forem descoincidentes com os direitos fundamentais.* (CARVALHO. 2015)

#### **6.4.3.5 PRECEDENTES VINCULANTES ADMINISTRATIVOS E SUA OPERACIONALIZAÇÃO**

Apesar dos poucos estudos sobre o assunto, é possível concluir que a operacionalização do precedente administrativo passa pela comprovação material da sua existência, pela ampla publicidade desses paradigmas e pela organização dos próprios órgãos decisórios de uma espécie de *banco de dados*.

Uma sistematização dos precedentes administrativos de forma simplificada e prática, permitirá o acesso a todos os interessados das decisões de forma ementadas. Assim, com a pesquisa sobre determinado assunto facilitada, será possível concluir-se pela existência de precedentes vinculantes sobre determinado fato concreto.

Sobre tais sugestões, afirma CARVALHO (2015, p.185):

*Por fim, cumpre-nos registrar que a publicidade deste banco de dados deve ser a mais ampla possível, e no mundo atual em que vivemos, o instrumento mais poderoso de divulgação de informações, sem dúvidas alguma é a internet. Assim, além da publicidade no diário oficial*

*e, eventualmente, em anais destinados a este fim específico, a divulgação de precedentes administrativos na internet é extremamente relevante, mesmo porque esta é a tendência de nosso ordenamento jurídico, tal como podemos observar pela Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011) e pelo Código de Processo Civil de 2015.*

Dessa forma, para que haja o aprimoramento os procedimentos decisórios e dos mecanismos de igualdade social, a operacionalização de tais precedentes administrativos deverá ocorrer de forma a garantir conhecimento da matéria vinculadas, acesso às informações de forma simplificada e ampla publicidade de forma organizada.

Cumprir destacar que os precedentes - sejam eles judiciais ou administrativos - não são imutáveis. A eficácia vinculante poderá ser superada através de novo posicionamento devidamente fundamentado. A superação dos precedentes demonstra que tal instituto não vem para engessar o ordenamento, pois é permitida a oxigenação a aplicação do direito quando da existência de situações que exijam um aprimoramento das decisões.

A uniformização dos precedentes como norma expressa no novo Código de Processo Civil tem grande importância no âmbito administrativo. Tal posituação servirá de fonte para diversas decisões em casos semelhantes, para valorização da segurança jurídica, da eficiência e da isonomia.

## **6.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Código de Processo Civil de 2015 será aplicado ao processo administrativo com o escopo de colmatar as lacunas deste, tal interação dar-se-á de forma supletiva e subsidiária, conforme disposto no art. 15 da lei processual civil.

Nesse viés, a Administração e as entidades que atuam em prol do interesse público, dentre elas as que compõem o Sistema Indústria, deverão adequar-se para operacionalizar a sua atuação com base nas normas fundamentais trazidas pela nova lei processual, quais sejam: princípio da motivação das decisões, proibição da decisão surpresa e precedentes vinculantes, dentre outras.

Considerando a ampla atuação do Sistema “S” nos processos administrativos - em especial nos processos licitatórios, disciplinares e oriundos de fiscalizações dos órgão de controle internos e externos - o presente estudo denota essencial interesse na rotina dessas entidades.

A importância refletirá nas atividades em que o Sistema “S” reveste-se do dever de proferir deliberações administrativas, nas quais atuará como sujeito competente para emitir decisões e, conseqüentemente, deverá ter conhecimentos das interferências introduzidas pela nova lei processual civil.

Ademais, a adoção cogente, organizada e de acesso simplificado de precedentes vinculantes no âmbito administrativo facilitará a compreensão do entendimento dos órgãos de controle, em especial os Tribunais de Contas. Tal sistematização, pautada pela transparência e a segurança jurídica, ocasionará maior garantia aos procedimentos a serem adotados pelas entidades do Sistema Indústria.

A aplicação subsidiária e supletiva da referida lei processual, nos termos do art. 15, encontra clara compatibilidade com as normas esparsas dos processos administrativos e deverá ser observada pela Administração e demais entidades envolvidas no interesse público. Haverá maior controle quanto aos processos administrativos especialmente no que tange a transparência e previsibilidade dos órgãos em relação às decisões administrativas.

Tais inovações, se plenamente operacionalizadas, aumentarão a credibilidade perante os administrados, trarão celeridade (com qualidade) na solução das demandas, reforçarão os mecanismos existentes no ordenamento brasileiro de combate à corrupção e resguardarão a limpeza e o Estado Democrático de Direito.

## 6.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALÓCHIO, Luiz Henrique Antunes. **O novo CPC e o Processo Administrativo: onde os temas se entrelaçam?** 2014. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/99869> em 27.07.2016;

ALÓCHIO, Luiz Henrique Antunes. **O novo Código de Processo Civil e o Processo Administrativo.** 2015. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98503> em 27.07.2016;

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Processo, precedentes e as novas formas de justificação da Administração Pública Brasileira.** Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo. 2016. <http://www.revistas.usp.br/rdda> em 04.07.2016;

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro.** Ed. Contracorrente.2015;

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ª edição. Editora Lumen Juris. 2009;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. [http://www.academia.edu/8890858/A\\_atendibilidade\\_dos\\_fatos\\_supervenientes\\_no\\_processo\\_civil\\_uma\\_an%C3%A1lise\\_comparativa\\_entre\\_o\\_sistema\\_portugu%C3%AAs\\_e\\_o\\_brasileiro.\\_Coimbra\\_Almedina.2012](http://www.academia.edu/8890858/A_atendibilidade_dos_fatos_supervenientes_no_processo_civil_uma_an%C3%A1lise_comparativa_entre_o_sistema_portugu%C3%AAs_e_o_brasileiro._Coimbra_Almedina.2012) em 15.07.2016;

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Introdução Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento. Volume I. 18ª ed** - Rio de Janeiro: Editora Jus PODIVM, 2016

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil, volume III. Meios de impugnações às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 12ª ed. - Rio de Janeiro: Editora Jus PODIVM, 2014.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2013

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil**. <http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil> em 26.07.2016

HACHEM, Daniel Wunder. **Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais**. 2015. <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/91538> em 29.07.2016

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 4ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005

MAXIMILIANO, CARLOS. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Ed. Forense. 20ª Ed. 2011

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo (Princípios Constitucionais e a Lei 9784/1999)**. Ed. Malheiros. 2010

**Breves Comentários ao Código de Processo Civil** - 2ª Ed. 2016 Wambier, Teresa Arruda Alvim / Talamini, Eduardo / Dantas, Bruno / Didier, Fredie. RT

NOHARA E MARRARA, Irene Patrícia e Thiago. **Processo Administrativo - Lei Nº 9.784/99 Comentada**. Editora Atlas. 1ª Ed. 2009



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**7 - O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA E O SISTEMA “S”**

**Jean Alves Pereira Almeida**

**Departamento Nacional  
Departamento Regional do Amapá**



## 7.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos que norteiam a aplicação do princípio da transparência às entidades do Sistema S, levando em consideração o recente entendimento do Tribunal de Contas da União manifestado no bojo da Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC) que resultou no Acórdão nº 699/2016, que avaliou o nível de transparência dessas entidades, analisando a quantidade e qualidade dos dados divulgados por elas, nos diversos aspectos que compõem o tema.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos as seguintes questões:

- a) O Sistema Indústria;
- b) O Controle Externo;
- c) O Princípio da Transparência;
- d) A Lei de Acesso à Informação;
- e) Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- f) O Acórdão do TCU nº 699/2016;
- g) A Busca da Transparência como Princípio Sistêmico e Orgânico das Entidades.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar alguns dos aspectos jurídicos mais relevantes inerentes a incidência do princípio da transparência às entidades integrantes do chamado Sistema S, bem como o tratamento a ser dado para o devido cumprimento do acórdão nº 699/2016-TCU.

## 7.2 O SISTEMA “S”

A partir do processo de industrialização ocorrido nos anos de 1940, se fez necessário resolver um grande problema para as novas indústrias, que era exatamente a falta de mão de obra qualificada. Daí a necessidade de uma organização que pudesse capacitar os trabalhadores disponíveis.

O Sistema “S” é o nome pelo qual ficou convencionado de se chamar ao conjunto de organizações das entidades corporativas voltadas para o treinamento profissional, assistência social, consultoria, pesquisa e assistência técnica, que além de terem seu nome iniciado com a letra “S”, têm raízes comuns e características organizacionais similares. Tais entidades, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI); Serviço Social da Indústria (SESI); Serviço Social do Comércio (SESC); Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), foram criadas para atendimento dos trabalhadores da indústria e comércio. Mais recentemente, foram criadas novas instituições com características similares, as quais foram acrescentadas ao conjunto de entidades do Sistema “S”, quais sejam: Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR); Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP); Serviço Social de Transporte (SEST); Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT).

Outras entidades criadas nos últimos anos também se constituíram na estrutura do Sistema “S”, tais como a Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (APEX), Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI) e o Fundo Aeroviário. Entretanto, tais entidades são consideradas atípicas.

As entidades do Sistema “S”, também chamadas de Serviços Sociais Autônomos, são paraestatais, sem finalidade lucrativa, criadas ou com criação autorizada por lei. Embora sejam de direito privado, trabalham ao lado do Estado, e como desempenham tarefas consideradas de relevante interesse. Dessa forma, o Estado fornece a autorização legal para que arrecadem de forma compulsória recursos de parcela da sociedade e deles se utilizem para a manutenção de suas atividades: as denominadas contribuições parafiscais.

Nos termos disciplinados pelo art. 4º, incisos I e II, do Decreto-Lei nº 200/67 e suas alterações, que classificou a Administração Federal, bem como a jurisprudência dos tribunais, essas entidades não pertencem à Administração Pública Direta nem Indireta. Entretanto, por receberem recursos arrecadados compulsoriamente por meio das contribuições compulsórias, estão sob a jurisdição da Corte de Contas, conforme preceitua o art. 70, parágrafo único da Constituição da República e o art. 5º, inciso V da Lei nº 8.443/92, que dispõe que a jurisdição do TCU abrange “os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de

direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social”.

A colaboração com o Poder Público no trabalho de promoção social no país, levada a efeito pelo denominado “**Sistema S**”, que compreende, no âmbito da indústria, o **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI** e o **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI**, por conta da autonomia no que se refere à administração de seus serviços, gestão dos seus recursos, regime de trabalho e relações empregatícias, previsto no Regulamento do SESI (Decreto nº 57.375/65) e no Regimento do SENAI (Decreto nº 494/62).

A legislação supra mencionada dispõe ainda, que serão instalados os Departamentos Regionais do SESI e do SENAI no Distrito Federal e nos Estados em que houver federação das indústrias oficialmente reconhecida e filiada ao órgão superior da classe (CNI), e que tais Departamentos Regionais serão dirigidos pelo presidente da federação das indústrias local, vide artigos 37, 38 “a” e 44 do Regulamento do SESI e artigos 31, 32 “a” e 39 do Regimento do SENAI.

Tal funcionamento integrado (CONFEDERAÇÃO/FEDERAÇÃO - SESI - SENAI - IEL) requer planejamento estratégico bastante complexo, que mereceu do Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>1</sup>, as lúcidas considerações que se seguem:

*“Há uma preocupação no sentido de planejar políticas de curto, médio e longo prazo, para melhorar sua capacitação e agilizar sua ação, adequando-se, então, ao crescimento tecnológico.*

*Enfrentar estes desafios acarreta o reposicionamento institucional nos planos externo e interno. Esta articulação deve ocorrer num contexto de parcerias e globalização. Iniciativas de tal dimensão de importância e pertinência ocorrem com o governo, empresas, instituições e universidades (em nível nacional e internacional). Provocando uma adequação do Sistema “S” com a nova situação brasileira, gerada pela abertura do país à concorrência internacional.*

(...)

<sup>1</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 907/1997. Ministro Lincoln M. da Rocha. Pág. 136. Seção 1. Diário Oficial da União (DOU) de 26 de Dezembro de 1997.

*O maior desafio para o Sistema “S” é no aspecto financeiro, onde a fonte de receita é via contribuições compulsórias, idealizando-se uma combinação ou mesmo independência por meio de outras fontes alternativas de receitas.*

(...)

*Administrar a transição e acelerar a mudança do atual sistema organizacional, neste cenário de globalização e competitividade, é uma das razões deste esforço de implantação do Planejamento Estratégico.”*

A colaboração com o Poder Público no trabalho de promoção social no país, levada a efeito pelo denominado “**Sistema S**”, é o fundamento da existência dessas entidades, que apesar disso, conforme já tratado, não integram a Administração Pública direta nem indireta.

O saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup> enfrentou a questão dessa personalidade jurídica da seguinte forma:

*“Serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para-fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônios próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria e do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras. Essas instituições, embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhe são atribuídos, por considerados de interesse específico de determinados beneficiários. Recebem, por isso, oficialização do Poder Público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem na sua manutenção contribuições para-fiscais, quando não subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.”*

---

<sup>2</sup> Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997. p.339.

O próprio Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> já decidiu que as subvenções recebidas tanto pelo SESI como pelo SENAI, em que pesem sejam recolhidas pelo INSS (atualmente Receita Federal do Brasil), não integram, a título algum, as receitas do Estado, “pois a passagem de recursos pelo INSS é meramente procedimental.”

Diante disto, podemos afirmar que estas entidades se submetem a um regime jurídico híbrido, na medida em que, apesar de serem entidades privadas, sofrem também, o impacto de algumas normas de direito público, devendo o **Sistema “S”** funcionar, transitando nestes dois sistemas distintos, de forma harmônica, sendo este o seu maior desafio.

### 7.3 DO CONTROLE EXTERNO

Primeiramente, faz-se mister ressaltar que a função “controle” está intrinsecamente interligada com o poder e, por consequência, com a administração pública. O seu objeto pode ser definido como o vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas<sup>4</sup>, e na lição de Fernandes, os instrumentos dessa função seriam “a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando a reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento”<sup>5</sup>. Todo o processo do controle tem uma finalidade precípua, qual seja, a de garantir que os administradores públicos atuem em consonância com princípios basilares da Administração Pública, tais como: legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, dentre outros.

O controle dos atos realizados em nome da Administração Pública faz-se imprescindível porque há interesse público na análise da eficiência dos serviços postos à disposição da população. Por isso, a Administração Pública deve atuar sempre com legitimidade, de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização.

Nesse ensejo, referindo-se ao conceito de controle da Administração Pública, vale trazer a lume as lúcidas palavras de Carvalho Filho<sup>6</sup>, *verbis*: “Controle da Administração Pública é o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.”

<sup>3</sup> STF: ACO nº 1382/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 02/09/2009.

<sup>4</sup> Medauar, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993, p.14.

<sup>5</sup> Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp.32-33.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O controle interno é aquele realizado em cada setor da administração, decorrente da sua própria autonomia administrativa e financeira, ou seja, decorre do seu próprio poder de autotutela, permitindo à Administração Pública rever os seus próprios atos caso ilegais, inoportunos ou inconvenientes, sempre com fulcro nos princípios da legalidade, supremacia do interesse público, eficiência e economicidade. Uma das funções do controle interno é verificar se as metas anteriormente fixadas na lei orçamentária alcançaram os resultados almejados, estimulando a ação dos órgãos públicos na verificação da eficácia das medidas adotadas na solução dos problemas constatados.

No caso do controle externo tem-se que é aquele exercido por um Poder ou um órgão estranho à Administração Pública, como por exemplo, o controle exercido pelo Poder Legislativo, que faz o controle político, e pelo Tribunal de Contas, responsável pelo controle financeiro. Esse foi o modelo adotado pelos legisladores para o controle externo no Brasil.

O controle externo pode ser definido como um conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, contendo procedimentos, atividades e recursos próprios, alheios à estrutura controlada, e que visa à fiscalização, verificação e correção dos atos.

Nas lúcidas palavras de Guerra<sup>7</sup>, pode-se extrair a seguinte definição:

*“O controle externo é aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, porquanto a Administração Pública deve ser fiscalizada, na gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outro.”*

---

<sup>7</sup> Guerra, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2005.

Nesse diapasão, tem-se que os gestores do Sistema “S” devem atuar na gestão de seus recursos sempre em consonância com os princípios inspirados naqueles aplicáveis ao gestor público, tais como o da legalidade, impessoalidade, moralidade<sup>8</sup>, da igualdade, da publicidade, dentre outros, que não sejam incompatíveis com a natureza privada destas entidades.

A fiscalização dos recursos recebidos compulsoriamente pelos serviços sociais autônomos teve seu regramento originário no art. 183 do Decreto-Lei nº 200/67, o qual dispõe que: “As entidades e organizações em geral, de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma.”

Posteriormente, o art. 149 do Decreto nº 93.872/86, definiu que os serviços sociais autônomos prestarão contas de sua gestão, para julgamento pelo Tribunal de Contas da União. Nesse sentido, a Lei nº 8.443/92, Lei Orgânica do TCU, em seu art. 5º, inciso V, incluiu expressamente as entidades do Sistema “S” na jurisdição do tribunal.

Desta forma, por estarem as entidades do Sistema “S” sob a jurisdição do TCU (art. 70, parágrafo único da CR e art. 5º, V da Lei nº 8.443/92), bem como, pelas recentes legislações que obrigam a divulgação de dados que antes eram restritos, impõem analisar a necessidade de uma maior transparência na divulgação de dados para fins de controle, tanto dos órgãos existentes para essa tarefa, como para a sociedade em geral.

## 7.4 DO PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

A palavra princípio traduz, na linguagem corrente, a idéia de “começo, início”, e nessa linha, “o primeiro momento da existência de algo ou de uma ação ou processo”<sup>9</sup>. Mas traz, também, consigo o sentido de “causa primeira, raiz, razão” e, nesta medida, a idéia de aquilo “que serve de base a alguma coisa”<sup>10</sup>

<sup>8</sup> “Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien et du mal. Comme l’Administration a une conduite, elle pratique cette distinction em même temps que celle du juste et de l’injuste, du licite et de l’illicite, de l’honorable et du déshonorant, du convenable et de l’inconvenant. la moralité administrative est souvent plus exigeante que la légalité. Nous verrons que l’institution de l’excès de pouvoir, grace à laquelle sont annulés beacoup d’actes de l’Administration, est fondée autant sur la notion de la moralité administrative que sur celle de la légalité, de telle sorte que l’Administration est liée dans une certaine mesure par la morale juridique, particulièrement em ce ui concerne le détournement de povoir”. Sirey. Droit Administratif et Droit Public. 11<sup>a</sup> ed. 1927, pp. 346-347.

<sup>9</sup> Houaiss, Antônio, et allii .Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.2299.

<sup>10</sup> Houaiss, Antônio, et allii, loc.cit.

A palavra, desse modo, carrega consigo a força do significado de proposição fundamental. Nesta linha, o professor Canotilho<sup>11</sup> entende que:

*“Os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante.”*

A Constituição Brasileira de 1988 traz em seu texto alguns princípios norteadores da atividade administrativa pelos quais os agentes da Administração pública devem pautar seus atos. Nesse contexto, ressalta-se que todos os princípios que se encontram, expressa ou implicitamente inseridos no texto constitucional, são normas jurídicas postas à observância insuperável e incontornável da sociedade estatal<sup>12</sup>.

A transparência é um princípio basilar da ideia de democracia, esta, surgida no curso da modernidade como meio de superar os obstáculos impostos pelo então Estado absolutista, nos moldes idealizados na Grécia clássica, quando os cidadãos reunidos em lugar público, apresentavam proposta, votavam orçamento e determinavam o quanto de tributos deveriam pagar para financiar as despesas públicas.

A transparência administrativa é elementar para a concretização do Estado Democrático de direito uma vez que a participação dos administrados se coaduna com os ditames e garantias decorrentes deste ideal que é marcado pela segurança e lisura das relações. Nesse sentido, Martins Junior<sup>13</sup> leciona que o princípio da transparência administrativa é inerente ao princípio democrático e é resultado expresso dos princípios da publicidade, da motivação e da participação popular. Segundo Martins Junior<sup>14</sup>, uma das grandes conquistas da transparência administrativa é “o reforço níveis e dos canais de vigilância sobre a juridicidade da atuação administrativa e, sobretudo sobre a concreta, efetiva e real preservação do interesse público”.

É o acesso a informação sobre a gestão administrativa do Estado que ampara o exercício do controle popular, e, a partir do exame dessas informações, que o administrado pode verificar possíveis irregularidades.

---

<sup>11</sup> Canotilho, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. - Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

<sup>12</sup> Martins Junior, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.32.

<sup>13</sup> Idem. 2010, p. 36.

<sup>14</sup> Idem. 2010, p. 36.

## 7.5 DA LEI Nº 12.527/2011 - A LEI DA TRANSPARÊNCIA

No ano de 2011 promulgou-se a lei da transparência, também conhecida como Lei de Acesso à Informação - LAI, Lei nº 12.527/2011, a qual determinava que o poder público deveria dar publicidade de seus atos, facilitando o acesso à informação aos cidadãos, com publicações de algumas informações por meio eletrônico e demais meios.

Entretanto sua aplicabilidade ficou restrita, pois a referida legislação não trouxe consigo prazos para a concretização de sua normatividade. Por essa razão e no intuito de dar mais efetividade, no ano de 2012 foi editado o Decreto nº 7724/12 que veio regulamentar a referida lei, trazendo consigo prazo para que as determinações legais fossem cumpridas. O Decreto em comento não abrangeu toda Administração Pública, delimitando-se ao Poder Executivo Federal.

Note-se que ao evidenciar e tornar público os atos administrativo estatais, confere ao cidadão maior segurança com relação a conduta dos agentes públicos. Assim mostra-se como instrumento de participação do administrado permitindo um certo controle social.

Apesar do TCU, adotando uma interpretação extensiva do disposto no art. 2º<sup>15</sup>, defender que a LAI se aplica ao Sistema “S”, entendemos que o próprio decreto regulamentador delimitou a sua abrangência ao “âmbito do poder executivo federal”.

Desta forma, resta claro que as entidades integrantes do Sistema S não se submetem aos ditames da Lei nº 12.527/2011, nem do Decreto nº 7.724/2012, não sendo estas sujeitas à chamada Lei da Transparência.

## 7.6 DA LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS - LDO

No Brasil, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) tem como a principal finalidade orientar a elaboração dos **orçamentos** fiscais e da **seguridade social** e de investimento do **Poder Público**, incluindo os poderes **Executivo, Legislativo, Judiciário** e as **empresas públicas** e **autarquias**. Ela busca alinhar a **Lei Orçamentária Anual** (LOA) com as diretrizes, objetivos e metas da **administração pública**, estabelecidas no **Plano Plurianual**. De acordo com o parágrafo 2º do art. 165 da **Constituição** da República, a LDO:

---

<sup>15</sup> Art. 2º *Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.*

- compreenderá as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente;
- orientará a elaboração da LOA;
- disporá sobre as alterações na **legislação tributária**;
- estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A iniciativa do projeto da LDO é exclusiva do chefe do Poder Executivo (no âmbito federal, o Presidente da República). O projeto é encaminhado ao Congresso Nacional até o dia 15 de abril de cada ano para aprovação. A Constituição não admite a rejeição do projeto de lei de diretrizes orçamentárias, porque declara, expressamente, que a sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias (art. 57, § 2º).

Como um processo de avanço no fornecimento de informações, e reconhecendo a necessidade de transparência para o Sistema “S”, a partir de 2009, a LDO passou a incluir em seus dispositivos a determinação de que essas entidades divulguem, periodicamente, pela internet, dados e informações atualizados acerca dos valores recebidos à conta das contribuições, bem como das aplicações efetuadas, discriminadas por finalidade e região.

A LDO em vigor, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária para 2016, é a Lei nº 13.242/2015. Nela, seguindo o que já vinha ocorrendo em LDOs anteriores, há previsão expressa quanto ao dever de transparência para os serviços sociais autônomos:

*Art. 135. As entidades constituídas sob a forma de serviço social autônomo, destinatárias de contribuições dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários deverão divulgar, trimestralmente, na respectiva página na internet, em local de fácil visualização:*

- I. os valores arrecadados com as referidas contribuições, especificando o montante transferido pela União e o arrecadado diretamente pelas entidades;*
- II. as demonstrações contábeis;*

*III. a especificação de cada receita e de cada despesa constantes dos respectivos orçamentos, discriminadas por natureza, finalidade e região, destacando a parcela destinada a serviços sociais e à formação profissional; e*

*IV. a estrutura remuneratória dos cargos e funções e a relação dos nomes de seus dirigentes e dos demais membros do corpo técnico.*

*§ 1º As entidades previstas no caput divulgarão também seus orçamentos de 2016 na internet.*

*§ 2º As informações disponibilizadas para consulta nos respectivos sítios eletrônicos devem permitir a gravação, em sua integralidade, de relatórios de planilhas, em formatos eletrônicos abertos e não proprietários.*

Desta forma, em termos de legislação, as entidades constituídas sob a forma de serviço social autônomo, como o SESI e o SENAI, tem o dever de observar os estritos limites impostos pela LDO, na forma disciplinada atualmente pelo disposto no artigo 135 da Lei nº 13.242/2015.

## **7.7 DO ACÓRDÃO Nº 699/2016 - TCU**

A fim de avaliar de forma objetiva o nível de transparência das entidades que compõem os Sistemas SENAI, SENAC, SESI, SESC e SENAR, com a finalidade de compará-lo com as melhores práticas existentes hoje tanto na administração pública quanto nas entidades privadas, o TCU propôs, sob a sua ótica, alternativas para o aprimoramento da questão.

Após a realização de auditoria cujo objetivo foi avaliar o nível de transparência das entidades do Sistema S sob os seguintes aspectos: divulgação de dados sobre receitas e despesas; demonstrações contábeis; licitações; contratos; transferências de recursos a federações e confederações; e atendimento ao público em geral, o Plenário do Tribunal de Contas da União decidiu no Acórdão nº 699/2016, publicado no DOU de 05/04/2016:

- 9.1. recomendar às entidades do “Sistema S” regionais e nacionais (Senac, Senar, Senai, Sesc, Sesi, Sebrae, Sest/Senat, SESCOOP) que divulguem amplamente nos seus respectivos sítios eletrônicos, de maneira centralizada, em cada um dos departamentos nacionais:
- 9.1.1. os orçamentos originais e executados nos mesmos moldes e nível de desagregação dos que são encaminhados aos ministérios supervisores para aprovação;
  - 9.1.2. os documentos de aprovação dos orçamentos (portarias) e os orçamentos retificadores, quando houver;
  - 9.1.3. as demonstrações contábeis, elaboradas, no que couber, de acordo com a NBC-T 16.6, assinadas pelos contadores responsáveis e com indicação dos nomes dos dirigentes;
  - 9.1.4. as seguintes informações sobre os processos licitatórios em andamento e os recém finalizados, bem como os editais correspondentes: modalidade, natureza e descrição do objeto, data da abertura das propostas, critério de julgamento, data da homologação, resultado do certame, identificação dos licitantes, valores das propostas, registro dos recursos apresentados e respostas aos recursos, e situação da licitação (em execução, suspensa, concluída);
  - 9.1.5. informações sobre os contratos celebrados, nos mesmos moldes que forem definidos para os relatórios de gestão;
  - 9.1.6. informações sobre as atividades e vagas gratuitas nos cursos, indicando com clareza as gratuidades instituídas por decreto;
  - 9.1.7. informações referentes às transferências de recursos, seja por convênio seja por qualquer outra forma de ajuste, com destaque para aquelas efetuadas para as federações e confederações empresariais, nos mesmos moldes que forem definidos para os relatórios de gestão;
  - 9.1.8. informações sobre receitas e despesas das entidades, com a especificação de cada receita e despesa constante dos respectivos orçamentos, discriminadas por natureza, finalidade e região, destacando a parcela destinada a serviços sociais e a formação profissional, especialmente com relação à despesa detalhada por modalidade de licitação, nos moldes que serão definidos para os relatórios de gestão;

9.1.9. os valores mínimos e máximos de cada faixa salarial, o quantitativo de empregados em cada uma dessas faixas, e os critérios para a evolução na carreira, bem como os valores de gratificações que possam impactar na remuneração final dos empregados de acordo com o plano de cargos e salários;

9.2. recomendar a todas as entidades do “Sistema S”:

9.2.1. que estudem a possibilidade de disponibilizar, observando a autonomia regional de cada departamento, o acesso centralizado às informações e dados padronizados objeto destas recomendações, cuidando para que a periodicidade de atualização seja suficiente para mantê-los atuais;

9.2.2. que suas demonstrações contábeis sejam auditadas por auditores independentes;

9.2.3. que envidem esforços para a melhoria dos seus processos de controle, estudando a viabilidade da implantação de unidades de auditorias internas, sem perder de vista a autonomia regional de cada departamento, a fim de aprimorar a eficácia dos seus processos de gerenciamento de riscos, controle e governança;

9.2.4. que, a partir do estímulo e da orientação dos órgãos nacionais, aprimorem seus serviços de atendimento aos clientes/cidadãos, de forma a facilitar o acesso destes às informações e aos dados das entidades, prestando serviços por departamento, de forma presencial e remota;

9.2.5. que avaliem a viabilidade de instituição ou de aprimoramento, caso já existentes, de ouvidorias e de códigos de ética e de conduta, observando a autonomia regional de cada departamento, de forma a aprimorar os serviços de atendimento ao cidadão;

9.2.6. que fixem prazos para cada uma das etapas do atendimento e implementação de sistemas de monitoramento e controle de prazos, de forma a aperfeiçoar a gestão dos serviços de atendimento prestados aos cidadãos;

9.3. determinar, por força do estabelecido na NBC T 16.1, às entidades do Senar e quaisquer outras entidades do “Sistema S” que ainda não o tenham feito, que, no prazo de um ano, contado da notificação dessa deliberação, adequem seus sistemas contábeis, de forma que suas demonstrações contábeis sejam elaboradas, no que couber, com base na contabilidade aplicada ao setor público, seguindo os moldes exigidos pela NBC T 16.6, admitindo-se a utilização concomitante da contabilidade empresarial, se assim entender necessário e conveniente a entidade jurisdicionada.

9.4. determinar às entidades do “Sistema S” (Senac, Senar, Senai, Sesc, Sesi, Sebrae, Sest/Senat, Sescoop), com fulcro no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, II, do RI/TCU, que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do recebimento da comunicação, encaminhe plano de ação a este Tribunal, previamente discutido com os atores envolvidos, que contemple o cronograma de adoção, ainda que parcial, das medidas necessárias à implementação das recomendações constantes nos itens 9.1 e 9.2 deste acórdão, com a indicação de prazos e responsáveis, bem como justificativas a respeito de eventual impossibilidade ou inviabilidade de implementação da recomendação alvitada.

É importante ressaltar que a recomendação 9.4 determinou às entidades do Sistema “S” que fosse encaminhado ao TCU, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), a contar do recebimento da comunicação, **um plano de ação, que contemple o cronograma de adoção, ainda que parcial, das medidas necessárias à implementação** das recomendações constantes nos itens 9.1 e 9.2 do referido acórdão, com a indicação de prazos e responsáveis, **bem como justificativas a respeito de eventual impossibilidade ou inviabilidade de implementação** da recomendação alvitada.

## 7.8 A BUSCA DA TRANSPARÊNCIA COMO PRINCÍPIO SISTÊMICO E ORGÂNICO DAS ENTIDADES

O presente estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim, de provocar a reflexão sobre um tema relativamente novo e com muitas implicações às entidades integrantes do Sistema “S”, bem como colaborar com o cumprimento das recomendações do TCU, sem detrimientos dos posicionamentos institucionais já consolidados.

Como pôde ser demonstrado, o tema perpassa por algumas questões polêmicas referentes à abrangência da transparência (princípios e leis) e sua repercussão face à natureza jurídica das nossas entidades.

Assim, considerando as conquistas institucionais que o Sistema obteve recentemente (processo seletivo etc) e que afirmaram a natureza privada destas instituições, a simples aplicação deste princípio, ou seja, da transparência pura e simples, nos parece uma contradição.

No entanto, diante do atual cenário político e dos movimentos contra a corrupção que vêm crescendo no país, se faz necessário que encontremos o equilíbrio no tratamento a ser dado às recomendações contidas no Acórdão nº 699/2016 - TCU-Plenário, de forma que a transparência seja o caminho a ser adotado, respeitando as características privadas das nossas entidades.

Diante o exposto, e em cumprimento ao item 9.4 do acórdão, os Conselhos Nacionais do Sesi e do Senai aprovaram na sessão de 26 de julho de 2016, resoluções<sup>16</sup> que estabelecem diretrizes sobre as medidas de transparência recomendadas pelo Acórdão nº 699/2016-TCU, visando a elaboração de plano de ação tendente a implantação, e, determinando, ainda, que a busca da transparência seja um princípio sistêmico e orgânico das entidades, materializado por meio de processos de desenvolvimento permanente em todos os seus órgãos.

## 7.9 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as questões, chegamos às seguintes conclusões:

- 1) O princípio da transparência, embora não estando elencado de forma expressa se faz presente em diversos dispositivos da Constituição. Este princípio é inerente ao princípio democrático e tem como resultado os princípios da publicidade, motivação e participação popular.
- 2) A medida que os níveis de transparência e acesso a informação aumentam, cresce também a possibilidade de controle social e fiscalização da atividade administrativa.
- 3) Assim, é inegável que a realização da transparência administrativa constitui importante instrumento a serviço da moralidade, eficiência e legalidade, e possibilita ao cidadão o exercício do direito de interferir e controlar a atuação dos agentes público. Desta forma pode-se dizer que este constitui um verdadeiro instrumento para o exercício da cidadania ativa. Por outro lado é esse exercício da cidadania que irá proporcionar cada vez mais a realização desta transparência.
- 4) Apesar das entidades integrantes do Sistema S, em especial o Sesi e o Senai, não serem entes da Administração Pública, e por consequência, estarem fora do alcance da Lei da Transparência ou Lei de Acesso à Informação - LAI, estes já se submetem aos ditames da LDO quanto ao dever de transparência, o que o próprio TCU reconheceu que vem sendo cumprido.
- 5) Entendemos que as entidades do Sistema “S” podem envidar esforços para a melhoria da transparência dos atos de interesse da comunidade em geral, tais como os procedimentos de licitações e contratos, as ofertas de cursos gratuitos e os serviços de

---

<sup>16</sup> Resolução nº 25/2016 do Conselho Nacional do Senai. A resolução do Conselho Nacional do Sesi que trata do mesmo tema e possui conteúdo idêntico, ainda encontrava-se sem numeração pelo CONSESI em 09/08/2016.

atendimento ao cidadão, no entanto, sempre devendo considerar a sua natureza privada, já amplamente reconhecida.

- 6) A busca da transparência deve ser um princípio sistêmico e orgânico das entidades, materializado por meio de processos de desenvolvimento permanente em todos os seus órgãos.

## 7.10 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Conselho Nacional do SENAI. Resolução nº 25/2016, de 26/07/ 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo* - 4ª Ed. - Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Ação Cível Originária nº 1382/SP, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 02/09/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário nº 789.874 /DF julgado em 17/09/2014 Plenário. Rel. Min. TEORI ZAVASCKI. Acórdão Eletrônico DJe-227 Divulg 18-11-2014 Public 19-11-2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. - Coimbra: Almedina, 1998.

DA SILVA, Thaisa Mendes. *O Princípio da Transparência no Direito Brasileiro: a transparência administrativa e o controle social como instrumento da cidadania*. <http://www.webartigos.com/artigos/o-principio-da-transparencia-no-direito-brasileiro-a-transparencia-administrativa-e-o-controle-social-como-instrumento-de-cidadania-1/121704/#ixzz459XDlDz3>. Acessado em 07/04/2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUERRA, Evandro Martins. *Os controles externo e interno da Administração Pública*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2005.

HOUAISS, Antônio, *et alii*. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SANTANA, Herick Santos. *O Controle Externo da Administração Pública no Brasil*. <https://jus.com.br/artigos/26798/o-controle-externo-da-administracao-publica-no-brasil/2>. Acessado em 07/04/2016.

SIREY. *Droit Administratif et Droit Public*. 11<sup>a</sup> ed. 1927.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 907/1997. D.O.U. 26/12/1997.



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**8 - ENQUADRAMENTO DO SENAI COMO  
INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE  
INOVAÇÃO E BENEFÍCIOS DA LEI Nº 13.243/2016**

**Leticia de Oliveira Lourenço**

**Departamento Regional de Minas Gerais**



## 8.1 INTRODUÇÃO

A ciência, a tecnologia e a inovação tem sido objeto de atenção das grandes potências mundiais, que utilizam o patrimônio adquirido com a atuação em CT&I como forma de manter o equilíbrio e competitividade de suas respectivas economias.

No Brasil, a atuação do SENAI tem mostrado enorme importância na contribuição para a indústria brasileira, sendo um dos focos de sua atuação, a tecnologia e a inovação, que tem tido grande destaque e relevância no cenário nacional.

O SENAI, através dos institutos de Inovação e Tecnologia atende as demandas da indústria em diversos estados no Brasil, com soluções completas por meio de inovação (pesquisa aplicada), serviços laboratoriais, consultorias e serviços especializados, focando na competitividade industrial.

De encontro com o avanço do SENAI na área de tecnologia e inovação, foi publicada a Lei 13.243 em 11 de janeiro de 2016, conhecido como Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, apontando o início de uma nova fase para a pesquisa e inovação tecnológica no Brasil.

O Marco Legal altera a Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004, trazendo novidades como: alteração na conceituação dos Institutos de Ciência e Tecnologia - ICT's, desburocratização nas contratações direcionadas para o desenvolvimento científico, tecnológico e inovação, alteração nas contratações de bolsistas, nos processos de importação, dentre outras que serão pontuadas neste artigo.

O presente trabalho defende a tese de possibilidade de aplicação das inovações trazidas pela Lei 13.243/2016 ao do SENAI, uma vez que a entidade, para efetivar as contratações para realização de sua atividade, é atualmente submetida a regramento engessado, burocrático e lento, o que impede que o SENAI capacite a indústria brasileira a entrar em competição com a indústria internacional de forma igualitária e equilibrada, ainda mais considerando o advento da nova lei.

O presente trabalho busca, dentro desse contexto, abordar a importância do tema e a relevância de aproveitar as benesses da nova lei também para o SENAI, para que a entidade tenha instrumentos necessários para cumprir sua missão institucional de cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria, de forma menos burocrática e sem gerar ofensa aos princípios básicos impostos pela Constituição da República.

## 8.2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 8.2.1 DIRETRIZ TECNOLÓGICA DO SENAI

De norte a sul do país a indústria investe em educação profissional, educação e tecnologia, tendo como resultado a busca de um país competitivo a cada ano. A indústria brasileira inovadora é cada vez mais uma realidade necessária para a preparação do Brasil para o futuro.

Com foco institucional no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas visando a colaboração no desenvolvimento da indústria, conforme artigo 1º, letra 'e' do Regimento do SENAI, a entidade abriu os olhos para o mercado visando o desenvolvimento de novas soluções com fins de direcionar o Brasil ao patamar de modernidade industrial.

A pretensão do SENAI é interligar o país com uma rede de conhecimento e desenvolvimento através da implantação dos Institutos SENAI de Inovação e Tecnologia. O objetivo dos Institutos de Tecnologia é o investimento em laboratórios especializados para atender aos setores industriais relevantes em todo o território brasileiro, priorizando as demandas atuais e futuras da indústria. Os Institutos de Inovação tem o foco na transversalização do conhecimento e atendimento à demanda de diversos setores industriais em parceria com outras instituições, se especializando em uma área científica de pesquisa aplicada, engenharia de alta complexidade e geração de inovação tecnológica.

Aprofundando um pouco mais, os Institutos SENAI de Inovação (ISI) tem como objetivo aumentar a produtividade e a competitividade da indústria brasileira, com a criação de soluções inovadoras para a indústria de grande, médio e pequeno porte. O atendimento dos institutos abrange todo o território nacional, focando no suporte para inovação das empresas de base tecnológica.

Os Institutos SENAI de Tecnologia (IST) são unidades do SENAI com infraestrutura física e pessoas qualificadas para a prestação de serviços técnicos especializados, de metrologia e consultoria, com o objetivo de aumentar a competitividade de indústrias de todos os portes. Os institutos desenvolvem soluções com base nas tecnologias existentes para criar novos processos e novos produtos.

Assim, o SENAI, através dos institutos de Inovação e Tecnologia atende as demandas da indústria em diversos estados no Brasil, com soluções completas por meio de inovação (pesquisa aplicada), serviços laboratoriais, consultorias e serviços especializados, focando na competitividade industrial. A entidade possui estruturas organizadas em áreas tecnológicas

e setores industriais que visam dar maior agilidade e qualidade no atendimento da demanda da indústria, por meio de um modelo de gestão que integra e conecta institutos e unidades do SENAI, referências em suas áreas de atuação.

## 8.2.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 13.243/2016

Levado à apreciação do Palácio do Planalto ao final de 2015, o PLC nº 77/2015, anterior ao Projeto de Lei nº 2.177/2011, deu origem à sanção, pela Presidente Dilma Rousseff, em 8 de janeiro de 2016, da Lei 13.243/2016, que institui no novo Código da Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) do Brasil. Com um total de oito vetos à versão encaminhada pelo Senado, a nova lei regulamenta a Emenda Constitucional nº 85/2015 a altera dez leis relacionadas ao universo das atividades de CT&I do país.

A nova lei avança em diversos pontos na promoção de um ambiente regulatório mais seguro e estimulante para a inovação no Brasil. Entre eles, destacam-se: a formalização das ICT's privadas (entidades privadas sem fins lucrativos) como objeto da lei; a ampliação do papel dos NITs, incluindo a possibilidade de que as fundações de apoio possam ser NIT's e ICT's; a diminuição de alguns dos entraves para a importação de insumos para pesquisa e desenvolvimento (P&D); a alteração da Lei de Licitações e possibilidade de utilização do RDC nas contratações; a formalização das bolsas de incentivo à atividade inovativa, entre outros.

No que diz respeito aos pontos relacionados à promoção ICT- empresa, a nova lei propôs alterações importantes com vistas a reduzir significativamente pontos críticos de insegurança jurídica, dando mais clareza à aplicação e à operacionalização da lei, bem como fortalecer as ferramentas de estímulo à participação de ICT's em atividades de inovação associadas a um segmento produtivo.

Os princípios que norteiam a nova lei são:

- Promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas para o desenvolvimento econômico e social;
- Promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade;
- Redução das desigualdades regionais;

- Descentralização das atividades de ciência, tecnologia e inovação em cada esfera de governo, com desconcentração em cada ente federado;
- Promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, o setor público e o privado e entre empresas;
- Estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação - ICTs e empresas, inclusive para a atração, constituição e instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação, parques e polos tecnológicos no País;
- Promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional;
- Incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia;
- Promoção e continuidade dos processos de formação e capacitação científica e tecnológica;
- Fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICTs;
- Atratividade dos instrumentos de fomento e de crédito, bem como sua permanente atualização e aperfeiçoamento;
- Simplificação de procedimentos para a gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e adoção de controle por resultados em sua avaliação;
- Utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação;
- Apoio, incentivo e integração dos inventores independentes às atividades das ICTs e ao sistema produtivo.

### 8.2.3 DEFINIÇÃO DE INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE INOVAÇÃO - ICT

O conceito de ICT foi estabelecido no artigo 2º, inciso V, da Lei de Inovação 10.973/2004, com intuito de determinar o agente principal deste regramento jurídico. A figura das ICT's abrangia, na redação original da lei, os órgãos da administração pública que executam atividades de pesquisa e inovação, como as universidades e institutos de pesquisa públicos.

A Lei 13.243/2016 alterou a Lei de Inovação no sentido de expandir o conceito de ICT, sendo considerada uma Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta ou pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, legalmente constituídos sob as leis brasileiras, com sede e foro no País, que inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos.

Desde a Lei original da inovação em 2004, esta é a 4ª alteração do conceito de ICT. Agora, além de abranger também instituições privadas, basta que uma das missões da entidade seja voltada à pesquisa de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, não necessitando mais ser sua missão preponderante, ou ser sua única missão institucional, como antes.

Ocorre que nem a lei original de inovação de 2004, nem a lei 10.973/2016 regulamentaram um processo formal de qualificação de ICT, portanto, conceitualmente, qualquer entidade que atenda ao conceito da lei pode se considerar uma ICT.

Obviamente tal questão causa insegurança jurídica, pois, uma vez que a Lei 13.243/2016 modifica de forma pontual o tratamento que estas entidades consideradas ICT's terão em diversas questões, incluindo contratações, recursos humanos e benefícios fiscais, resta a dúvida se será considerado legítimo o "auto reconhecimento" como uma Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação.

Como será colocado no capítulo seguinte, a consideração do SENAI como uma ICT tornam automáticos os benefícios trazidos pela lei para as ICT's, ampliando a competitividade da entidade com os demais ICT's e possibilitando a contratação dos institutos SENAI pelos órgãos integrantes da administração pública.

## 8.2.4 O SENAI COMO INSTITUIÇÃO CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA E DE INOVAÇÃO - ICT

Conforme já abordado no capítulo acima, falta clareza na redação do inciso V, do artigo 2º da Lei nº 10.973/2004 com relação ao reconhecimento formal das entidades como ICT's. Da mesma forma, a lei 13.243/2016 foi omissa nesse sentido, não alterando o “mecanismo automático” de reconhecimento das ICT's constante na legislação anterior, bastando que a entidade “inclua em sua missão institucional ou em seu objetivo social ou estatutário a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos.” (Presidência da República, 2016).

Desta forma, como não há ainda qualquer regulamentação nesse sentido, o entendimento da autora é o de que os órgãos e entidades que atualmente cumprem os requisitos legais podem ser automaticamente reconhecidos como ICT's, sendo que, conforme será demonstrado, não há óbice na legislação para que o SENAI também tenha este enquadramento.

O Regimento Interno do SENAI, aprovado pelo Decreto 494/1962, no artigo 1º, alínea “e” traz como um dos objetivos da entidade, “cooperar no **desenvolvimento de pesquisas tecnológicas** de interesse para a indústria e atividades assemelhadas”. Arelado a este conceito, verifica-se que o SENAI é uma **entidade de direito privado, sem fins lucrativos**, vinculado ao sistema sindical.

Em análise literal da nova redação do dispositivo legal, conferida pela Lei 13.243/2016 entendendo que o SENAI se enquadra nos requisitos impostos pelo Marco Civil de Ciência, Tecnologia e Inovação, uma vez que possui expressamente no seu Regimento o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas e, ainda, que se trata de entidade sem fins lucrativos.

Impõe-se ressaltar que a matéria já foi objeto de análise pela Diretoria Jurídica da Confederação Nacional da Indústria que corrobora com o entendimento da autora, sendo recomendado pelo órgão jurídico nacional da entidade que o SENAI e suas instituições se inscrevam nos benefícios da lei na qualidade de ICT's, o que poderá obrigar uma manifestação oficial.

Ante os questionamentos nesse sentido e diante das dúvidas e inseguranças jurídicas acerca do reconhecimento ou não do SENAI como ICTs, a questão foi levada ao Ministério de Ciência, Tecnologia e Informação - MCTI, não havendo nenhuma resposta ou definição formal acerca deste assunto até a data de depósito do presente artigo.

Concluindo, a nova lei não traz novidades com relação à necessidade de reconhecimento formal (governamental ou por qualquer órgão específico) das instituições como ICT's, o que impõem que o SENAI e seus institutos de tecnologia sejam reconhecidos como ICTs, uma vez que cumprem o requisito do inciso V, do art. 2º da Lei 10.973/2004, com a redação da Lei 13.243/2016, qual seja, de que a pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico ou o desenvolvimento de novos produtos, serviços ou processos, esteja incluído na missão institucional e objetivo estatutário.

### **8.2.5 BENEFÍCIOS TRAZIDOS PELA LEI 13.243/2016 E APLICADOS AO SENAI COMO ICT**

Além de modernizar alguns aspectos da Lei da Inovação, o Novo Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação trouxe algumas mudanças que certamente fomentarão a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico (P&D) no Brasil, principalmente no que se refere a parcerias entre entidades públicas e privadas. Dentre elas, por exemplo:

(i) Ampliação do papel do Governo Federal, dos Estados e dos Municípios no setor de P&D, com possível participação e promoção de projetos internacionais de pesquisa tecnológica, ações de empreendedorismo tecnológico e criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos; (ii) Dispensa de licitação e/ou oferta pública na hipótese de transferência de tecnologia relacionada ao desenvolvimento tecnológico conjunto entre Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT) e empresa privada, bem como para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, definido como bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante; (iii) Possibilidade de utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para ações em órgãos e entidades dedicados a ciência, tecnologia e inovação; (iv) Permissão para o pesquisador público em regime de dedicação exclusiva exercer atividade remunerada de pesquisa, desenvolvimento e inovação em ICT ou em empresa.

Finalmente, o Novo Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação modificou a Lei nº 8.032 de 12 de abril de 1990, que agora prevê a isenção e redução de impostos de importação de insumos feita por ICTs e empresas na execução de projetos de pesquisa.

Na lei 10.973/2004, legislação anterior ao Novo Marco Legal, haviam sido estabelecidos alguns princípios, os quais tiveram a aplicabilidade mantida na lei de 2016 sendo que o estímulo à inovação foi devidamente mantido com o i) incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia; ii) promoção e continuidade dos processos de formação e capacitação científica e tecnológica; iii) fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICT's.

O primeiro benefício a ser pontuado, o qual poderia ser diretamente aplicado ao SENAI, é o de que há previsão expressa de que órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT, entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolva risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador.

Conforme já colocado acima, o SENAI, por meio de seus Institutos de Tecnologia e Inovação possui diversas atividades alinhadas ao desenvolvimento de inovação e tecnologia, e, sendo considerado como ICT poderia ser contratado diretamente pela administração pública.

Ainda, o reconhecimento do SENAI como uma ICT traz a possibilidade de competição com as demais instituições de pesquisa que desenvolvem essas atividades como ICT's **públicas e privadas ou através de consórcios - o que não ocorreria caso não fosse entendido como uma ICT, colocando os institutos SENAI em posição de desvantagem.**

Há ainda a previsão de que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, os órgãos e as agências de fomento, as ICTs **públicas e as fundações de apoio concedam bolsas de estímulo à inovação no ambiente produtivo, destinadas à formação e à capacitação de recursos humanos e à agregação de especialistas, em ICTs e em empresas, que contribuam para a execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento tecnológico e inovação e para as atividades de extensão tecnológica, de proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia.**

O recebimento de bolsas da administração pública, das agências de fomento ou das ICT's **públicas permite que o SENAI, ao ser considerado uma ICT, possa contar com bolsistas especialistas em seus projetos, sem que tenha qualquer custo com esta mão de obra, que estaria sendo custeada pela administração.**

Com relação à contratação para aquisição de produtos para pesquisa e desenvolvimento, o inciso XX foi acrescido ao art 6º da lei de licitações trazendo a definição do conceito de produtos para pesquisa e desenvolvimento:

*Lei 8.666/83. Art. 6º. XX - produtos para pesquisa e desenvolvimento - bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante. (CONGRESSO NACIONAL, 1993).*

Quando devidamente especificados pelo ente contratante, além de bens e insumos, serviços e obras também podem ser qualificados como produtos para pesquisa e desenvolvimento.

A nova lei também dispôs acerca da dispensa de licitação para aquisição ou contratação de produto de pesquisa e desenvolvimento, sendo que, a fim de promover a pesquisa científica-tecnológica, a lei 8.666/93 foi alterada para possibilitar a contratação direta, sem licitação, dos produtos para pesquisa e desenvolvimento conceituados no parágrafo precedente.

*Lei 8.666/93. Art. 24. É dispensável a licitação: XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea b do inciso I do caput do art. 23; (...) 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (CONGRESSO NACIONAL, 1993).*

A hipótese de dispensa de licitação para aquisição bens ou contratação de serviços que representem um produto para pesquisa e desenvolvimento não teve limite de valor, devendo ser respeitados os parâmetros, princípios e limites impostos pela Lei 8.666/93. A exceção a esta regra foi para o caso de obras em que a dispensa está limitada a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) (20% do limite para Tomada de Preços). Outra previsão benéfica e que reduz a burocracia imposta às contratações públicas é a dispensa, no todo ou em parte, da documentação referente à habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira para a contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento, nos casos de pronta entrega ou quando o valor da contratação não superar o limite para Convite - R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Como ainda não há regulamentação, referida desobrigação poderá ocorrer com relação a documentos específicos ou com relação a todos eles.

Com relação às alterações constantes na Lei 8.666/1993, como é pacífico que aludida lei de licitações não se aplica às contratações do SENAI, uma vez que a entidade possui Regulamento de Licitações e Contratos próprio, entendo que o citado regulamento deve ser alterado, possibilitando adequações nos mesmos moldes da lei 8.666/1993 ou até mais elásticos, aumentando, assim, a competitividade da entidade.

A lei também trouxe outra inovação que pode ser colocada como benéfica para o SENAI quando contratado pela administração pública, que foi inovação trazida pela Lei 13.243/2016 acerca da ampliação da possibilidade de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC às ações em órgãos e entidades dedicados a ciência, tecnologia e inovação.

Com relação às importações de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica, após início do Novo Marco Legal, foi publicada em março de 2016 a Medida Provisória nº 718/2016 alterando pontos da Lei nº 8010/1990, cuja redação passou a ser aplicada às importações realizadas pelo CNPq, por cientistas, pesquisadores, Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT) e por entidades sem fins lucrativos, ativos no fomento, na coordenação ou na execução de programas de pesquisa científica e tecnológica, de inovação ou de ensino - e devidamente credenciadas pelo CNPq.

A inclusão de entidades sem fins lucrativos no texto de lei, independentemente do reconhecimento do SENAI como ICT, já é suficiente para a solicitação de que seja feito o credenciamento do SENAI no CNPq. Havia algumas dificuldades de obtenção deste credenciamento antes da publicação da Medida Provisória 718/2016, sendo que agora não restam mais dúvidas do SENAI ter o benefício fiscal nas importações - seja por poder ser considerado ICT, seja por se enquadrar na conceituação imposta pelo § 2º.

O artigo 11 da Lei 13.243/2016 dispôs ainda que os processos de importação e de desembaraço aduaneiro de bens, insumos, reagentes, peças e componentes a serem utilizados em pesquisa científica e tecnológica, ou em projetos de inovação, terão tratamento prioritário e procedimentos simplificados, nos termos de regulamentação. Logo, embora a intenção do legislador seja a de desburocratizar o processo de importação destes itens, enquanto não houver regulamentação não haverá uma visão clara do modo operacional como será tratado este dispositivo.

O Marco Legal modificou ao todo nove leis, incluindo, além dos pontos destacados acima, alterações na situação jurídica para vistos de estrangeiros que vem trabalhar no Brasil, alterações na contratação por tempo determinado, nas relações entre instituições de ensino e estruturação do Plano de Carreiras e Cargos de Magistério Federal, no entanto, entendo que as demais novidades não trazem benefícios diretos ao SENAI.

### 8.3 CONCLUSÃO

Na área de ciência e tecnologia, o maior desafio do Brasil é a elaboração e a implementação de uma política de longo prazo, que permita ao desenvolvimento científico e tecnológico alcançar a população e efetivamente ter um impacto relevante na melhoria das condições de vida da sociedade, na produtividade industrial e no desenvolvimento da economia do país.

Eleger ciência, tecnologia e inovação como uma escolha estratégica para o desenvolvimento do país implica priorizar investimentos nesse setor, para recuperar seu atraso e avançar aceleradamente na geração e na difusão de conhecimentos e inovações, em especial quanto à sua incorporação na produção. Significa também advogar em prol da importância da ciência e tecnologia como fator de integração das demais políticas de desenvolvimento do Estado.

Seguindo a necessidade de avanço na CT&I, o SENAI que tem em seus objetivos regimentais o desenvolvimento tecnológico, adequou a política interna da entidade para o mercado, visando o desenvolvimento de novas soluções com fins de direcionar o Brasil ao patamar de modernidade industrial. Para isso, criou os Institutos de Tecnologia e Inovação para atender demandas da indústria em diversos estados no Brasil, com soluções completas por meio de inovação (pesquisa aplicada), serviços laboratoriais, consultorias e serviços especializados, focando na competitividade industrial.

Foi colocada a alteração trazida pela lei, no que se refere ao conceito de uma Instituição de Ciência e Tecnologia - ICT e defendido o enquadramento automático do SENAI como um ICT, tendo em vista ser uma entidade privada, sem fins lucrativos, que possui em seu Regimento o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas, atendendo de forma incontestada a conceituação de ICT trazida pela lei.

Além da alteração na conceituação de ICT, foram abordados no artigo os principais destaques do Novo Marco Legal de Ciência e Tecnologia, importando a autora em destacar somente o que seria de aplicabilidade às ICT's e ao SENAI, trazendo a nova lei as seguintes novidades:

- i. Previsão para contratação direta de ICT's ou entidades sem fins lucrativos para atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação pela administração pública;
- ii. Previsão de recebimento, pelas ICT's e empresas, de bolsas de estímulo à inovação para formação de recursos humanos e agregação de especialistas;
- iii. Dispensa da obrigatoriedade de licitação para compra ou contratação de produtos para fins de pesquisa e desenvolvimento;

- iv. Simplificação da documentação fiscal para a contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento;
- v. Regras simplificadas e redução de impostos para importação de material de pesquisa;
- vi. Ampliação da possibilidade de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC às ações em órgãos e entidades dedicados a ciência, tecnologia e inovação.

Com a diretriz tecnológica do SENAI e a publicação da Lei 13.243/2016, o presente artigo trouxe um alinhamento entre as inovações trazidas pela legislação e os benefícios que podem ser aproveitados pelo SENAI.

Alguns benefícios são automáticos em caso do SENAI ser considerado uma ICT, uma vez que a lei dispõe claramente que as benesses estão direcionadas às ICT's e NIT's.

Não obstante, entendo que mesmo que o SENAI não tenha o reconhecimento automático como ICT, os benefícios da lei devem ser estendidos à entidade, tendo em vista que a legislação cita as entidades privadas sem fins lucrativos que tenham o desenvolvimento tecnológico em seu estatuto ou regimento diversas vezes, o que enquadra o SENAI na hipótese legal descrita.

## 8.4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Portal da Indústria. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/senai/canal/inovacaoetecnologia/>> Acesso em: 13 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Portal Federação das Indústrias de Santa Catarina. Disponível em: <<http://www4.fiescnet.com.br/institutos-senai>> Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Portal TCU. Inova TCU. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/inovatcu/noticias/novo-marco-legal-da-inovacao-principios-e-conceitos.htm>> Acesso em: 10 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Portal UFMG. Disponível em: <[https://www.ufmg.br/diversa/10/artigo\\_2.html](https://www.ufmg.br/diversa/10/artigo_2.html)> Acesso em: 12 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Portal Dizer o Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/lei-132432016.html>> Acesso em: 12 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)> Acesso em: 01 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. **Diário Oficial da União**, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 jan. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm)> Acesso em: 06 mai. 2016.

RAUEN, Cristiane Vianna. O Novo Marco Legal da Inovação no Brasil: o que muda na relação ICT - Empresa? Radar. v. 43, fev. 2016. Disponível em: < [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6051/1/Radar\\_n43\\_novo.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6051/1/Radar_n43_novo.pdf)>

Acesso em: 13 jul. 2016.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. Departamento Nacional. *Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI: com as modificações da Resolução 473/2011/ Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial*. Departamento Nacional: Brasília, 2011. 67p.



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**9 - FORMAS DE DINAMIZAR A EXECUÇÃO DOS  
CONTRATOS CELEBRADOS COM PESSOAS  
INTERNACIONAIS, EM RAZÃO DO CONFLITO DE LEIS.**

**Livia Gendorf Romualdo da Silva**

**Departamento Regional de Minas Gerais**



## 9.1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o propósito de apresentar meios de execução das disposições contratuais, tendo em vista o engessamento imposto pela Legislação pátria, quando a outra parte é pessoa jurídica ou física internacional.

A necessidade de aprofundamento do tema se apresentou quando se percebeu que a cultura de pessoas contratadas com origem em outros países se utilizava de menor burocracia na execução dos contratos.

As entidades do Sistema S realizam contratações com pessoas internacionais, especialmente no que tange representação do setor industriário em eventos.

Há um grande interesse do setor industriário - representado pelo Sistema Indústria - nos contratos celebrados com pessoas internacionais, em razão da necessidade de expansão do setor, bem como a necessidade de interação tecnológica entre as indústrias do mundo.

## 9.2 CONTRATOS EM COMÉRCIO EXTERIOR

Inicialmente, conceituamos os contratos que, conforme Venosa<sup>1</sup>, “quando o homem usa de sua manifestação de vontade com a intenção precípua de gerar efeitos jurídicos, a expressão de vontade constitui-se num negócio jurídico”.

Desta forma, toda forma de manifestação de vontade que causar algum tipo de efeito jurídico é, de fato, um contrato.

Orlando Gomes conceitua contrato de forma semelhante, conforme vemos, sendo:

*(...) todo o negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. Restritivamente, indica o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais. Em sentido ainda mais limitado, significa o negócio jurídico bilateral cuja função específica é criar obrigação patrimonial. Nesta acepção, distingue-se do ato-condição e do auto-regra, que, como o contrato, se formam pelo concurso de vontades.<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoriza geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa. - 5. ed. - São Paulo : Atlas, 2005. - (Coleção direito civil; v. 2).

<sup>2</sup> GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

Os negócios jurídicos dependem de mais de uma pessoa para que sejam concretizados. No caso dos contratos internacionais, o que os classifica desta maneira é justamente o elemento de estraneidade (estrangeiro) dentre as pessoas contratantes.

O elemento de estraneidade pode ser o domicílio das pessoas, bem como o local da execução contratual. Observa-se que o que classifica o contrato como internacional é artifício alheio à nacionalidade das pessoas contratantes.

Por exemplo, um contrato internacional pode ser celebrado entre dois brasileiros, um com residência no Brasil e outro na Alemanha, cujo objeto poderá ser executado em um dos dois países ou em um terceiro país.

Os contratos internacionais têm como cláusulas típicas a seleção do foro, a vigência, cláusulas penais e a escolha da moeda, podendo ser redigido em um idioma de escolha das partes, bilíngue ou em um terceiro idioma, conforme convencionado, observado o Princípio da Autonomia da Vontade.

Nos contratos internacionais existe, ainda, a possibilidade de se dispor da *'hardship clause'*, cujo objetivo é restabelecer o equilíbrio contratual, adequando a situação nova às possibilidades das partes.

A situação a qual nos referimos é superveniente e imprevisível, gerando novo contexto que se apresenta como danoso a uma, ou às duas, partes.

Orlando Gomes leciona sobre a *'hardship clause'*, definindo da seguinte forma:

*(...) uma cláusula que permite a revisão do contato se sobrevierem circunstâncias que alterem substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata de aplicação especial da teoria da imprevisão à qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, (...).* <sup>3</sup>

Resta claro, então que a *'hardship clause'* se aplica quando não há como aplicar a Teoria da Imprevisão consagrada pelo Direito Brasileiro.

Ainda, os contratos, segundo Lorenzetti<sup>3</sup>, se situam na esfera social, no máximo privada, nunca na esfera íntima, o que legitima a intervenção estatal para harmonizar os interesses.

---

<sup>3</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, São Paulo: RT, 1998.

Assim, os negócios jurídicos internacionais são uma consequência natural à troca que ocorre entre Estados soberanos e as pessoas.

### 9.3 CONTRATOS PARA O SESI E SENAI

Os contratos para o SESI e o SENAI, em que pese tenham que realizar procedimento licitatório, são contratos regidos pelo Direito Civil, conforme prelecionado pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 421 e seguintes.

Sendo fontes obrigacionais, os negócios jurídicos se regem por princípios de Direito, há muito consagrados, dentre eles, principalmente, o Princípio da Autonomia da Vontade.

O referido princípio é o que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos, fundando-se na livre escolha e vontade.

Conforme leciona Fiuza<sup>4</sup>, exerce-se a autonomia da vontade em quatro planos:

*1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de ser impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos.*

*2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato.*

*3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei.*

*4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito.*

Ainda se impõe a aplicação do princípio da obrigatoriedade contratual ou *pacta sunt servanda*, que informa que uma vez celebrado o contrato dentro da livre vontade das partes, este faz norma, não podendo ser alterado, a não ser por mútuo acordo.

---

<sup>4</sup> FIUZA, César. Direito civil: curso completo / César Fiuza. - 12. ed. revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O princípio do consensualismo orienta que basta o consenso entre as partes para que o contrato tenha eficácia, que não necessariamente exige formalidades adicionais aos contratos. No entanto, para o SESI e para o SENAI, a aplicação deste princípio atinge uma de suas exceções, tendo em vista que são exigidas diversas formalidades extras para sua formação.

Formalidades estas impostas justamente pela forma de contratação regida pelo Regulamento de Licitações e Contratos.

São requisitos básicos para formação dos contratos a capacidade das partes; o consentimento ou liberdade de expressão; a possibilidade que se refere ao objeto possível do contrato; a determinação que faz com que o contrato tenha objeto determinado; a economicidade, tendo em vista que é 'negócio', com valores envolvidos; bem como se deve observar a forma pela qual o contrato irá se estabelecer.

Conforme anteriormente dito, aos contratos do SESI e do SENAI são impostos os requisitos dispostos no artigo 26:

*Art. 26. Os contratos serão escritos, suas cláusulas indicarão necessariamente o seu objeto, com a especificação da obra, serviço ou fornecimento, conforme o caso, o preço ajustado, o prazo de execução, as garantias e penalidades, além de outras previamente estabelecidas no instrumento convocatório.*

*Parágrafo único. Os contratos terão prazo determinado, não podendo ultrapassar, inclusive com suas eventuais prorrogações, o limite máximo de 60 (sessenta) meses.*

Além, é claro, de o seu procedimento de contratação ser quase tão formal quanto o da Administração Pública, regido pelo Regulamento de Licitações e Contratos.

### **9.3.1 DA CONTRATAÇÃO PELO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS - RLC**

Os Serviços Sociais Autônomos, popularmente conhecidos por Sistema S, são entidades constituídas por lei, com personalidade de Direito Privado, cujo objetivo é a assistência ou ensino a categorias sociais ou grupos profissionais - no caso do SESI e do SENAI, a Indústria-, sem fins lucrativos, mantidos por contribuições parafiscais.

As entidades do Sistema S realizam atividades privadas de interesse Público, assim têm suas atividades fomentadas pela Administração Pública, porém não prestam serviços públicos, bem como, não a integram.

As contribuições parafiscais se constituem como contribuições compulsórias pagas pelo setor Industrial, destinadas para incentivar as atividades que melhoram o bem-estar social dos trabalhadores na indústria, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, bem como investir na formação do industriário e no desenvolvimento da indústria.

E, justamente por administrar verba de natureza pública, paga compulsoriamente pelo setor Industrial, o SESI e o SENAI devem se ater aos princípios constitucionais de contratação, tais quais, o princípio legalidade, princípio da moralidade, o princípio da concorrência, o princípio da impessoalidade, o princípio da igualdade, princípio da razoabilidade, princípio da publicidade e princípio da economicidade, todos previstos no art. 37 da Constituição da República, consoante artigo 2º do Regulamento de Licitações e Contratos.

Assim, em razão de todos os princípios constitucionais, é obrigação do SESI e do SENAI licitar suas contratações com o objetivo de obter melhor vantagem qualitativa e quantitativa.

### **9.3.2 DO ENGESSAMENTO DA EXECUÇÃO PELA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - LICC**

No Direito Brasileiro, a norma que rege as relações internacionais é o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil.

Sendo esta, basicamente, a única norma de Direito Internacional brasileira que rege os negócios jurídicos.

A referida Norma, em seu artigo 9º, dispõe da seguinte maneira:

*Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

*§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

*§ 2o A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

Do normativo apresentado, observamos que o Ordenamento Jurídico Brasileiro escolheu impor restrições à autonomia da vontade das partes, quando o negócio jurídico é formalmente constituído dentro do Brasil.

Desta forma, temos que será aplicada a norma da residência do proponente e do local onde foi constituída a obrigação, sendo a norma do art. 9º cogente, não cabendo às partes transigi-la.

O que nos leva a entender que a norma brasileira não consagrou o princípio da autonomia da vontade para os contratos internacionais, em que pese este seja o principal princípio aplicado aos contratos de forma geral.

O Supremo Tribunal Federal sumulou a possibilidade de se eleger o foro, ao contrário da eleição da lei, conforme Súmula 335:

*É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.*

Sendo assim, a redação da cláusula de foro é de suma importância na instrumentalização desse tipo de negócio, tendo em vista que indicará a lei que vai reger toda execução contratual.

### **9.3.3 DA INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS - DA ORGANIZATION OF AMERICAN STATES - OAS**

Conforme vimos anteriormente, a Legislação Brasileira em Direito Internacional se restringe, basicamente, à Lei de Introdução ao Código Civil, cuja interpretação das disposições contratuais deve se dar conforme a Legislação do país onde foram contraídas as obrigações.

O Brasil é país signatário da *Inter-American Convention on The Law Applicable to International Contracts* da *Organization of American States* - OAS (realizada no México, em 1994) e, como tal, aceitou as disposições propostas pela norma internacional.

Apesar disso, não realizou a ratificação como lei interna, em que pese ser extremamente benéfica aos contratos internacionais.

Entendemos se mais benéfica por priorizar a vontade das partes, aplicando o direito que entendem melhor se aplicar às disposições contratuais, bem como ao objeto.

Transcrevemos os artigos 7º e 8º da referida Convenção, para melhor ilustração do exposto:

*Art. 7º. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se, de forma evidente, da conduta das partes e das cláusulas contratuais consideradas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.*

*Art. 8º. As partes poderão, a qualquer momento, acordar que contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.*

Posto isso, resta clara a necessidade de o Brasil, por seu Congresso Nacional, ratificar a norma de Direito Privado, em razão de:

- 1) a norma brasileira estar desatualizada;
- 2) a norma de Direito Internacional ser benéfica aos interessados em realizar negócios jurídicos internacionais.

## **9.4 SOLUÇÕES DOS CONFLITOS ENTRE AS NORMAS E MELHOR EXECUÇÃO CONTRATUAL**

A aplicação da Lei de Introdução ao Código Civil vem sendo interpretada incidentalmente pela jurisprudência brasileira.

Em que pese o Legislativo Brasileiro não ter ratificado a norma da OAS, da qual é signatário, bem como sua legislação ser bastante restritiva, a jurisprudência vem demonstrando que, nos casos de contratos internacionais, é possível a aplicação do princípio da autonomia da vontade, mesmo que seja vacilante na utilização de conceitos mais modernos, senão vejamos:

*Indenização - Representação Comercial - Contrato Celebrado nos “Eua” - Estipulação no Sentido de que a avença será regida por Lei do Estado Nova York - Lei Estrangeira (...)Eficácia - Aplicação da Lei brasileira - Art. 27, “J” Da Lei 4.886/65 - LICC - Renúncia - Ato Jurídico - Documentos - Vinculação - Princípios - Segurança das Relações Jurídicas Internacionais no Campo do Direito Privado - Previsibilidade - Rescisão - Notificação - Contrato de representação comercial celebrado entre empresa brasileira e estrangeira traduzido para o Português - Cláusula estipulatória prevendo que o contrato será interpretado de acordo com as leis do Estado de Nova York - A declaração de vontade contida no contrato, apenas não terá eficácia no Brasil, quando ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes - O contrato de representação, celebrado em data anterior a Lei nº 8.420/92, ao não firmar situação prevista no art 27 da Lei n/4.886/65, não ofendeu referida excepcionalidade - Sequer havia, ao tempo da celebração, norma equivalente em nossa legislação - Renúncia de direito patrimonial que faz parte da tradição do nosso Direito Civil - Contrato-flueré válido entre as partes embora não assinado por duas testemunhas constituindo-se em início de prova por escrito. - Avença que respeitou os princípios da autonomia da vontade, supremacia da ordem pública e da obrigatoriedade da convenção (pacta sunt servanda). (...) Apreciação da matéria por Tribunal pátrio não exclui aplicação da lei americana do Estado de New York. - Lei que não veio para os autos cuja exibição cabia à autora - Fato notório que a lei americana, em matéria patrimonial, respeita o princípio da autonomia da vontade em matéria de direito internacional - Afastada afronta à ordem pública internacional, vez que, em face do direito civil, é salutar que as empresas brasileiras e estrangeiras, desde que o objeto do contrato seja lícito, tenham liberdade de contratar. Afronta haveria se o Judiciário brasileiro fosse imprevisível na solução das relações internacionais, mormente quando envolve parceria comercial entre empresas privadas - Previsibilidade que se assenta no respeito às normas de direito internacional - Efetuada notificação, no prazo legal, cabível a rescisão - Arts. 9º, 14, 17 e 18 da LICC, 27 da Lei 4.886/65, Lei nº 8.420/92,135 e 1.058, § único do CCB - Apelo, neste aspecto, improvido.”<sup>5</sup>*

---

<sup>5</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação 7030387800, Rel. Salles Vieira, data do julgamento 18/10/2007, data do registro 06/12/2007.

TUTELA ANTECIPADA. CONTRATO INTERNACIONAL. LEI BRASILEIRA. FORO DE ELEIÇÃO. LEI INGLESA. JURISDIÇÃO. *Agravos contra a decisão que deferiu tutela antecipada, em sede de ação declaratória ordinária, para o fim de reconhecer ab initio a competência da Justiça do Brasil para dirimir o conflito de interesse das partes. No contrato firmado, as partes, dentre outras avenças, escolheram o foro de Londres como aquele que teria jurisdição para dirimir seus conflitos, prevendo, por óbvio, a aplicação da legislação inglesa. As ações foram propostas na Corte de Londres. A Agravada, após sair-se vencida na justiça inglesa, volta seus pleitos à Justiça Brasileira. Portanto, primeiramente se deve verificar se a Justiça do Brasil tem jurisdição para conhecer e julgar a demanda principal. O Código de Processo Civil, nos artigos 88,89 e 90, embora sob a rubrica de competência internacional, nada mais fez senão indicar a jurisdição da justiça brasileira para os casos ali elencados. Também fê-lo o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. É de sabença que a jurisdição da justiça brasileira, diante de tribunais estrangeiros, pode ser cumulativa ou exclusiva. O art. 88 do CPC é exemplo de competência cumulativa ou concorrente. Já o art. 89 dita regra de competência exclusiva e, in casu, é absolutamente inaplicável. O art. 90 deve ser analisado juntamente com o art. 88, i.e., nos casos de competência concorrente, em que tanto uma ação pode tramitar aqui ou alhures, a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, mas evidentemente, enquanto a sentença estrangeira não houver sido homologada. Das Agravantes, rés no feito principal, uma tem sede no Brasil. Os serviços contratados tem por objeto obrigações e, pelo que os autos relatam, foram cumpridas em diversos países. Num primeiro e superficial enfoque, poder-se-ia admitir a concorrência de jurisdição, por força dos incisos I e II, do art. 88 do CPC, pois afinal, um dos réus, ora agravante, tem sede no Brasil. Em relação ao inciso II, não se verifica a hipótese e isto porque as obrigações constituídas não eram para ser cumpridas no Brasil. Acontece que este raciocínio é simplista, pois o exame da questão manda que se vá além, na medida em que há um plus, consistente na opção livre que as partes fizeram pelo foro inglês e pela escolha da lei inglesa para dirimir seus conflitos. Ora, ainda que concorrente, temos que as partes aceitaram firmar no contrato, de forma livre e consciente, a sujeição de suas controvérsias à justiça e às leis inglesa. Mesmo que as partes tenham eleito*

*o foro sem exclusividade, ainda assim prevalece a jurisdição inglesa porque no momento que se propôs a demanda em Londres e a parte contrária não se insurgiu, ambas aceitando, de direito e de fato, a jurisdição inglesa, tornou-se clara e definitiva aquela escolha, não podendo agora, apenas pela conveniência da Agravada, que se viu perdedora na Corte Inglesa, a busca da prestação jurisdicional sobre fatos já julgados, a pretexto da concorrência da jurisdição. No que toca à aplicação da lei inglesa, temos que as obrigações foram constituídas na Inglaterra e pela lei local deverão ser qualificadas, conforme preceitua o art. 9º. da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Por fim, embora a jurisprudência trate da matéria como sendo o caso de competência relativa, já se disse que, de fato, a hipótese é de jurisdição, para o que não se pode falar de relatividade, pois a falta de jurisdição traz como consequência a absoluta falta de competência. Em outras palavras, se não há jurisdição brasileira, então nenhum órgão jurisdicional terá competência. É a conclusão lógica, pelo que a exceção não é necessária. Extinção do feito principal, nos termos do art. 267,IV do CPC. Recursos providos, nos termos da decisão do Desembargador Relator.<sup>6</sup>*

*Agravo de Instrumento. Exceção de Incompetência. Contrato Internacional de Importação. Cláusula contratual prevendo a competência do juízo italiano para dirimir qualquer controvérsia. Instrumento de Contrato firmado na Itália. Obrigações cumpridas na Itália. Cláusula de eleição de foro válida, desde que não acarrete impedimento à parte ao acesso à Justiça. Inexistência de Hipossuficiência da Agravante. A súmula do Excelso Pretório dispõe: É válida a cláusula de foro para os processos oriundos de contrato. Incompetência da Justiça brasileira. Recurso que se nega seguimento.<sup>7</sup>*

Apesar da imprevisibilidade das decisões judiciais, conforme acima, resta demonstrada a possibilidade de se utilizar do princípio da autonomia da vontade - bem como da Convenção Interamericana de Leis Aplicáveis aos Contratos Internacionais.

---

<sup>6</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Décima Quinta Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2007.002.02431, Rel. Ricardo Guimarães Cardozo, data do julgamento 27/03/2007, data da publicação 15/05/2007.

<sup>7</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Décima Câmara Cível, Agravo de Instrumento 2007.002.24569, Rel. Carlos Eduardo Moreira da Silva, data do julgamento 22/11/2007, data da publicação 10/12/2007.

A solução de conflitos passa também pela aplicação da arbitragem e mediação, que consistem em intervenção de terceiro não interessado e que não faz parte do Poder Judiciário, no julgamento extrajudicial do caso.

Tais institutos vêm sendo aplicados cada vez com maior frequência, em razão de serem ágeis nas soluções, em que pese a arbitragem tenha custo elevados às partes.

Dos contratos internacionais tem constado a 'cláusula compromissória', que é justamente a escolha pelas partes da aplicação da arbitragem no caso de conflito contratual, sendo que o Supremo Tribunal Federal já admitiu a constitucionalidade do Poder Judiciário nestes casos.

## 9.5 VANTAGENS PARA O SESI E SENAI

O que se pretende não é a alteração das normas de contratação. O RLC é a norma de contratação para o SESI e para o SENAI, no entanto, se entende que nos casos de contratos internacionais, a regra de execução deve ser a que constar do contrato, observado o princípio da autonomia da vontade.

Conforme a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais (tradução livre), é exatamente o princípio da autonomia da vontade que deve reger as relações negociais:

*Art. 7°. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se, de forma evidente, da conduta das partes e das cláusulas contratuais consideradas em seu conjunto. Esta escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável. (Grifamos)*

*Art. 8°. As partes poderão, a qualquer momento, acordar que contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.*

Para o SESI e para o SENAI poderem escolher a legislação que irá reger sua relação negocial é de suma importância, já que poderá escolher a legislação mais vantajosa ao negócio jurídico celebrado em um contrato internacional, como, por exemplo, uma legislação que aplica índices de reajuste menos severos ao contratante.

No entanto, acreditamos ser a grande vantagem ao SESI e ao SENAI no caso de aplicação da referida convenção, a possibilidade de escolha das obrigações a serem assumidas em seus contratos internacionais, observada a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

## 9.6 CONCLUSÃO

Resta demonstrado, neste trabalho, que a inércia legislativa quanto às disposições de Direito Internacional Privado, especialmente no que tange aos contratos internacionais, ocasionará diminuição no fluxo das negociações estrangeiras, tendo em vista a redução da confiabilidade e prestígio jurídico das instituições brasileiras, refletindo diretamente nos interesses do SESI e do SENAI como entidades destinadas a incentivar as atividades que melhoram o bem-estar social dos trabalhadores na indústria, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, bem como investir na formação do industriário e no desenvolvimento da indústria.

Sendo assim, se impõe a necessidade de recepção pelo Ordenamento Jurídico Brasileira da *Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts*, com status de Lei Ordinária, competente a regulamentar as contratações internacionais de forma mais abrangente e moderna, atendendo melhor aos interesses do SESI e SENAI.

## 9.7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Decreto-lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Instituiu a *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. Departamento Nacional. *Regulamento de licitações e contratos do SESI: com as modificações da Resolução nº 21/2011 / Serviço Social da Indústria*. Departamento Nacional. - Brasília, 2011.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. Departamento Nacional. *Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI): atualizado pelo Decreto nº 6.637, de 05 de novembro de 2008 / Serviço Social da Indústria*. - Brasília, 2009.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. Departamento Nacional. *Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI: com as modificações da Resolução 473/2011/ Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial*. Brasília: Departamento Nacional, 2011.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. Departamento Nacional. *Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI): atualizado pelo decreto nº 6.635, de 5 de novembro de 2008 / Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial*. Departamento Nacional. - Brasília, 2009.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo / César Fiuza*. - 12. ed. revista, atualizada e ampliada. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*, São Paulo: RT, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos / Sílvio de Salvo Venosa*. - 5. ed. - São Paulo : Atlas, 2005. - (Coleção direito civil; v. 2).

\_\_\_\_\_ A LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO BRASILEIRO. Disponível em: <http://biassis2.jusbrasil.com.br/artigos/337513894/a-lei-aplicavel-aos-contratos-internacionais-sob-o-ponto-de-vista-do-direito-brasileiro>. Acesso: 14 julho de 2016.

\_\_\_\_\_ *INTER-AMERICAN CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO INTERNATIONAL CONTRACTS*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>. Acesso: 01 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_ DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1476](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1476). Acesso: 01 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_ O CONTRATO INTERNACIONAL. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4527/o-contrato-internacional>. Acesso: 01 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_ 4 INDICADORES QUE MOSTRAM A INTEGRAÇÃO DA INDÚSTRIA BRASILEIRA AO MERCADO GLOBAL. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2016/08/1,94046/4-indicadores-que-mostram-a-integracao-da-industria-brasileira-ao-mercado-global.html>. Acesso: 01 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_ O CONTRATO INTERNACIONAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO. Disponível em: [http://www.cedin.com.br/static/revistaelectronica/volume6/arquivos\\_pdf/sumario/josue\\_drebes.pdf](http://www.cedin.com.br/static/revistaelectronica/volume6/arquivos_pdf/sumario/josue_drebes.pdf). Acesso: 01 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_ CONTRATOS INTERNACIONAIS NO BRASIL: POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/CONTRATOS-INTERNACIONAIS-NO-BRASIL-POSI%C3%87%C3%83O-ATUAL-DA-JURISPRUD%C3%8ANCIA-NO-BRASIL.pdf>. Acesso: 01 de julho de 2016.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**10 - AS COMISSÕES INTERNAS DE APURAÇÃO  
ENQUANTO INSTRUMENTO DE DEFESA  
INSTITUCIONAL DO SESI/SENAI**

**Marcus Miller Machado Sassim**

**Departamento Regional do Amapá**



*“O verdadeiro lugar de nascimento é aquele em que  
lançamos pela primeira vez um olhar inteligente  
sobre nós mesmos(...).”*

*[Memórias de Adriano, Capítulo I].*

***Marguerite Yourcenar***



## 10.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

Em 10 de setembro de 2014 foram emitidos, pela Controladoria Regional da União - AP, os Relatórios de Auditoria Anual de Contas para o SESI-SENAI/AP referentes ao exercício do ano de 2013.

Os Relatórios apontaram diversas irregularidades, na execução de procedimentos de aquisição de serviços e produtos, bem como, na gestão de recursos humanos. Tais irregularidades, segundo afirmações da Controladoria Geral da União Regional, foram causadas, principalmente, pela inobservância aos dispositivos internos das Entidades.

Fizeram parte dos extensos relatórios vinte e uma recomendações, as quais determinavam providências, resumidas em apurar administrativamente a irregularidade apontada, bem como tomar providências para o ressarcimento das entidades auditadas.

De forma a cumprir as recomendações da Controladoria, a gestão das Entidades SESI-SENAI/AP, em 26 de janeiro de 2015, criou por meio da Ordem de Serviço Conjunta Intervenção SENAI-SESI/AP Nº 18/2015, a Comissão Interna de Apuração que visou:

*[...]apurar os fatos e possíveis irregularidades referentes às constatações contidas nos Relatórios de Auditoria Anual de Contas da Controladoria Regional da União no Estado do Amapá referente ao exercício de 2013 dos Departamentos Regionais do Amapá do Serviço Social da Indústria - SESI/AP e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI/AP (BRASIL. ORDEM DE SERVIÇO Nº18/2015, DE 26 DE JANEIRO DE 2015).*

Uma vez criada a Comissão, esta foi composta por 03 (três) membros, os quais foram escolhidos dentre empregados das entidades nacionais e do regional que compõem o Sistema Indústria, conforme previu o artigo segundo da ordem de serviço acima mencionada.

Os trabalhos da Comissão tiveram início com os despachos do gestor das entidades, dirigidos ao presidente da Comissão, o qual se fez de maneira uniforme nos vinte e um procedimentos existentes.

A Comissão Interna de Apuração funcionou nas instalações corporativas do SESI-SENAI/AP, de 26 de janeiro de 2015 até 24 de agosto de 2015.

## 10.2 DOS OBJETIVOS, REGRAMENTOS E ANÁLISES PRELIMINARES DA COMISSÃO

A Ordem de Serviço Nº 18/2015 não só criou a Comissão, mas também o procedimento básico a ser seguido, dentre os quais:

### 10.2.1 CARÁTER SIGILOSO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O sigilo do processo foi garantido de forma que só tiveram acesso às informações, as partes envolvidas e ou seus procuradores devidamente habilitados, conforme estabeleceu o artigo 4º da O.S. Nº 18/2015.

*Art. 4º - O processo administrativo de apuração tramitará em sigilo até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes envolvidas e seus procuradores, devidamente constituídos por procuração pública ou particular com firma reconhecida.*

Neste ponto, destacamos o entendimento que o sigilo imposto pela O.S. Nº 18/2015, abrange tão somente o conteúdo do processo, e não a publicidade de sua existência, sob pena de frustrar o objetivo do mesmo.

No sentido acima, foi dado conhecimento da existência da Comissão Interna de Apuração e dos processos, à Controladoria Geral da União (CGU), de forma a cumprir o estabelecido nos relatórios anuais de auditoria, quanto à recomendação de instauração de processo administrativo visando apurar as irregularidades apontadas pela citada Controladoria.

A Comissão Interna de Apuração (CIA) também comunicou a existência dos processos ao Ministério Público (MP-AP) e ao Tribunal de Contas da União (TCU), tendo em vista que a matéria tratada nos relatórios de auditoria, poderia ser afeta a suas competências.

A conduta acima exposta, também garantiu a lisura do procedimento de apuração, bem como assegurou a transparência no decorrer do processo.

Outro exemplo de publicidade restrita a existência dos procedimentos, é a publicação de editais em jornais de grande circulação, que visaram a notificação dos envolvidos, não localizados, para que viessem se defender nos procedimentos instaurados em seu desfavor.

## 10.2.2 INÍCIO DO PROCEDIMENTO, JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, INSTRUÇÃO, CONDUÇÃO DO PROCESSO E RELATORIA

O tópico acima contempla a previsão do *caput* do artigo 5º da O.S. Nº 18/2015.

*Art. 5º - O procedimento se iniciará com o despacho do Interventor ao presidente da comissão, a quem compete a análise prévia de admissibilidade, a instrução e condução do processo, bem como sua relatoria.*

Como já foi dito, o início do procedimento deu-se por meio de despacho do gestor, dirigido a presidente da CIA.

Os despachos se deram de forma a determinar a apuração de cada uma das irregularidades apontadas pela CGU.

A cargo da Presidente da CIA, ficou a análise prévia de admissibilidade, condução, instrução e relatoria do processo.

Neste ponto, salienta-se que todas as decisões ocorridas nos processos aconteceram de forma colegiada e unânime, mesmo as decisões interlocutórias foram tomadas dessa forma, garantindo a uniformidade de entendimento dos membros da comissão.

Outro ponto importante a ser ressaltado no trabalho da CIA, diz respeito à análise prévia de admissibilidade do próprio procedimento.

O entendimento firmado pela CIA quanto à admissibilidade prévia, foi no sentido de verificar a legitimidade dos envolvidos apontados nos relatórios da CGU e também de estabelecer um juízo prévio, com enfoque, ao posicionamento de natureza institucional quanto à matéria tratada nas irregularidades em apuração.

Em atenção ao exposto acima, a CIA enviou ofício a CGU requerendo às evidências que embasaram suas conclusões quanto às irregularidades apontadas em seu relatório. E com fundamento no parágrafo primeiro do artigo 5º O. S. Nº 18/2015, requereu junto à Gerência de Controle das entidades, a documentação existente sobre as constatações observadas pelo órgão de controle estatal.

*Parágrafo primeiro- A comissão terá o poder de requerer documentos às diretorias, gerências e demais gestores e empregados do SESI-AP e SENAI-AP, bem como emitir notificações aos envolvidos nos fatos a serem apurados.*

O procedimento adotado acima garantiu, não só uma reanálise dos fatos e fundamentos colocados em relatório pela CGU, mas também veio a prevenir qualquer confronto de evidências que pudessem porventura existir, durante a análise das supostas irregularidades pela CIA.

Depois de juntada as evidências aos autos, a CIA deliberou de forma a verificar a pertinência das afirmações feitas pela CGU, nos relatórios de auditoria.

A fase acima, ficou denominada como “Juízo de Admissibilidade” tendo sido emitido relatório interno, cujo sumário executivo é esclarecedor em definir o procedimento inicial adotado pela CIA:

*O presente trabalho está contemplado na Ordem de Serviço Conjunta Intervenção SENAI-SESI/AP Nº 18/2015 e teve como objetivo principal verificar a pertinência das constatações e recomendações apresentadas nos Relatórios de Auditoria Anual de Contas emitidos pela CG-AP ao SESI/SENAI-AP, referentes ao exercício de 2013.*

*Destacamos que os trabalhos possuíam dois focos de análise. O primeiro foco de análise baseou-se na verificação processual quanto à completude das peças, observância aos normativos internos e exatidão dos valores apontados no Relatório da CGU-AP. Essas análises visam verificar a pertinência das afirmativas apresentadas no Relatório e razoabilidade das respectivas recomendações.*

*O segundo foco de análise teve como objetivo contemplar o enquadramento jurídico referente aos supostos descumprimentos apresentados nas constatações, foco este chamado de juízo de admissibilidade (BRASIL. RELATÓRIO PRELIMINAR DA COMISSÃO INTERNA DE APURAÇÃO, 2015, p. 4).*

Ressalta-se que, durante as deliberações ocorridas em função do juízo de admissibilidade, por várias vezes, a CIA divergiu do entendimento adotado pela CGU, em seus relatórios de auditoria.

O posicionamento das instituições, enquanto titular concorrente do direito tutelado, quando divergente do entendimento da CGU, funciona como verdadeiro instrumento de defesa institucional.

Como exemplo, podemos dizer que em uma eventual ação de ressarcimento de erário a ser promovido pela entidade, em função de sugestão da CIA, o valor ressarcitório, em princípio, já estaria definido em atenção ao apurado pela Comissão.

Uma vez verificada, no todo ou em parte, a pertinência das afirmações da CGU, tem fim a etapa “juízo de admissibilidade” e é iniciada a última fase do procedimento de apuração com a emissão de notificação aos envolvidos para apresentação de defesa nos fatos em apuração, conforme previu o parágrafo primeiro e segundo da O.S. Nº 18/2015:

*Parágrafo primeiro -A comissão terá o poder de requerer documentos às diretorias, gerências e demais gestores e empregados do SESI-AP e SENAI-AP, bem como emitir notificações aos envolvidos nos fatos a serem apurados.*

*Parágrafo segundo -Aos envolvidos nos fatos a serem apurados será assegurado o direito a defesa e ao contraditório, podendo acompanhar o processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, oferecendo defesa escrita após ser notificado, no prazo de 10 (dez) dias úteis.*

### **10.2.3 DAS NOTIFICAÇÕES, DA DEFESA E DO RELATÓRIO FINAL**

Nesta fase do procedimento, após o envio das notificações aos envolvidos, para que tomassem conhecimento dos fatos em apuração, foi lhes garantido a oportunidade de exercerem o direito de defesa e do contraditório mediante apresentação de defesa escrita.

Ressaltando que, a CIA ao analisar o teor das defesas apresentadas e dentro de sua autonomia administrativa, concedeu aos envolvidos dilações de prazo e deferiu diversos outros pedidos, feitos pelos envolvidos.

As decisões tomadas, no sentido acima, garantiram o exercício do direito de defesa e ainda proporcionou a Comissão chegar mais perto da realidade dos fatos em apuração.

Posteriormente, em atenção ao parágrafo terceiro do artigo 5º da O.S. Nº. 18/2015, ocorreu a análise das argumentações apresentadas pela defesa dos envolvidos e a elaboração das Atas finais e do Relatório Final com os entendimentos firmados pela Comissão de Apuração.

*Parágrafo terceiro - Após o transcurso deste prazo, com ou sem apresentação de defesa, caberá a comissão analisar e apurar os fatos inerentes às constatações afirmadas pela CGU, fazendo constar em relatório final suas conclusões quanto à materialidade e autoria das eventuais Irregularidades identificadas.*

Na elaboração do relatório final, a CIA teceu de modo uniforme em todos os processos, considerações sobre o propósito, alcance e efeitos dos atos da Comissão de modo a esclarecer o entendimento da Comissão sobre si mesma e com relação ao processo como um todo.

O sumário executivo existente no relatório interno é didático em dizer que:

*Antes da análise final e pormenorizada dos fatos inerentes as constatações afirmadas pela Controladoria Geral da União em seus relatórios anuais de auditoria Nº 201407988-2013 e 201408026-2013, entendemos necessárias algumas considerações iniciais sobre o propósito, alcance e efeitos dos atos desta comissão.*

*Pois bem, esta comissão foi criada pela Ordem de Serviço Nº 18/2015, exhaustivamente citada e mencionada no decorrer das apurações. Nesta esteira, entendemos que a apuração designada deu-se em virtude das recomendações emanadas pela Controladoria Geral da União-CGU em suas auditorias realizadas nas entidades SESI-AP/SENAI-AP, ano de 2013.*

*Em se tratando de SESI e SENAI, entidades pertencentes ao denominado Sistema “S”, os Serviços Sociais Autônomos possuem natureza jurídica de direito privado.*

*O entendimento que vigora atualmente é que as entidades integrantes do Sistema “S” estão sujeitas ao controle finalístico pelo Tribunal de Contas da União, logo, as mesmas possuem plena autonomia administrativa, conforme impera recente decisão do STF no RE Nº 789.874/DF.*

*É entendido também que estas entidades devem salvaguardar em seus atos os princípios basilares do direito, seguindo seus regulamentos e regimentos, os quais foram criados observando os princípios gerais aplicáveis à Administração Pública.*

*O TCU na Decisão Nº 117/1997-TCU- 1ª Câmara, corroborando este entendimento manifestou-se: “O que se exige dos Administradores é que as normas internas das entidades do Sistema “S” previnam contra o desrespeito a tais princípios e tenham sempre em vista os objetivos sociais da entidade”.*

*Posto isto, o procedimento desta comissão se pautou em observar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, não se afastando da liberdade inerente às pessoas jurídicas de direito privado.*

*O fato é que a própria norma criadora desta comissão é norteadada pela ampla liberdade administrativa sem se afastar do direito de defesa dos notificados.*

*Neste sentido, por se tratar de uma Comissão Interna de Apuração, a mesma se limitou ao âmbito interno das entidades, não incluindo no procedimento terceiros, ou seja, aqueles que não possuíram relação jurídica, de gestão e/ou vínculo laboral com as entidades.*

*Entendemos, por sua vez, que a possibilidade de exercício do direito de defesa proporcionada por esta comissão aos notificados, formalizando o contraditório e em atendimento a ordem de serviço norteadora do procedimento, foi fundamental, visto que garantiu a manifestação dos notificados imprimindo esclarecimento de cada situação a ser apurada.*

*Adotamos como posicionamento o fato de não estarmos vinculados plenamente aos relatórios e conclusões da CGU, sendo que por vezes, divergimos do entendimento da Controladoria, após análise fático-probatória do universo de constatações posto ao exame desta comissão.*

*O relatório final desta comissão tem o caráter sugestivo e opinativo, não havendo que se falar em vinculação do gestor ao entendimento posto no mesmo, neste sentido, exemplificou a situação o excelente acórdão abaixo:*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. Não há como falar em ilegalidade ou imparcialidade se a instauração do processo administrativo foi procedida pelo Chefe do Poder Executivo Municipal que, ao final do procedimento, também foi apontado como um dos autores da prática do ato ilícito, uma vez que possui nos termos do Estatuto dos Servidores do Município, o dever legal de promover a apuração das irregularidades. ATUAÇÃO SIMULTÂNEA DA COMISSÃO PROCESSANTE NA SINDICÂNCIA E NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE. CARÁTER OPINATIVO DA COMISSÃO. DEFESA. CONTRADITÓRIO. No processo administrativo, as Comissões processantes apenas sugerem a pena a ser aplicada ao servidor, uma vez que “não têm a função de dar a decisão final da sindicância ou do processo administrativo disciplinar”, apesar de, “tradicionalmente, a conclusão do relatório da comissão reveste-se de caráter de proposta, ou seja, de caráter opinativo, exigida a motivação quando a autoridade competente para julgar decidir em sentido diferente do proposto pela Comissão” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 374 e 378). Não há direito líquido e certo a ser amparado pela via do mandado de segurança se os princípios norteadores do processo administrativo disciplinar instaurado contra servidor público foram plenamente respeitados (contraditório e ampla defesa) para a aplicação da pena de demissão, em razão dos atos de improbidade cometidos no exercício da função pública.*

*(TJ-SC - MS: 197308 SC 2005.019730-8, Relator: Sônia Maria Schmitz, Data de Julgamento: 23/09/2009, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível em Mandado de Segurança n. , de Campos Novos)*

*Como vistos, esta comissão não tem caráter punitivo e nem poderia tê-lo, o escopo do processo é o de fornecer ao gestor conclusões quanto à materialidade e autoria das irregularidades apontadas pela CGU garantindo a manifestação de defesa dos notificados, desta forma chegando mais perto da realidade dos fatos (BRASIL. RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO INTERNA DE APURAÇÃO, 2015, p. 7-9).*

Uma vez emitido o relatório final e sendo enviados todos os processos ao Gestor, estes foram submetidos à análise da Diretoria Jurídica das Entidades, onde lhe fora indagado, sobre a observância do direito de defesa dos envolvidos, independência e imparcialidade dos membros da comissão e de suas conclusões quanto a existências de irregularidades.

Posteriormente, em despacho fundamentado, o Gestor das entidades homologou os trabalhos da comissão para que surtissem seus efeitos.

### **10.3. DO EMBASAMENTO LEGAL DA COMISSÃO INTERNA DE APURAÇÃO**

Apesar do sumário executivo acima colacionado já apresentar parte da fundamentação legal utilizada pela CIA durante a condução dos processos, não podemos desprezar as inevitáveis comparações que se faz entre entidades do sistema “S” e entes de natureza pública, daí o porquê da utilização das “considerações iniciais” acima, fazerem parte do relatório final da Comissão.

Acreditamos que, as considerações iniciais feitas pela CIA, deixa claro aos envolvidos e interessados nas apurações, a natureza privada das instituições e sua autonomia administrativa, condições que inevitavelmente se refletiram durante a condução dos processos administrativos.

Em brilhante e esclarecedora palestra ministrada pelo Diretor Jurídico da Confederação Nacional da Indústria- CNI, Doutor Hélio Rocha, por ocasião do 13º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria, cujo tema foi “**O STF e os Serviços Sociais Autônomos Originais**”, restou tecido o conceito de Serviço Social Autônomo Original, o qual é **claro em dizer que:**

*Entidades privadas, com regime jurídico civil e patrimônio próprios, não integrantes da Administração Pública, titulares de contribuições de natureza tributária que, mediante gestão e eficiência privadas, e sob a administração superior do sistema sindical das categorias contribuintes, devem aplicar no cumprimento nas finalidades sociais e de formação profissional, com prestação de contas finalísticas ao TCU (ROCHA, 2015).*

O conceito acima tem similaridade com o entendimento de renomados doutrinadores sobre a definição de Serviço Social Autônomo - SSA, a exemplo de Marçal Justen Filho, que entende SSA como:

*“Entidade paraestatal ou serviço social autônomo é uma pessoa jurídica de direito privado criada por lei para, atuando sem submissão à Administração Pública, promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certas atividades ou categorias profissionais, que arcam com sua manutenção mediante contribuições compulsórias”.*

*JUSTEN FILHO, (Curso de Direito Administrativo, S.Paulo, Editora Saraiva, 2006, 2ª edição, pg 134).*

A definição acima é enfática em apontar a não submissão dos Serviços Sociais Autônomos à Administração Pública, logo não estão, os SSA, obrigados a aplicação de regras e princípios utilizados pela Administração Pública em seus atos.

No sentido acima, em festejado parecer o senhor Ilmar Galvão, ex- Ministro do Supremo Tribunal Federal- STF, atendendo a consulta feita por SESI/ SENAI preleciona que:

*As pessoas jurídicas de direito privado contempladas com contribuição compulsória, como as Consulentes, desenganadamente, repise-se, só têm de prestar contas da destinação dos valores recebidos, regra que só poderia ser excepcionada por lei específica, como ocorre com as organizações civis de interesse público e as organizações sociais. À falta de disposição, legal ou contratual, não estão obrigadas à aplicação de princípios de direito público, o que também acontece nas concessões de serviço público e nas parcerias público privadas. É claro que, independente de os recursos consistentes no produto da arrecadação das contribuições passarem a integrar o patrimônio da entidade de direito privado, permanece esta com obrigação de demonstrar, de conformidade com a*

*lei que a instituiu, que foram eles regulamente utilizados na persecução dos objetivos visados em lei. (GALVÃO, Ilmar. Estudo Solicitado pelo Sesi e Senai sobre os serviços sociais autônomos. Brasília, maio de 2008, p. 11-12).*

Como podemos observar, a própria criação da CIA, e a condução do processo pela mesma, foi feita em consonância com o conceito de Serviço Social Autônomo, tecido pela diretoria jurídica da CNI, considerando-se o cotejo feito entre as considerações iniciais da CIA e o conceito de Serviço Social Autônomo Original.

Podemos entender também, que dentro de sua autonomia, as entidades ao criarem a CIA, bem como o procedimento básico a ser seguido pela mesma, não estavam sujeitas a observar normas e procedimentos de Direito Público, tais como, observados em sindicâncias ou processos administrativos disciplinares.

Todavia, percebemos que a Comissão não se furtou a observar princípios fundamentais do direito, como o de ampla defesa, ainda que o processo de apuração não apresente caráter punitivo.

Neste sentido, o despacho homologatório dos trabalhos da comissão Nº. 01/2016 é enfático em dizer, que:

(...)

*A análise de toda a documentação disponibilizada nos permite concluir que o trabalho realizado pela Comissão Interna de Apuração respeitou os limites impostos pelo normativo que a criou e lhe conferiu poderes, e que a Comissão Interna de Apuração respeitou o direito à ampla defesa assegurado constitucionalmente às pessoas que foram notificadas neste processo e identificadas como autoras das irregularidades. (BRASIL. DESPACHO Nº 01, 2016-INTERVENÇÃO, p.8).*

O respeito ao princípio da ampla defesa acima caracterizado, nada mais é que o fruto da autonomia da vontade privada, mitigada pelo interesse público que envolveu o processo administrativo de apuração ou simples incidência de princípio constitucional nos relacionamentos privados.

Podemos compreender a preocupação com o respeito ao direito a ampla defesa insculpida no despacho ao norte colacionado, através de um exemplificativo acórdão oriundo do Supremo Tribunal Federal- STF, que coloca a ampla defesa como direito fundamental, mesmo em se tratando de relações entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. *As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.* II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. *A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.* III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. *As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a*

*estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)*

Com vistas ainda a embasar juridicamente a criação da CIA, temos que em se tratando SESI/ SENAI de entidades privadas com regime jurídico próprio, o Regimento (SENAI) e Regulamento (SESI) em seus artigos terceiro e décimo, respectivamente, preveem a possibilidade de responsabilização administrativa. Senão vejamos:

*Art. 3º - O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é uma entidade de direito privado, nos termos da lei civil, com sede e foro jurídico na Capital da República, cabendo a sua organização e direção à Confederação Nacional da Indústria.*

*Parágrafo único. Os dirigentes e prepostos do SENAI, embora responsáveis, administrativa e criminalmente, pelas malversações que cometerem, não respondem individualmente pelas obrigações da entidade (BRASIL. Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, 2009, p. 43).*

*Art. 10º - Os dirigentes e prepostos do SESI, embora responsáveis, administrativa, civil e criminalmente, pelas malversações que cometerem, não respondem individualmente pelas obrigações da entidade (BRASIL.Regulamento do Serviço Social da Indústria, 2009, p. 44).*

Corroborando com o entendimento acima o “COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI”, ao analisar o regime jurídico de SESI/SENAI, assevera que:

*O regime jurídico privado balizador da gestão do SESI e do SENAI viabiliza que a administração dos seus interesses seja pautada por uma maior liberdade de meios. Isto porque, ao contrário do regime jurídico público, cuja atuação depende de base legal, no regime privado prevalece a liberdade de atuação se não houver norma legal proibitiva, o que viabiliza maior eficiência na atuação das entidades sujeitas a esse regime. (COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI, Versão para distribuição no 13º Enasi, Brasília 2015, p.18)*

Em suma, as entidades gozaram de autonomia e liberdade administrativa para criar e definir o procedimento administrativo, em que se daria a apuração das irregularidades postas em relatório pela CGU.

Para ilustrar o pensamento, a adoção de apuração administrativa mediante criação de comissão, tem se mostrado como instrumento eficaz de defesa e controle institucional. Nós podemos exemplificar a criação de CIA pela Petrobrás, importante empresa, cuja natureza jurídica é de sociedade de economia mista, tendo, portanto, autonomia para tal.

Podemos dizer pela análise do objetivo da comissão da entidade acima referida, que o procedimento guarda semelhança com o adotado pelo SESI/SENAI Amapá, conforme vemos abaixo:

*1. OBJETIVO 1.1. O presente relatório tem por objetivo atender ao disposto no DIP DABAST 71/2014 de 25/04/2014 (Anexo 1), por intermédio do qual foi constituída a Comissão Interna de Apuração (Comissão) para avaliar os procedimentos de contratação adotados na implantação da Refinaria Abreu e Lima - RNEST, em Ipojuca, no Estado de Pernambuco, com vistas a identificar eventuais prejuízos e responsabilidades, desde a especificação dos serviços até a assinatura dos instrumentos contratuais (ESTADÃO, 2014)*

## 10.4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, entendemos que a criação da Comissão interna de Apuração foi medida salutar no âmbito do SESI/SENAI-AP, posto que:

- Atendeu de pronto a recomendação da CGU no que diz respeito à apuração administrativa das supostas irregularidades, evitando um possível agravamento da situação e desgaste das entidades junto ao Controle Externo.
- Estabeleceu o entendimento de pensamento colegiado, imparcial e isento, diante dos fatos narrados nos relatórios de auditoria e funcionou como meio de defesa institucional, no caso de adoção de outro entendimento que não o do órgão de controle externo.
- Possibilitou a apreciação da visão dos envolvidos apontados, como causadores das irregularidades nos relatórios de auditoria, diante da oportunidade de apresentação de defesa.
- Assegurou a transparência na gestão das entidades.
- Suas conclusões servem de base, para abalizar a gestão quanto a seguir ou não as demais recomendações da CGU, inclusive proporcionando ao gestor, justificativa para seu posicionamento.

Por fim, entendemos que as conclusões da Comissão, auxiliam o gestor a tomar a decisão sobre o posicionamento das entidades, quanto aos apontamentos feitos pelo controle externo, possibilitando ainda, que o mesmo tenha uma visão clara sobre o ocorrido.

Possibilita que a entidade forneça uma resposta fundamentada ao Controle Externo, quanto às constatações de irregularidades, fornecendo ao órgão sua visão sobre o assunto e as providências que serão tomadas, caso entenda que haja alguma.

Considerado o amplamente exposto, podemos dizer que entre as várias utilidades da Comissão Interna de Apuração está a de servir como instrumento de Defesa Institucional.

## 10.5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Ordem de Serviço Conjunta:** intervenção SENAI-AP/SESI-AP Nº18/2015, de 26 de janeiro de 2015.

BRASIL. **Relatório Preliminar da Comissão Interna de Apuração:** 2ª fase - juízo de admissibilidade. Amapá, 2015.

BRASIL. **Relatório Final da Comissão Interna de Apuração.** Amapá, 2015.

BRASIL. **DESPACHO Nº 01, 2016-INTERVENÇÃO,** Amapá, 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão no Recurso Extraordinário n. RE 201819 / RJ -. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

BRASIL. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial:** atualizado pelo decreto Nº 6.635, de 5 de novembro de 2008. Brasília, 2009.

BRASIL. **Regulamento do Serviço Social da Indústria:** atualizado pelo decreto Nº. 6.637, de 5 de novembro de 2008. Brasília, 2009.

BRASIL. **COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI,** versão para distribuição no 13º Enasi, Brasília 2015, p.18

ESTADÃO, POLÍTICA. **Comissão Interna de Apuração.** Disponível em:<[http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wpcontent/uploads/sites/41/2015/01/1\\_OUT7-SINDICANDIA-RNEST-REL-FINAL.pdf](http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wpcontent/uploads/sites/41/2015/01/1_OUT7-SINDICANDIA-RNEST-REL-FINAL.pdf)>. Acesso em: 4 de jul. 2016

GALVÃO, Ilmar. **Estudo Solicitado pelo Sesi e Senai sobre os serviços sociais autônomos.** Brasília, maio de 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal - **“Curso de Direito Administrativo”**, São Paulo, Saraiva, 2006.

ROCHA, Helio. **13º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria.** Brasília, 2015 (comunicação oral).

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**11 - CONTRATAÇÕES DIFERENCIADAS, PELO SENAI,  
DE BENS E SERVIÇOS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA  
E INOVAÇÃO COM BASE NA LEI Nº 13.243/2016.**

Proposta de Alteração do Regulamento  
de Licitações e Contratos - RLC.

**Mariana Barbosa Saliba**

**Departamento Regional de Minas Gerais**



## 11.1 INTRODUÇÃO

A Ciência, Tecnologia e Inovação tem sido objeto de atenção das grandes potências mundiais, que utilizam o patrimônio adquirido com a atuação em CT&I como forma de manter o equilíbrio e competitividade de suas respectivas economias.

No Brasil, há a atuação do SENAI que trabalha para contribuir para a indústria brasileira e, um dos focos de sua atuação, é a CT&I, que tem tido grande destaque e relevância no cenário nacional.

Todavia, a entidade, para efetivar as contratações para realização de sua atividade, é submetida a regramentos extremamente engessados, burocráticos e lentos, o que impede que o SENAI capacite a indústria brasileira a entrar em competição com a indústria internacional de forma igualitária e equilibrada.

O presente artigo busca, dentro desse contexto, abordar a importância do tema e a relevância de se propor uma nova forma de contratação, pelo SENAI, de instrumentos necessários ao cumprimento de sua missão institucional de cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria, sendo menos burocrática e sem se ofender os princípios básicos impostos pela Constituição da República.

## 11.2 O CONCEITO DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

O foco do presente trabalho é a proposição de alteração do Regulamento de Licitações e Contrato do SENAI - RLC para absorção das alterações trazidas ao ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 12.243/2016, o chamado Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

O referido diploma legal teve como nascedouro o PL 2.177/2011, de autoria dos congressistas Bruno Araújo (PSDB/PE), Antonio Imbassahy (PSDB/BA), Ariosto Holanda (PSB/CE) e outros, que pretendia instituir regime diferenciado de contratações, pela administração pública, de bens e serviços de Ciência, Tecnologia e Inovação, o chamado CT&I.

Após veto parcial, o referido PL foi transformado na Lei nº 12.243/2016 e, para análise do tema ora proposto, o primeiro ponto a ser exposto é o conceito de Ciência, Tecnologia e Inovação, institutos focais da alteração legislativa em análise.

Em tempos mais remotos, existia o binômio C&T. Atualmente, a C&T foi acrescida da terminologia *Inovação*, resultando na moderna denominação Ciência, Tecnologia e Inovação, o trinômio CT&I.

Não obstante a Constituição da República de 1988 ter tratado somente da Ciência e Tecnologia (C&T), a Lei Federal nº 10.973/2004, que também foi alvo do Novo Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, consolidou o moderno conceito de CT&I. A referida lei trata sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências e vem incorporar no cenário da legislação nacional a nova política de fomento.

Voltando para o foco do presente item, em linhas gerais, pode-se dizer que “a ciência é voltada para as formulações teóricas, a tecnologia, entendida com o aproveitamento da ciência para aplicação prática.”<sup>1</sup>, representando implantação, no sistema produtivo, do que foi descoberto pela ciência.

Já a inovação, “em regra, está associada com Pesquisa e Desenvolvimento - P&D, sendo, porém, mais distinta e ampla. Inovação implica tecnologia, máquinas e equipamentos e, ainda, contempla mudanças incrementais, novas funcionalidades, melhorias na gestão ou novos modelos de negócios, associados à conquista ou criação de novos mercados.”<sup>2</sup>

Nesta esteira, traz-se à tona o conceito de inovação estabelecido pela citada 10.973/2004, que em seu artigo 2º, inciso IV, prevê que inovação é “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços.”<sup>3</sup>

### **11.3 A IMPORTÂNCIA ATUAL DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO E DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.243/2016**

Atualmente, o contexto mundial da Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I “é caracterizado por uma competição da qual participam as principais economias do mundo”<sup>4</sup>, que têm nessas atividades e nos seus produtos, importante patrimônio, tido como forma de manter o equilíbrio e competitividade de suas respectivas economias.

---

<sup>1</sup> AMORA, Ana Paula Soares. *Licitações e Contratos na Ciência, Tecnologia e Inovação*. Artigo publicado em <http://jus.com.br/artigos/18813/licitacoes-e-contratos-na-ciencia-tecnologia-e-inovacao>. Visualizado em 07/07/2015.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> Idem.

No Brasil, a Ciência, a Tecnologia e a Inovação - CT&I tem história recente na agenda de atuação do Poder Público. Tem-se como marco histórico de seu destaque o ano de 1968, momento em que a política de ciência e tecnologia foi inserida no Plano de Desenvolvimento Nacional como estratégia para o futuro do país e caminho de desenvolvimento social e econômico.

Atendendo a estes anseios, a Constituição da República de 1988 incluiu a Ciência, Tecnologia e Inovação no Título da Ordem Social, no qual é estabelecida a atuação positiva estatal em mesmo patamar de importância da Seguridade Social (saúde, previdência social e assistência social), da Educação, Cultura e Desporto, Comunicação Social, Meio Ambiente e da Família.

Mediante edição da Emenda Constitucional nº 85/2015, que visa adicionar dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I, trata o trinômio como prioritário e, mediante alteração do artigo 218 da Carta Magna, deixa expressa a determinação de atuação positiva estatal no sentido de prover e incentivar o “desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, o qual deverá receber “tratamento prioritário do Estado”. Assim, é dever constitucional do Poder Público a adoção de medidas, diretas e indiretas, nos setores da sociedade que fomentam ou se dedicam às atividades científicas, tecnológicas e de inovação, com o objetivo de impulsionar e possibilitar o cumprimento daquilo que foi tratado como estratégia para o futuro do país, principalmente em virtude do conhecimento de que a produção do conhecimento e sua transformação em riqueza dependem de apoio decisivo do Estado.

Assim, pode-se verificar que a atuação nacional nas atividades de CT&I são essenciais ao equilíbrio da economia das nações, possibilitando que a suas atividades produtivas se mostrem competitivas frente ao mercado internacional. É instrumento para alcance de desenvolvimento social e econômico o que foi, inclusive, garantido pela Constituição da República de 1988.

#### **11.4 DA ATUAÇÃO DO SENAI NA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - CT&I**

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado, como vimos, foi criado por Lei e, seu Regimento (Lei que regula as atividades da entidade) foi instituído pelo Decreto nº 494/62.

Nele, é possível verificar, mais especificamente em seu artigo 1º, que é objetivo do SENAI, dentre outros, “cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividades assemelhadas”. Nesse sentido, e dando-se enfoque para o Regional de

Minas Gerais, sua atuação tem sido reconhecida como “um dos maiores polos de geração e disseminação de conhecimentos aplicados ao desenvolvimento da indústria do Brasil e de Minas Gerais.”<sup>5</sup>

Em seus objetivos traçados, há o enfoque de “prestação de serviços como assistência técnica e tecnológica ao setor produtivo, serviços de laboratório, pesquisa aplicada e informação tecnológica.”<sup>6</sup> Há, assim, ampla prestação de serviços de:

- *Consultoria em processos produtivos: através da modificação de elementos do processo produtivo, como o layout de uma linha produtiva, a utilização do maquinário e técnicas de produção específicas do produto em análise, a consultoria tecnológica contribui para o aumento da produtividade e qualidade industriais. Com unidades distribuídas em diferentes localidades de Minas Gerais, o SENAI atende grande parte do cenário industrial do estado em seus diversos segmentos, considerando suas especificidades.*
- *Desenvolvimento de novos produtos: com o objetivo de agregar maior valor aos produtos da indústria, o SENAI presta consultoria tecnológica para o desenvolvimento de novos produtos contando com as diversas especialidades técnicas de seus profissionais.*<sup>7</sup>

Nota-se, pelo exposto, que a atuação do SENAI está amplamente voltado à Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I para desenvolvimento da indústria nacional e recolocação deste setor produtivo no mercado internacional, com capacidade de competição em nível equilibrado com as maiores economias do mundo.

Desta forma, é imprescindível que a entidade tenha a possibilidade de atuar de forma, rápida, eficiente e satisfatória para atender, a contento, a indústria. Todavia, diante do cenário legislativo atual, se encontra em posição de inferioridade frente ao mercado internacional, conforme será exposto a seguir.

---

<sup>5</sup> Site do Sistema FIEMG. <http://www7.fiemg.com.br/senai/mais-senai>. Visualizado em 13/07/2015.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

## 11.5 ENTRAVES CRIADOS PELA LEGISLAÇÃO ATUAL À EFETIVIDADE DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO SENAI

### 11.5.1 DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO SENAI PARA CONCRETIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - CT&I

#### 11.5.1.1 IMPOSIÇÃO DE FISCALIZAÇÃO DA REFERIDA ENTIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Conforme ressaltado acima, o SENAI, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado, desvinculado da Administração Pública Indireta, está subordinado à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

Isso porque o parágrafo único do artigo 70 da Constituição da República assim o determina (BRASIL, 1988):

*Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*

*Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública **ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre **dinheiros, bens e valores públicos** ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (BRASIL, 1988, grifo nosso)*

Sendo assim, atrai-se para a entidade a aplicabilidade do comando constitucional acima. Destaca-se o fato de as contribuições parafiscais, previstas no artigo 240 da Constituição da República e que compõem o seu orçamento, serem caracterizadas como “verbas públicas”.

Além disso, o comando de fiscalização também é dado pelos artigos 5º, inciso V, e 6º, ambos da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, Lei nº 8.443/92, que possui a seguinte redação:

*Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:*

*[...]*

*V - os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições parafiscais e prestem serviço de interesse público ou social;*

*Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei. (BRASIL, 1992)*

Diante do que foi exposto, nota-se que o SENAI está sujeito à fiscalização e controle do Tribunal de Contas da União, que exercerá fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial nas entidades em estudo.

Desta feita, a entidade têm o dever de demonstrar a estes órgãos que os recursos geridos, de forma privada, estão sendo aplicados de acordo com o que dispõem os seus respectivos regulamentos, regimentos e normativos internos, com maior qualidade e eficiência possível e, ainda, em respeito aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e legalidade, diante da natureza pública da verba.

Neste sentido, e com supedâneo no entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União, foi aprovado o Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI, denominado RLC, que estabelece as regras das contratações efetivadas pela entidade.

### **11.5.1.2 O REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SENAI E A LEI 8.666/93 ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI Nº 13.243/2016**

O Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI - RLC é o diploma que estabelece as regras das contratações realizadas pela entidade. Nele, existem regras semelhantes àquelas traçadas pela Lei nº 8.666/93 - Lei Geral de Licitações.

Há ainda o entendimento de que a Lei nº 8.666/93 é aplicável subsidiariamente às contratações efetuadas pelo SENAI quando existe omissão do seu RLC.

Neste sentido, e levando-se em consideração do tema ora tratado, destaca-se que o RLC vigente da entidade não faz qualquer ressalva ou atendimento especial para as contratações de bens e serviços de CT&I pelo SENAI.

Assim, pelo entendimento pátrio, caso o SENAI pretenda realizar contratações direcionadas às atividades de CT&I, deverá formalizar procedimento formal de licitação, seguindo-se todas as regras insertas no seu RLC ou, aplicar as normas insertas na Lei Geral de Licitações.

Aqui, é prudente uma ressalva. A Lei nº 8.666/93 prevê a dispensa de licitação, em seu artigo 24, inciso XXV “na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida”. Essa hipótese não abarca o objeto do presente trabalho, uma vez que a transferência de tecnologia e exploração de criação são atividades realizadas após o desenvolvimento interno da CT&I no ente estatal (exemplo: Universidade) e o presente trabalho pretende tratar a forma de contratação dos bens e serviços para que estas atividades, sem si, aconteçam.

Ultrapassada tal observação, ressalta-se que, na atuação do SENAI haverá a necessidade de aquisição de bens e serviços voltados ao desenvolvimento de CT&I. Para isso, por imposição legal, haverá a necessidade de instauração de procedimento licitatório, seguindo-se todas as regras insertas no RLC da entidade ou na Lei nº 8.666/93.

No caso do RLC, haverá que ser cumprida toda a fase interna da licitação (artigo 13), com estabelecimento de escopo do objeto a ser licitado, formulação de edital e demais procedimentos. O certame será instaurado em conformidade com as modalidades previstas (Concorrência, Convite, Concurso, Leilão ou Pregão). O instrumento convocatório deverá ser publicado, respeitando-se todos os prazos legais estabelecidos, o respeito ao devido processo legal e, com todo o curso procedimental necessário, que é previsto no artigo 14 do RLC.

### **11.5.2 DOS ENTRAVES CRIADOS PELA LEGISLAÇÃO ATUAL À EFETIVIDADE DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELO SENAI PARA CONCRETIZAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO - CT&I**

Não obstante o privilégio constitucional destacado no capítulo 2 do presente artigo, a área de Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I, no Brasil, “não vem alcançando os resultados necessários a que cumpra seu relevante papel no desenvolvimento econômico e social do país,

tampouco tem conseguido exercer com plenitude o seu potencial, que é de expressiva monta, considerando a qualidade de grande porte das Universidades e Centros Acadêmicos, a capacidade inovadora das empresas, as políticas públicas de fomento, indução e incentivo”<sup>8</sup>.

Apesar de toda a inovação legislativa perpetrada no ordenamento pátrio, na tentativa de atender aos anseios da Constituição da República de 1988 e beneficiar aquelas contratações realizadas no âmbito da CT&I, não é possível encontrar na legislação brasileira real facilitação de exercício dessas atividades.

Um dos grandes obstáculos encontrados pela Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I para cumprimento de seu potencial e alcance de resultados satisfatórios é o entrave encontrado na legislação para as contratações de bens e serviços necessários para cumprimento da meta constitucional.

A Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I, por sua natureza, requer mobilidade e agilidade na aquisição de bens e, a forma que as contratações públicas (e do SENAI) são tratadas pela legislação causam grandes prejuízos à sua atividade.

A formatação legal das contratações públicas obsta o alcance de uma maior liberdade tecnológica do Brasil, o fortalecimento da economia nacional, a promoção do desenvolvimento do país e a melhoria da qualidade de vida da população.

Mesmo se levado em consideração todos os avanços já alcançados na legislação pátria (Lei nº 8.666/93, Lei de Inovação e Lei do Bem), o ordenamento jurídico pátrio “ainda está aquém do dinamismo e da realidade do setor, que envolve vários atores e parceiros que, de (sic) há muito, reivindicam agilidade e desburocratização para que sejam efetivadas ações mais contundentes e bem-sucedidas em prol do desenvolvimento que se refletirá beneficentemente sobre todas as camadas da sociedade.”<sup>9</sup>.

“A manutenção de tais entraves colocará o país em posição de fadado subdesenvolvimento perene, com a perda de competitividade de suas empresas, a perda de capital humano composto de cientistas e pesquisadores de primeira linha, o fracasso dos projetos que poderiam ser exitosos, dentre outros prejuízos irrecuperáveis”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Deputado Bruno Araújo (PSBD/PE), relator do PL 2177/2011.

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> Idem

Além disso, “o mercado globalizado e a velocidade da informação em nível mundial exigem que o Brasil esteja apto à indução e fomento da Ciência, Tecnologia e Inovação em patamares de excelência.”<sup>11</sup>.

Ora, o setor da Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I demanda agilidade, dinamismo, variedade o que não é possível de ser alcançado com legislação tão grandemente engessada. A CT&I é inteiramente incompatível com a rigidez dos procedimentos da Lei nº 8.666/93 e do RLC.

Da forma como é regulamentada as contratações, é impossível alcançar a agilidade e eficiência demandadas pelo trinômio CT&I. Mesmo em supostos casos em que existe no caso concreto o enquadramento em alguma das hipóteses de contratação direta, “existe a determinação legal de ampla justificativa, circunstancialmente motivada, clara demonstração de ser a opção escolhida, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa, nomeadamente, para atender as atividades a serem desempenhadas, com vistas a cumprir os princípios constitucionais e compatibilizá-las com as peculiaridades dessa modalidade de contratação direta”.<sup>12</sup>

Nem mesmo o RLC, aplicável às contratações realizadas pelo SENAI, que já prevê procedimento bastante simplificado frente àquele previsto nas Leis Federais é capaz de permitir que a entidade atue de forma satisfatória em suas atividades voltadas à Ciência, Tecnologia e Inovação - CT&I. Ainda com a aplicação do RLC, o SENAI encontra obstáculos para alcançar a seu potencial tecnológico e competitividade, se colocando fracamente competitivo no mercado internacional que atua.

A morosidade, excesso de burocracia e demora nos procedimentos, mesmo que simplificados, ensejam, em muitas vezes, transtornos às atividades de CT&I, ao cumprimento dos objetivos consagrados pela Constituição da República de 1988 e irremediável prejuízo ao interesse público e ao cumprimento do objetivo regimental do SENAI.

## **11.6 PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SENAI - RLC**

Diante do que foi exposto, nota-se que é urgente a criação de um Regime Diferenciado de Contratação para que seja permitido ao SENAI atuação satisfatória, competitiva e eficiente na

---

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> AMORA, Ana Paula Soares. *Licitações e Contratos na Ciência, Tecnologia e Inovação*. Artigo publicado em <http://jus.com.br/artigos/18813/licitacoes-e-contratos-na-ciencia-tecnologia-e-inovacao>. Visualizado em 07/07/2015.

área de CT&I e, que assim, possa cumprir sua função estatutária e, ainda, participar de forma ativa no alcance do projeto de desenvolvimento nacional previsto na Carta Magna de 1988.

Antes de adentrar no ponto central do presente item, ressalta-se que as citadas leis de incentivo à CT&I, mormente a Lei nº 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo não estabelece qualquer regra diferenciada para as contratações públicas e, portanto, não se prestam para auxiliar, em si, a melhor gestão da entidade neste sentido.

Atendendo-se aos anseios modernos de adequação das normas brasileiras à realidade internacional da CT&I, no ano de 2011, sob liderança do Deputado Bruno Araújo, do PSDB/PE, foi proposto o Projeto de Lei nº 2177/2011. Nele, há a proposição de criação do chamado Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação.

Em cumprimento ao comando exarado pela Constituição da República de 1988 e trazendo à tona a realidade diferenciada da CT&I, o referido PL pretendeu, dentre tantos outros pontos de igual importância, estabelecer regime diferenciado de contratações realizadas pelo Poder Público e demais pessoas físicas ou jurídicas usuárias do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (parágrafo único do artigo 1º).

Após tramitação regulamentar e a apresentação de veto parcial, o referido PL foi transformado na Lei nº 13.243/2016. A norma altera a redação da Lei nº 10.973/2004, já destacada no presente trabalho, a Lei nº 6.815/1980, Lei nº 8.666/1993, Lei nº 12.462/2011, Lei nº 8.745/1993, Lei nº 8.958/1994, Lei nº 8.010/1990, Lei nº 8.032/1990 e a Lei nº 12.772/2012, visando, sempre estimular o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, cabe-nos destacar as alterações que o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação trouxe à Lei nº 8.666/1993, a Lei Geral de Licitações.

Neste ponto, é imperioso destacar que a Lei Geral de Licitações não é aplicada às contratações perpetradas pelo SENAI, que devem seguir, sempre, o seu próprio Regulamento de Licitações e Contratos - RLC. A Lei nº 8.666/1993 somente deve ser aplicada ao SENAI de forma subsidiária, somente em caso de omissão em seu RLC.

É por este motivo que o presente trabalho apresenta proposta de Alteração do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI, não sendo o bastante para a melhoria das atividades científicas, tecnológicas e inovadoras da entidade a alteração da Lei Geral de Licitações.

Neste sentido, apresenta-se, primeiro, as alterações realizadas na Lei nº 8.666/1993 para depois apresentar-se proposta para, analogamente, serem aplicadas em uma possível revisão do RLC da entidade.

Pois bem. Foi acrescido no artigo 6º, que trata das definições dos institutos tratados na lei, o inciso XX, que conceitua o que são produtos para pesquisa e desenvolvimento. Eis a redação:

*Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:*

*(...)*

*XX - produtos para pesquisa e desenvolvimento - bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante.*

*O artigo 24, que traz as hipóteses de dispensa de licitação teve o seu inciso XXI alterado para:*

*Art. 24. É dispensável a licitação:*

*(...)*

*XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do art. 23;*

Nota-se que a alteração legislativa trouxe, como situação de contratação direta, ou seja, sem licitação, a aquisição ou contratação de produtos para pesquisa e desenvolvimento (conceito trazido pelo novo inciso XX do artigo 6º, colacionado acima). Restringe, no entanto, essas contratações quando se tratarem de obras e serviços de engenharia, que, para se enquadrarem nesta hipótese, devem ter seu valor limitado à R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Ainda, acrescentaram-se os parágrafos 3º e 4º ao artigo 24, senão vejamos:

(...)

*§3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.*

*§4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput.*

O último parágrafo destacado acima estabelece que o impedimento de que os autores de projetos, básicos e executivos, participem das licitações ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários não será aplicado em caso de aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, o que demonstra, mais uma vez, o incentivo não só às atividades científicas, tecnológicas e inovadoras, mas também privilegia os seus autores.

Ainda é trazida à tona a última alteração da Lei 8.666/93, qual seja, o acréscimo do parágrafo 7º do artigo 32, que tem a seguinte redação:

*Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.*

(...)

*§ 7º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 e este artigo poderá ser dispensada, nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do **caput** do art. 23.*

Ou seja, poderá ser dispensada, caso haja o regulamento próprio, a documentação de habilitação, prevista nos artigos 28 a 31 (inclusive regularidade fiscal) quando o produto seja de pronta entrega ou o produto ou serviço tenha seu valor limitado a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Nota-se pelas alterações realizadas que a sua absorção pelo Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI é extremamente salutar ao desenvolvimento de atividades científicas, tecnológicas e inovadoras pelas entidades que, em decorrência de aplicabilidade das novas regras, poderá trabalhar de forma competitiva com o mercado, conforma já explorado em capítulo anterior do presente trabalho.

Deste modo, apresenta-se neste momento, proposta de alteração do RLC do SENAI, nos seguintes termos.

Antes de adentrar à proposta propriamente dita, acredita-se que a terminologia *pesquisa e desenvolvimento* utilizada nas alterações da Lei Geral de Licitações não é suficiente para abarcar o real bem incentivado pelo Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, qual seja, o CT&I. Deste modo, entende-se, por melhor técnica, absorver as alterações propostas pela Lei 13.243/2016 com a referida diferença.

Pois bem. O artigo 4º, que traz as definições dos institutos jurídicos utilizados pelo Regulamento deve ter os seus incisos I e II acrescidos de exceção. Deste modo, sugere-se a inclusão de inciso que contemple a diferenciação do conceito de *produtos para execução de atividades de ciência, tecnologia e inovação*. Assim, é possível vislumbrar a seguinte proposta de redação: produtos para execução de atividades de ciência, tecnologia e inovação - CT&I - bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante.

Ainda, entende-se por criação de novo inciso ao artigo 9º do RLC. No caso da Lei nº 8.666/93, o artigo 24 (correlacionado com o 9º do RLC) teve a redação do seu inciso XXI alterado. Todavia, como o artigo 9º do RLC não possui hipótese semelhante àquela trazida pelo antigo inciso XXI do artigo 24 da Lei Geral de Licitações, propõe-se a inclusão de novo inciso ao Regulamento do SENAI.

Neste contexto, sugere-se a inclusão de inciso, com a seguinte redação: para a aquisição ou contratação de produto para execução de atividades de ciência, tecnologia e inovação, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do *caput* do artigo 6º.

No caso da Lei nº 13.243/2016, a alteração legislativa limitou a 20% (vinte por cento) do valor previsto para as tomadas de preço de obras e serviços de engenharia. Como o RLC do SENAI não conta com esta modalidade de licitação, existindo apenas o convite e a concorrência, a conclusão lógica é a de limitar a 20% (vinte por cento) do valor previsto para os convites. Assim, as contratações diretas, se estiverem tratando de obras e serviços de engenharia, estarão limitadas à R\$ 235.800,00 (duzentos e trinta e cinco mil e oitocentos reais). Caso o valor seja superior a esta quantia, não estarão preenchidos os requisitos da exceção.

Entende-se que também é salutar a inclusão de parágrafo único ao artigo 9º, que detenha a mesma previsão do novo parágrafo 4º, do artigo 24, da Lei 8.666/93. Apensar de o RLC não possuir correspondente à previsão do artigo 9º da Lei nº 8.666/93, por omissão, a sua regra é aplicada ao Sistema S e, deste modo, entende-se prudente a inclusão de redação que excepcione a possibilidade de os autores de projetos participarem da licitação para sua execução. Assim, o referido dispositivo poderá contar com a seguinte redação: Poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço relacionado a *produtos para execução de atividades de ciência, tecnologia e inovação* e do fornecimento de bens a eles necessários o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica.

Salienta-se que o novo parágrafo 3º do artigo 24, da Lei nº 8.666/93, destacado acima, não é salutar que seja incluído na proposta de novo RLC, na medida em que prevê a necessidade de edição de regulamento próprio para ditar as regras para a dispensa de licitação para obras e serviços de engenharia relacionados ao CT&I, o que aparenta constituir mais um obstáculo à satisfatória prestação de serviços, pelo SENAI, no ramo objeto do presente trabalho.

Por fim, propõe-se absorver a redação do novo parágrafo 7º, do artigo 32, da Lei Geral de Licitações, cujo excerto está destacado acima. Para tanto, sugere-se que o artigo 12 do RLC do SENAI seja acrescido de parágrafo 2º (oportunidade em que o atual parágrafo único se transforme em parágrafo 1º), contendo a seguinte proposta de redação: A documentação de que trata o *caput* do deste artigo poderá ser dispensada, no todo ou em parte, para a contratação de *produtos para execução de atividades de ciência, tecnologia e inovação*, desde que para pronta entrega ou até o valor previsto na alínea “b”, do inciso II, do *caput* do artigo 6º. Ou seja, os documentos de habilitação poderão ser dispensados caso exista a pronta entrega ou a contratação tenha valor inferior ou equivalente à R\$ 395.000,00 (trezentos e noventa e cinco mil reais).

Diante de todo o exposto, entende-se que a alteração do RLC será de grande importância para a desburocratização das contratações que o SENAI necessita para a realização de produtos e serviços dedicados à CT&I.

Para isso, há que se seguir o trâmite do artigo 42 do RCL que estabelece que alterações em seu conteúdo devem ser aprovadas pelo Conselho Nacional da entidade, mediante proposta fundamentada por grupo técnico composto por representantes dos serviços sociais autônomos.

Desta maneira, propõe-se que a sugestão apresentada no presente trabalho seja apresentada a grupo técnico do Sistema S, para exposição ao Conselho Nacional para alteração do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI.

Assim será possível o cumprimento das suas atribuições institucionais e atender à previsão constitucional de colocar a CT&I como parte do Plano de Desenvolvimento Nacional como estratégia para o futuro do país e caminho de desenvolvimento social e econômico.

## 11.7 CONCLUSÃO

Demonstrou-se neste trabalho a importância de uma atuação satisfatória do SENAI no que tange à Ciência, Tecnologia e Inovação e que, a legislação que hoje se impõe sobre as atividades da entidade impedem que o alcance de tal objeto seja alcançado.

Sendo assim, foi apresentado a Lei nº 13.243/2016, a o chamado Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação, prevendo em seu corpo, dentre outras mudanças, alterações na Lei nº 8.666/93 no sentido de beneficiar as contratação voltadas para as atividades aqui tratadas, mais simples, rápidas e menos burocráticas. Assim, a absorção de tais alterações ao Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI possibilitará que a entidade contribua para a reconfiguração do Brasil e suas indústrias em posição de equilíbrio com o mercado internacional.

## 11.8 BIBLIOGRAFIA

AMORA, Ana Paula Soares. *Licitações e Contratos na Ciência, Tecnologia e Inovação*. Artigo publicado em <http://jus.com.br/artigos/18813/licitacoes-e-contratos-na-ciencia-tecnologia-e-inovacao>. Visualizado em 07/07/2015.

MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo*. 18. Ed. São Paulo: Medeiros, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Disponível em: <http://www7.fiemg.com.br/senai/mais-senai>. Acesso: 13/07/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 907/97. Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha

BRASIL, Constituição da República do Brasil.

BRASIL, Lei nº 8.443/92.

BRASIL, Exposição de Motivos, PL 2177/2011.

BRASIL, Lei nº 8.666/93.

BRASIL, Lei nº 13.243/2016.

Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Departamento Nacional. *Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI: com as modificações da Resolução 473/2011*/Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Brasília: Departamento Nacional, 2011.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**12 - PARTICIPAÇÃO DAS ENTIDADES QUE COMPÕEM  
O SISTEMA “S” EM LICITAÇÕES PÚBLICAS -  
ESPECIFICAMENTE O SESI E O SENAI**

**Natali Camarão de Albuquerque Nunes**

**Departamento Regional do Ceará**



*“Não estar ocupado e não existir representam a mesma coisa. Todas as pessoas são boas, exceto as ociosas. Cada um deve dar a si mesmo todo o trabalho que possa para tornar a vida suportável neste mundo. Quanto mais avanço em idade, mais sinto a necessidade do trabalho. Ele se torna pouco a pouco o maior dos prazeres e substitui as ilusões da vida”.*  
Voltaire, citado por Will Durant



## 12.1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do artigo em comento é analisar a possibilidade das entidades que compõem o Sistema S, especificamente o SESI e o SENAI, participarem de licitações públicas em igualdade de condições com demais concorrentes.

A premissa parte de julgado do TCU, que se posicionou no sentido de *“que não cabe ao Sesi disputar serviços de caráter não assistencial com agentes do mercado, com propósito comercial, determinando ao Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi) que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais”*.

A discussão nasceu em SC, numa licitação de 2011, que o objetivou a contratação de empresa para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais. Uma empresa entrou com representação apontando irregularidades na condução da licitação, relacionadas à participação do Sesi. O **SESI Nacional** recorreu, mas a decisão foi mantida, conforme acórdão 1286/2015.

Para análise da questão em apreço, serão traçadas considerações, iniciais, concernentes aos serviços sociais autônomos, suas características, a natureza dos recursos arrecadados administrados, da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União e por fim, questões inerentes ao tema em estudo.

Faz-se importante destacar que o objeto em estudo se trata de questão de pouco enfoque na doutrina e jurisprudência e merece ser aprofundada ante as peculiaridades das entidades que compõem o Sistema S, bem como as dúvidas constatadas no decorrer do estudo que culminou no artigo em comento.

## 12.2 DA ANÁLISE DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS OU ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA “S”

### 12.2.1 DO CONCEITO

Os serviços sociais autônomos, também conhecidos como entes paraestatais são instituições que, embora não façam parte da Administração Pública, atuam paralelamente ao Estado na consecução de atividades de interesse público. Tais entidades são dotadas de características peculiares, vez que inobstante não executem serviços públicos delegados pelo Estado,

exercem atividade privada de interesse público, que interessa aos Estados incentivar e compõem o denominado Sistema S.

Consoante Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”.

Os serviços sociais autônomos não gozam de privilégios administrativos, nem fiscais e nem processuais, cabendo-lhes apenas aqueles que a lei especial, expressamente lhes conceder.<sup>2</sup>

Os serviços sociais autônomos são denominados entidades paraestatais e representam uma forma de descentralização por cooperação, vez que a Administração Pública descentraliza para o setor privado atividades de interesse público, mas que não demandam o exercício de prerrogativas de poder público.

A doutrina sempre entendeu os serviços sociais autônomos como entidades com criação autorizada por lei, com personalidade de direito privado, sem fins lucrativos, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou profissionais, vinculadas ao sistema sindical, mantidas por contribuições parafiscais ou dotações orçamentárias. Trata-se de entidades que atuam de forma conjunta com o Poder Público, desenvolvendo funções voltadas à assistência social e à formação profissional no âmbito do setor econômico ao qual se vinculam.

Neste cenário, dentre os serviços sociais autônomos tem-se, ligados ao setor industriais e comercial, respectivamente, o SENAI e o SENAC com o foco para atuar nos processos de aprendizagem; e com a missão de atuar na assistência social, ainda que incorporando em suas ações atividades voltadas para a educação, o SESI e o SESC.

Conclui-se, portanto, que o que se denota da análise doutrinária é que o Sistema “S” compreende um conjunto de entidades privadas ligadas ao setor produtivo brasileiro atuando na prestação de serviços de utilidade pública (sociais e educativos). Foram criadas pelo do Poder Público com fonte de receitas públicas específicas, sem prejuízo daquelas obtidas por arrecadação própria.

---

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Brasileiro, ob cit., p. 362.*

<sup>2</sup> [...] O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as entidades paraestatais que possuem personalidade jurídica de direito privado não fazem jus aos privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (AI 783136 AgR/PR, STF - Segunda Turma, Re. Min. Eros Grau, julgamento: 20.04.2010, DJe: 086, 13.05.2010). No mesmo sentido foi declarada a seguinte repercussão geral: [...] É incompatível com a Constituição o reconhecimento às entidades paraestatais dos privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública em execução de pagamento de quantia em dinheiro. (AI 8415448 RG, DJe 31.08.2011)

### 12.2.2 CARACTERÍSTICAS PECULIARES

Inobstante as entidades em comento não façam parte da Administração Pública Direta e Indireta, que não se confundem com o Estado, o regime jurídico peculiar a que estão submetidas essas entidades desperta controvérsia na doutrina e jurisprudência.

Faz-se importante elucidar que tais entidades são dotadas de parafiscalidade. Nesta esteira, a capacidade tributária constitui a aptidão para cobrar tributos e é admitida a delegação, que poderá ser realizadas para as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado perseguidoras de interesse público, como é o caso dos serviços sociais autônomos.<sup>3</sup>

Pois bem, considerando a singularidade dos serviços sociais autônomos, dentre suas principais características, Marcos Juruena Vilela Souto elenca: não integram a Administração Pública; são dotados de personalidade jurídica de direito privado; desenvolvem atividades privadas de interesse coletivo; interesse coletivo justifica o fomento a essas atividades; o fomento tem origem no próprio segmento econômico incentivado.

Marçal Justen Filho (2006) aponta outras características importantes. Dentre elas, tem-se: seus administradores não são nomeados pelo Estado, mas escolhidos segundo processos eleitorais próprios; o serviço social autônomo não recebe determinações governamentais e seus atos não se caracterizam como manifestação da vontade estatal; seu objeto social é fornecer utilidades para os integrantes de certas categorias, relativamente à assistência social e, em especial, à formação educacional; trata-se de atuação material administrativa não governamental, de cunho prestacional; são espécies de autogoverno privado, que consiste na vinculação de sua atuação a um setor empresarial ou a uma categoria profissional, que recebe o poder de promover a gestão de organizações criadas para a satisfação de interesses comuns; mantêm-se pela percepção de contribuições obrigatórias, de natureza tributária, incidentes sobre os exercentes das atividades ou das categorias profissionais abrangidas, com o poder de auto-gestão relativamente ao destino e aplicação dos recursos.

No que concerne ao processo de compras, no âmbito das entidades que compõem o Sistema S, importa destacar que esse deve observar regulamentos próprios, que possuem regras próprias e simplificadas. Assim, os problemas relacionados à licitação e contratos no âmbito dessas entidades devem ser colmatados à luz do regulamento de licitação e contratos dos serviços sociais autônomos.

---

<sup>3</sup> *Direito Administrativo. Fernanda Marinela. P. 175.*

Faz-se importante destacar que inobstante as características singulares de tais entidades, bem como o fato de estar pacificado no âmbito do Tribunal de Contas<sup>4</sup>, inclusive ter reconhecido em diversos julgados a prevalência dos regulamentos de licitações e contratos do Sistema S, na prática, muitas vezes, a Corte de Contas ultrapassa sua competência, proferindo Acórdãos passíveis de críticas.

Faz-se importante elucidar ainda que tais entidades devem observar os princípios gerais aplicados à Administração Pública e estão obrigadas a prestar contas e sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas da União.

## **12.3 DA NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS PROVENIENTES DAS CONTRIBUIÇÕES ARRECADADAS PELO SISTEMA. DO DEVER DO SISTEMA “S” EM PRESTAR CONTAS AO TCU**

### **12.3.1 DAS CONTRIBUIÇÕES**

Inicialmente, conforme alhures exposto, tais contribuições estão ligadas ao fenômeno da parafiscalidade, que significa a concessão, pelo Estado, para que outro ente que não aquele configurado pela Administração Pública Direta ocupe o pólo ativo da relação jurídica tributária. Pode dizer, ainda, que parte do pressuposto de que a União cria a contribuição, entretanto quem administra o recurso é a entidade beneficiada, no caso em comento o Sistema S.

No que concerne às contribuições para o Sesi - Serviço social da indústria e para o Senai - Serviço nacional de aprendizagem industrial, possuem natureza jurídica de contribuição social de interesse de categorias.

---

<sup>4</sup> O Tribunal de Contas da União prolatou, em 11.12.97, a Decisão Plenária TCU nº 907/97, Relator LINCOLN ROCHA, que se tornou histórica, concluindo que “os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios, devidamente publicados, desde que observem os princípios gerais do processo licitatório.

“4. Em julgados recentes (Decisão nº 907/97 - Plenário, Decisão nº 080/98 - 2ª Câmara, Acórdão nº 023/98 - 1ª Câmara, entre outros), tem-se e solidificado no TCU o entendimento, do qual compartilho, de que a fiscalização a ser exercida sobre esses entes deve-se ater mais à efetividade na concretização de seus objetivos e metas do que à observância dos estritos procedimentos da Lei nº 8.666/93, sendo permitida a elaboração de regulamentos internos de licitações e contratos com procedimentos simplificados e adequados às especificidades daquelas entidades, obviamente respeitados os princípios constitucionais e legais aplicáveis à despesa pública.”

O Sistema “S”, de um modo geral, tem como fonte predominante de receitas, as contribuições advindas das categorias profissionais ou econômicas, que representa. Tais contribuições são instituídas pela União, tendo cunho obrigatório, nos termos do art. 149, da CF, *in verbis*:

*Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais, ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas, respectivas áreas, observado, o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no Art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

É pacífico o entendimento de que o art. 149 de nossa Carta Magna amarra três modalidades de contribuições sociais. Ratificando essa tese, bem descreve o ilustre jurista Hugo de Brito Machado: “contribuições sociais são uma espécie de tributo com finalidade constitucionalmente - definido, a saber, intervenção no domínio econômico; interesse de categorias profissionais ou, econômicas e seguridade social”.

Tais contribuições se aplicam às empresas dos ramos definidos, e incide sobre o valor da folha de pagamento dos empregados. O valor arrecadado se destina a própria manutenção da instituição, que visa proporcionar uma melhora na qualidade de vida do trabalhador.

Nesta mesma linha KIYOSHI HARADA (2011, p. 327) argumenta que as receitas do Sistema S integram uma subespécie daquilo que a doutrina denomina contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas, com as especificações relacionadas nas disposições do art. 8º, V e 149 da CF/88 c/c art. 578 da CLT.

Ainda sobre a contribuição destinada ao Sistema “S” teoriza o ilustre doutrinador KIYOSHI HARADA:

*“[...] por ter natureza de pessoa jurídica de direito privado, o Sistema S não pode ser sujeito ativo de tributo, logo, essas contribuições não têm natureza tributária. De outro modo, posto que o produto de sua arrecadação não integra o orçamento fiscal da União nem o orçamento de seguridade social, também não figuram como contribuições sociais. Surgindo como consequência a para-fiscalidade.” (KIYOSHI HARADA, 2007, p. 326).*

Pois bem, a polêmica sobre a natureza jurídica de tais verbas surge com a obrigatoriedade do desconto na folha de pagamento dos trabalhadores. Parte da doutrina defende se tratar de contribuição ou verba, eminentemente pública, assemelhada ao tributo; e do outro, aqueles que defendem se tratar de mera contribuição, que apesar de compulsória, nada tem a ver com tributo.

Nesse sentido, doutrinadores que se perfilam ao primeiro entendimento apresentam a seguinte justificativa:

*“[...] expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.” (CARVALHO FILHO, 2007, p. 473).*

O Tribunal de Contas da União também já se manifestou no julgado proferido no Processo n.º 01 0.696/2008-0, de relatório da lavra do nobre Ministro-Benjamin Zymler, que exarou entendimento no sentido de que os recursos públicos arrecadados pelos entes do Sistema “S” são sim de natureza” tributária. Veja-se:

*“5.10. [...] Embora as entidades do Sistema “S” não pertençam ao Poder Público, devem elas respeitar os princípios da Administração Pública - enfre os quais se inserem os princípios da finalidade e da moralidade administrativa - **principalmente, pelo fato de arrecadarem e utilizarem recursos públicos, sob a forma de contribuições sociais, que têm natureza d e tributos**”. (grifos nosso).*

Para os que defendem ideia oposta, argumentam para tanto:

*“[...] de modo algum estaria gerindo “dinheiro público”. Realmente, a contribuição que o mantém não integra a título algum a receita do Estado. Não é produto de uma transparência, que o Estado lhe repassa. Inclusive, porque a passagem dos recursos pelo INSS/RFB é meramente procedimental.” (FERREIRA FILHO, 2005, p 26)*

O ex-ministro do STF, Ilmar Galvão, adere ao posicionamento supramencionado alegando que, quando o produto das contribuições ingressa nos orçamentos das entidades dos Serviços Sociais Autônomos, este perde o caráter de recursos públicos. (GALVÃO, s.d, p. 18).

Nessa mesma linha de raciocínio temos o tributarista KIYOSHI HARADA que sintetiza sua argumentação sob o seguinte enfoque:

*“[...] por ter natureza de pessoa jurídica de direito privado, o Sistema S não pode ser sujeito ativo de tributo, logo, essas contribuições não têm natureza tributária.” (KIYOSHI HARADA, 2007, p. 326)..*

Inobstante os argumentos suscitados pela primeira corrente de entendimento, é fato que foi concedido aos entes que compõem o Sistema S, a parafiscalidade, que corresponde a uma delegação da capacidade tributária ativa sem retorno, para os cofres da pessoa tributante da receita arrecadada, que não figura no orçamento estatal. Ressalta-se, ainda, que nem o Congresso Nacional, nem o Poder Executivo exercem um acompanhamento dos recursos do Sistema S, pois esta se trata de receita que não transita pelo orçamento da União.

### **12.3.2 DA FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Dentro do contexto ora apresentado resta imperioso mencionar que a Constituição Federal, ao tratar, no seu art. 71, da competência do Tribunal de Contas da União, abrangeu um rol extenso de entidades a serem fiscalizadas por aquela Colenda Corte, incluindo os Serviços Sociais Autônomos, pois que, como dito, sobrevivem através da arrecadação de dinheiro público, seja este considerado como tributo tradicional ou como contribuição parafiscal, veja-se:

*Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:*

*II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa d perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;*

Isso porque, o art. 70<sup>5</sup>, da Constituição Federal atribui, a responsabilidade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União, todas aquelas pessoas, físicas ou jurídicas, ainda que de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou, por oportunidade da TC 007.469/2010-1:

*“Os serviços sociais autônomos, a despeito de integrarem a categoria de entidades paraestatais, prestam contas ao TCU e submetem-se ao controle previsto nos arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II. Da Constituição Federal, 183 do Decreto-lei n. 200/1967 e 5º, inciso V, da Lei n. 8.443/1992.”*

Do exposto, resta indubitável a obrigação de prestar contas dos entes que compõem o Sistema S, acerca da sua destinação final, a teor do que dispõem os arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 c/c art. 5º, inciso I, da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992.

## **12.4 DA PARTICIPAÇÃO DO SESI E DO SENAI EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. ACÓRDÃO Nº 2917/2011 - TCU**

### **12.4.1 ASPECTOS RELEVANTES**

Postas estas considerações acerca do Sistema S, passa-se a analisar, neste momento, o cerne do presente artigo, qual seja, a participação dos entes que o compõem, especificamente o SESI e o SENAI em licitações públicas.

Frisa-se, oportunamente, que não se busca neste presente trabalho dar um escopo de esgotamento do tema. Além do que, urge destacar que inexistente legislação específica sobre o tema a ser abordado e o mesmo tem recebido pouco tratamento doutrinário e jurisprudencial, motivo pelo qual a conclusão aqui delineada tomará por base a interpretação sistemática<sup>6</sup> aos dispositivos vigentes sobre a matéria.

<sup>5</sup> Art. 70. [...] Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

<sup>6</sup> Procura extrair o conteúdo da norma jurídica por meio da análise sistemática do ordenamento jurídico.

Ao licitar, o ente público, no exercício de sua função administrativa, abre a todos os interessados que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. A finalidade da licitação é atender o interesse público e buscar a proposta mais vantajosa para a contratação.

Verbera-se que a participação do certame deve cingir-se a pessoas jurídicas que possuem área de atuação compatível com o objeto a ser licitado, vez que se torna impossível a classificação/contratação de participante cuja atuação é incompatível com o objeto da contratação. Dessa forma, a participação ou não de determinada entidade, seja ela parte do terceiro setor da economia<sup>7</sup> ou do segundo<sup>8</sup>, deve ser analisada sob o prisma de seu objetivo institucional e a natureza da contratação.

Dessa forma, faz-se imprescindível observar: 1) se o objeto da licitação é inerente aos fins das atividades desenvolvidas pelo participante, no caso em comento, o SESI e o SENAI; 2) se a participação em um procedimento competitivo e econômico, que é a licitação, não vai frustrar as finalidades institucionais da Entidade, que justificam os benefícios que lhes são assegurados.

Nesse sentido, o TCU já se pronunciou em relação às OSCIP's: "Além disso, o fato de essas entidades desempenharem atividades de interesse público, por meio de termo de parceria com o Estado, não as impede de também serem contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços e fornecimento de bens, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no estatuto e mediante a participação da OSCIP em licitação, em igualdade de condições com outros possíveis interessados".<sup>9</sup>

O presente caso se tratou de representação formulada pela empresa Montana Soluções Corporativas Ltda., nos termos do art. 113 §1.º da Lei. N.º 8.666/93, acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico AA n.º 50/2006 - BNDES, ao habilitar o Instituto Brasileiro de Difusão de Conhecimento (IBDCON) como vencedor do certame. Dentre as irregularidades apontadas, foi levantado o fato do IBDCON ser uma instituição privada sem fins lucrativos que goza de uma série de imunidades tributárias e, por essa razão, sua participação em licitação pública violaria o princípio da isonomia, pois concorreria de forma desigual com as demais empresas participantes do certame.

---

<sup>7</sup> *Constituído por entidades parastatais, organizações sem fins lucrativos e não governamentais, que têm como objetivo gerar serviços de caráter público: Fundações, OSCIP, OS, Entidades que compõem o Sistema S.*

<sup>8</sup> *O segundo setor abrange o mercado, tem como principal característica a finalidade lucrativa. Tal setor é composto por empresas privadas que sobrevivem da venda de bens e serviços, oferecidos ou não pelo Estado, cuja finalidade é acúmulo de capital.*

<sup>9</sup> *Processo 002.993/2007-5 - Acórdão 1.201.2007*

Segundo o relator do processo “essas vantagens tributárias não impedem a participação de concorrentes em licitações públicas. No seu entendimento, a participação de entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP’s) em licitação com a finalidade de prestar serviços à Administração Pública desvirtua os objetivos traçados pelo ordenamento jurídico para esse tipo de entidade. É que a atuação de uma OSCIP deveria ser voltada para o atendimento do interesse público, mediante o desempenho de serviços não exclusivos do Estado.”

Percebe-se que o fato da OSCIP ser detentora de privilégios tributários não foi fato impeditivo para a sua participação no certame, e sim o fato do objeto licitatório não possuir correlação com os fins da proposta da Entidade.

#### **12.4.2 COTEJO ENTRE SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO E COOPERATIVAS QUANTO A PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO**

Segundo o Professor Sérgio Pinto Martins (2011, p.89), a cooperativa é “a sociedade de pessoas que têm por objetivo a organização de esforços em comum para a consecução de determinado fim”, não há vínculo de subordinação entre os cooperados, mas um regime de cooperação. Ressalta-se que a Lei n.º 5.764/71 concede tratamento tributário especial a essas entidades, o que poderia por em xeque o princípio da isonomia quando da participação das mesmas em licitações públicas.

No entanto, há que se perquirir o sentido da isonomia nas licitações públicas. A isonomia objetiva garantir a participação de todos os interessados, que terão direito a se submeter a um procedimento adequado e prévio de seleção, o qual não poderá ter restrição despropositada ao objeto pretendido. Não quer isto dizer que a Administração não possa dar tratamento diferenciado aos licitantes, até mesmo porque selecionar uma proposta significa diferenciar uma em relação às demais.

Consoante o art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei de Licitações, é vedado aos agentes públicos prever nos atos convocatórios cláusulas que restrinjam ou furtem o caráter competitivo do certame, inclusive no caso de sociedades cooperativas. Por esse comando, a regra se forma no sentido de viabilizar a participação de cooperativas em procedimentos licitatórios.

Na jurisprudência, também se verifica a prevalência do entendimento favorável à participação das cooperativas nas licitações públicas sem restrição, *in verbis*:

*“ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. As sociedades cooperativas podem ter por objeto a prestação de serviços e são empresas iguais às demais em matéria trabalhista e previdenciária, ficando indemonstrado o fundamento da afirmação de que seus preços não contêm o componente “mais valia”. (TRF 4.<sup>a</sup> Região, Apelação em Mandado de Segurança 65473, Processo n.º 1999.04.01.065473-9, Rel. Juiz Valdemar Capeletti, DJU de 16/02/2000, p.201)*

Observa-se que a lei não condiciona a participação das cooperativas de trabalho nas licitações públicas à equalização de propostas, ou à apresentação de documentação especial, não há vedação social da cooperativa, ou seja, tem-se que observar a compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade institucional da cooperativa.

### **12.4.3 ACÓRDÃO N.º 2917/2011 - TCU**

O Acórdão em questão trata de representação formulada pela empresa Bioplast Serviços Médicos Ltda. noticiando possíveis irregularidades na execução do Pregão Eletrônico 100000023/2010-DR/SC, conduzido pela Diretoria Regional de Santa Catarina da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT/DR/SC, tendo por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais nas localidades de Chapecó, Lages e Tubarão, com cessão de mão de obra, através de registro de preços.

O item 9.3 do Acórdão nº 2917/2011 - TCU, determina “ao Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (SESI) que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais.”

A supracitada determinação decorreu do entendimento esposado pelo Relator *a quo* no sentido de que o Sesi, ao contratar com a ECT com vistas a prestar serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais, estaria exercendo atividade fora de suas finalidades institucionais, por se tratar de exploração de atividade econômica não prevista em seu regulamento.

Pois bem, em uma primeira interpretação, constata-se que o acórdão pautou-se em aparente desvio da finalidade precípua do SESI, já que o contrato firmado com os Correios teria por finalidade “*suprir uma necessidade emanada pela entidade patronal, no caso a ECT, e não a de seus trabalhadores propriamente ditos*”.

Além do que, não houve a vedação genérica ao SESI para deixar de participar de licitações, mas apenas àquelas que não condizem com a missão institucional. Dessa forma, tem-se que o Acórdão recorrido, e aquele que o manteve não impedem, de modo amplo, geral e irrestrito que o SESI cobre pelos serviços que presta. O que se teve como vedado, é que o SESI realize atividades econômicas puras, puramente comerciais, em que o lucro se revele como sua essência, seu fim precípua, concorrendo no mercado, e em desvio de suas finalidades institucionais. Ou seja, com desvirtuamento de sua essência assistencial.

Tal fato pode ser verificado em diversas passagens do acórdão, nº 1286/2015, *in verbis*:

*“11. A determinação endereçada ao Sesi/DN foi apenas no sentido de que orientasse as unidades regionais de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não estivesse compreendido em suas finalidades institucionais, com o intuito de prevenir a ocorrência de impropriedades semelhantes.*

[...]

*Resta para mim claro que as decisões não proíbem o exercício de atividade de prestação de serviços (atividade econômica), cobrando por tais serviços, mas desde que ligados às suas finalidades assistenciais e, assim, dispostos em favor das comunidades em que atua.”*

Ocorre, todavia, que o inobstante a interpretação literal do subitem 9.3 do acórdão 2917/2011 - TCU-Plenário seja que o SESI não está impedido de participar de licitações públicas ou firmar convênios e contratos com a Administração Pública desde que exerça atividades ligadas às suas finalidades assistenciais, as dúvidas permeiam a partir do momento que se conclui que o que se reprovou no caso concreto foi a atividade puramente comercial (atividade econômica pura), visando fundamentalmente o lucro, concorrendo diretamente no mercado com outras empresas comerciais e de prestação de serviços. Veja-se que, no caso concreto, a prestação de serviços seria realizada em favor de uma outra empresa que por eles diretamente pagaria. Nesse passo, é elucidativo o item 128 do Acórdão nº 1286/2015, *in verbis*:

*“128. Nessa licitação, inclusive, o Sesi competiu em igualdade de condições com empresas que almejam o lucro, oferecendo valores um pouco abaixo das demais propostas, mas em contexto de mercado (peça 1, p. 70-79). Agiu comercialmente, em detrimento das finalidades que o regem.”*

O cerne do caso concreto foi o fato do SESI estar desenvolvendo atividades fora de suas finalidades, mas observa-se que um dos pontos do acórdão foi o fato desta instituição ter participado em igualdade de condições com empresas que almejam o lucro. Ora, conforme dito alhures, estando a entidade prestando seus serviços dentro de suas finalidades, o fato dessa concorrer com outras empresas que almejam o lucro não poderia ser encarado como óbice para a sua participação em certames públicos.

Observa-se que o próprio Regulamento do SESI, ao tratar do meio para a consecução de seus fins, fixa a possibilidade de contratos com o Poder Público, *in verbis*:

*Art. 8º Para a consecução dos seus fins, incumbe ao SESI:*

*[...] c) estabelecer convênios, contratos e acordos com órgãos públicos profissionais e particulares.*

Dessa forma, pelo trecho transcrito no dispositivo acima se pode chegar à conclusão de que o Regulamento permitiu a realização de contratos de prestação de serviços com o Poder Público. Por outro lado, a questão possui interpretação controvertida, vez que ante as peculiaridades de tais entidades e a proibição de se auferir lucro, o supracitado artigo pode ser interpretado como uma atecnia, onde o legislador a bem da verdade se excedeu ao inserir o termo “contrato”, quando na verdade apenas caberia “convênio” ou “ajuste”. E se o fez com a intenção de permitir a realização de instrumento contratual mesmo, pode ter feito apenas, para aduelas hipóteses, onde o preço do serviço seria apenas o custo operacional, sem qualquer margem para aferimento de lucro.

Ao arrematar a questão, verbera-se a existência de contradição do Ministro ao mencionar que seria uma hipótese diferente se o SESI tivesse firmado convênio ou contrato para prestação de serviço assistência aos empregados da ECT. Veja-se:

*“[...]Com efeito, sem embargo da sua capacidade de estabelecer contratos e convênios com vistas à obtenção de rendas para a consecução de seus fins, vê-se que, no caso presente, a contratação tem por finalidade suprir uma necessidade emanada pela entidade patronal, no caso a ECT, e não a de seus trabalhadores propriamente ditos. Uma situação diferente, como mesmo aponta a Secex/SC, seria a assinatura de contrato ou convênio, entre as partes tendo por finalidade a prestação-assistencial aos empregados da ECT, já que estes integram as categorias*

*abrangidas pelas ações sociais do Sesi. Por essas razões, tenho por pertinente o encaminhamento de determinação ao Departamento Nacional do Sesi para que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais. [...]"*

Isso porque, à primeira vista, pode aparentar que o Ministro Relator mudou diametralmente seu posicionamento, passando a permitir que o SESI participe das licitações que atendam aos seus fins. E até pode ser dado esse entendimento, mas desde que acompanhado de outros pontos, fulcrais para a análise.

Rememora-se, nesta, oportunidade, que restou pacífica a impossibilidade do SESI e do SENAI buscarem ou direcionarem a sua atuação com vistas à busca pelo lucro.

Esse é exato tocante que torna aparente a contradição exposta Pelo Eminentíssimo Ministro José Jorge, no segundo trecho transcrito, onde ele permite a participação em certames que atendam aos seus fins. A interpretação sistêmica, condensada na análise dos dispositivos do Regulamento/Regimento do SESI e SENAI, respectivamente; em conjunto com os posicionamentos delineados pelo TCU, permitem concluir que: 1) ao SESI e SENAI resta vedada a atuação em certames licitatórios da Administração Pública, posto que foge à sua finalidade assistencial, uma vez que estaria presente, o lucro, característica basilar da atividade mercantil; 2) na remota hipótese de se cogitar a participação de ambos em procedimentos licitatórios, a sua atuação somente poderia ser restrita à oferta de preços que repetissem única e exclusivamente o custo operacional do serviços, não podendo restar nenhuma margem de LUCRO.

Dessa forma, conclui-se que o assunto merece estudo mais aprofundado e debate. Permitir a participação dessas entidades em licitações pública tendo como fundamento o fato dessas cumprirem as suas finalidades não é suficiente, vez que acaba por fugir à sua finalidade assistencial, uma vez que estaria presente o lucro, característica basilar da atividade mercantil e na remota hipótese de se cogitar a participação em procedimentos licitatórios, a sua atuação somente poderia ser restrita às atividades cuja finalidade seja eminentemente assistencial, limitando-se, ainda, a uma oferta de preços que reflitam única e exclusivamente o custo operacional dos serviços, não podendo restar nenhuma margem de lucro.

## 12.5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo a participação das entidades que compõem o Sistema S, em especial o SESI e o SENAI em licitações públicas. Aparentemente o tema parece de simples discussão e facilmente concluído, entretanto, após análise pormenorizada sobre o assunto, conclui-se pela existência de diversas nuances que devem ser estudadas e aprofundadas por aqueles profissionais que trabalham no âmbito dessas entidades.

Através de uma interpretação literal ao Acórdão, em seu item 9.3, conclui-se que tais entidades devem abster-se de participarem de licitações públicas, cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais.

Além do que, como demonstrado no decorrer deste trabalho, a licitação se trata de um procedimento de contratação pública onde todos aqueles que cumpram os requisitos estabelecidos no edital podem participar em igualdade de condições, motivo pelo qual, excluir as entidades que compõem o Sistema S dessa competitividade seria ferir a livre concorrência.

Ocorre, todavia, que por outro lado, é sabido que tais entidades não podem objetivar o lucro ante o caráter assistencial que possuem. Assim, fugiria à sua finalidade assistencial, uma vez que ao participar de procedimentos licitatórios em igualdade de condições com outras empresas mercantis, estaria presente o lucro, característica basilar da atividade mercantil, motivo pelo qual a remota hipótese de se cogitar a participação de ambos em procedimentos licitatórios, a sua atuação somente poderia ser restrita às atividades cuja finalidade seja eminentemente assistencial, limitando-se, ainda, a uma oferta de preços que reflitam única e exclusivamente o custo operacional dos serviços, não podendo restar nenhuma margem de LUCRO.

Por esse viés, poderia se caracterizar como desvio de finalidade, a participação de tais instituições em certames, sem que o objeto seja restrito às atividades cuja finalidade seja eminentemente assistencial e, para o que se adequarem no quesito objeto, forem remetidas propostas que não representem exclusivamente o custo operacional.

Por fim, o tem, ora, abordado merece aprofundamento para que seja firmado um entendimento único, vez que hodiernamente, diante dos argumentos supracitados, existem posicionamentos controversos.

## 12.6 BIBLIOGRAFIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Parecer elaborado ao SESI. São Paulo, 2005.

GALVÃO, Ilmar. Parecer elaborado ao SESI e SENAI. Brasília, [s.d.], p. 18.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 20 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito, Curso de Direito Tributário. Editora Malheiros, 23ª edição, São Paulo, 2008.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6.ª edição. Editora Impetus, Niterói, RJ, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. A Terceirização e o Direito do Trabalho, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.89.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, “Outras entidades” e os serviços sociais autônomos”, in Revista de Direito do Estado , vol. 1 : 137 - 153 JUSTEN FILHO, Marçal - “Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, Saraiva, 2006.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**13 - UMA REFLEXÃO SOBRE  
REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E O SESI**

**Regiane Ataide Costa**

**Departamento Nacional**



## 13.1 INTRODUÇÃO

A Reabilitação Profissional é um serviço do INSS que tem o objetivo de oferecer aos segurados incapacitados para o trabalho, por motivo de doença ou acidente, os meios de reeducação ou readaptação profissional para o seu retorno ao mercado de trabalho.

Esse serviço é obrigatório para os segurados e, na medida das possibilidades da Previdência Social, é prestados também aos seus dependentes e pessoas com deficiência. Não há carência para sua concessão.

O objetivo deste trabalho é abordar as principais características da Reabilitação Profissional - não será abordada a Habilitação Profissional - e a oportunidade de atuação para o SESI, diante das vantagens que a aplicação eficiente desse serviço poderá propiciar às empresas, bem como seus reflexos (por exemplo, FAP, SAT/RAT e Ações Regressivas).

## 13.2 SEGURIDADE SOCIAL

O artigo 194, da Constituição Federal, estabelece que a “*seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*”.

O doutrinador Sérgio Pinto Martins<sup>1</sup> define a Seguridade Social, *in verbis*:

*O Direito da Seguridade Social é o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de provar as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.*

---

<sup>1</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Em suma, a Seguridade Social é um gênero do qual são espécies a Previdência Social (artigo 201, da CF/88<sup>2</sup>), a Assistência Social (artigo 203, *caput*, incisos I a V, da CF/88<sup>3</sup>) e a Saúde (artigo 196, da CF/88<sup>4</sup>), sendo que estas duas últimas espécies independem de contribuição enquanto a primeira tem caráter contributivo.

Nesse contexto, necessário esclarecer que a Reabilitação Profissional é um serviço da Previdência Social, de caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes, independente de carência para sua concessão (artigos 18, III, “c”<sup>5</sup> c/c 26, V<sup>6</sup> c/c 90<sup>7</sup>, da Lei 8.213/91<sup>v</sup>).

---

<sup>2</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (...)

<sup>3</sup> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

<sup>4</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>5</sup> Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: (...)

III - quanto ao segurado e dependente:

a) (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional. (...)

<sup>6</sup> Art. 26. Independe de carência a concessão das seguintes prestações: (...)

V - reabilitação profissional. (...)

<sup>7</sup> Art. 90. A prestação de que trata o artigo anterior é devida em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes.

## 13.3 REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

### 13.3.1 CONTEXTO HISTÓRICO

Os primeiros vestígios da reabilitação profissional, historicamente, aparece com a Primeira Guerra Mundial, pois, em razão da falta de mão de obra, houve a necessidade de utilizar-se da mão de obra de militares incapacitados ou com alguma deficiência. Segundo Boccolini, a distribuição de pequenas tarefas teve como finalidade “*mantê-los ocupados, evitando assim uma ‘decomposição mental’*”<sup>8</sup>.

Posteriormente, a Organização Internacional do Trabalho - OIT publicou documento e reconheceu a necessidade de auxílio aos inválidos de guerra como forma de garantir-lhes emprego e sustento próprio, a saber: **a.** em 1921 publicou documentos sobre a obrigatoriedade de emprego para inválidos de guerra (*The Compulsory Employment of Disable Man*); **b.** em 1923, reconheceu a obrigação do Estado em auxiliar os inválidos de guerra para que alcançassem seu próprio sustento, através da reabilitação profissional; **c.** em 1925, estendeu esse reconhecimento à reabilitação profissional aos acidentados do trabalho. Contudo, a crise econômica e o desemprego em massa, em 1930, deixou a reabilitação profissional para segundo plano.

Em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, Sr. Willian Henry Beveridge, mais conhecido como Lord Beveridge, apresentou, ao Parlamento Britânico, o relatório do denominado Plano Beveridge - o *Report on Social Insurance and Allied Services* (Seguro Social e Serviço afins), tendo por “*objetivo a proteção social do berço ao túmulo ... tratou sobre a reabilitação profissional ‘o estabelecimento de serviços racionais de saúde, de reabilitação e de manutenção dos empregos, considerando que evitar o desemprego em massa é condição necessária ao êxito do seguro social’*”<sup>9</sup>.

Diante disso, o Brasil publicou o Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944, que tratava da Reforma da Lei do Acidentes de Trabalho, trouxe um capítulo dedicado à “Adaptação Profissional e do Reaproveitamento do Empregado Acidentado”, onde estabeleceu que a “*readaptação profissional, que é devida a todo incapacitado do trabalho, tem por objeto restituir-lhe, no todo ou em parte a capacidade na primitiva profissão ou em outra compatível com as suas novas condições físicas*” (artigo 90).

<sup>8</sup> BOCCOLINI, Fernando, *Reabilitação Profissional*. In: *Curso de medicina do trabalho*. São Paulo: Fundacentro, 1979, p. 1.239.

<sup>9</sup> ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: Obrigação do Empregador ou da Previdência Social?* São Paulo: Ltr, 2016, p. 39.

Atualmente, a Reabilitação Profissional está prevista na Constituição Federal, na Lei 8.213/91, no Decreto 3.048/99 e na IN INSS/PRES 77/2015.

### 13.3.2 DIFERENÇA ENTRE HABILITAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Wladimir Novaes Martinez<sup>10</sup>, ao diferenciar “habilitação” de “reabilitação” profissional, o faz da seguinte forma:

*A primeira (habilitação) é a preparação do inapto para exercer atividades, em decorrência da incapacidade física adquirida ou deficiência hereditária. A segunda (reabilitação) pressupõe a pessoa ter tido aptidão e tê-la perdida por motivo de enfermidade ou acidente. Tecnicamente o deficiente não é reabilitado e, sim, habilitado.*

*Ambas têm por meta a educação ou a reeducação e a adaptação ou a readaptação, conforme o caso, se o indivíduo for incapaz ou deficiente, para poder participar do mercado de trabalho e da vida social. O fato de as duas hipóteses compreenderem também o viver na sociedade amplia demasiadamente o alcance dos serviços sociais da Previdência Social, tornando-os difusos.*

E prossegue observando que:

*A incapacidade laboral é um gênero que compreende várias inaptidões para o trabalho: a) acidente propriamente dito; b) doença profissional; c) doença do trabalho; d) doença comum ou acidente de qualquer natureza ou causa.*

*Todas elas podem deflagrar indisposição para o trabalho parcial ou total e provisória ou permanente. Deflagram também a deficiência, inaptidão caracterizada por duração normalmente contínua.*

*Juridicamente, não é fácil à medicina do trabalho distinguir a deficiência da incapacidade porque, do ponto de vista do Direito Previdenciário,*

---

<sup>10</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social - Tomo II*. 8ª edição. São Paulo: Editora LTr, p. 519.

*o que importa é a habilitação para trabalhar ou não. E, in casu, em virtude dos desdobramentos, a determinação do responsável pela eclosão da moléstia.*<sup>11</sup>

Conforme já esclarecido, em que pese a dificuldade da distinção entre deficiência e incapacidade, o presente trabalho tem por objeto a Reabilitação Profissional.

### 13.3.3 CONCEITO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

O doutrinador Ivan Kertzman<sup>12</sup> conceitua a Reabilitação Profissional como:

*serviço que visa a proporcionar aos beneficiários, incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho, em caráter obrigatório, independentemente de carência, (...) aos meios indicados para o reingresso no mercado de trabalho e no contexto em que vivem.*

André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho<sup>13</sup> ensinam:

*A habilitação e a reabilitação profissional são serviços da Previdência Social destinados aos beneficiários incapacitados para o trabalho, de forma total ou parcial. A habilitação está associada à educação e adaptação laborativa dos cidadãos que ainda não iniciaram a sua vida profissional ativa. Por sua vez, a reabilitação profissional é o serviço associado à reeducação e a readaptação do beneficiário incapacitado para o trabalho par ao seu retorno ao mercado.*

*(destaquei)*

Já para Sérgio Renato de Mello<sup>14</sup>:

*Tratam de normas que tencionam proporcionar aos beneficiários os meios físicos e abstratos necessários à (...) reabilitação profissional e*

<sup>11</sup> *Ibidem.* p. 530.

<sup>12</sup> KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 10ª. ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2013, p. 477.

<sup>13</sup> LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de Direito Previdenciário*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 511.

<sup>14</sup> MELLO, Sérgio Renato de. *Benefícios Previdenciários - Comentários à Lei n. 8.213/91*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 516.

*social. No campo profissional, estão direcionados à recuperação do exercício de atividade remunerada do beneficiário incapaz total ou parcialmente para o trabalho, (...), ao passe que, nos domínios do social, reclama que o segurado consiga uma participação social em níveis dignos, deixando a marginalidade do mercado de trabalho e, por consequência da vida e sociedade.*

Assim, a Reabilitação Profissional consiste no processo de reaprendizado, reorganização profissional, devendo ser avaliada não em relação à atividade anteriormente exercida, mas em relação às possibilidades de desenvolvimento de outra atividade que garanta a subsistência.

#### **13.3.4 LEGITIMADOS PARA A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL**

Nos termos do artigo 399, da IN INSS/PRES 77/2015, são legitimados, elegíveis para ser encaminhados para o programa de Reabilitação Profissional:

- I. o segurado em gozo de auxílio-doença, acidentário ou previdenciário;
- II. o segurado sem carência para a concessão de auxílio-doença previdenciário, incapaz para o trabalho;
- III. o segurado em gozo de aposentadoria por invalidez;
- IV. o segurado em gozo de aposentadoria especial, por tempo de contribuição ou idade que, em atividade laborativa, tenha reduzida sua capacidade funcional em decorrência de doença ou acidente de qualquer natureza ou causa;
- V. o dependente do segurado; e
- VI. as Pessoas com Deficiência - PcD.

Importante esclarecer que é obrigatório o atendimento pela Reabilitação Profissional aos beneficiários descritos nos incisos I a IV. Já o atendimento aos beneficiários relacionados nos incisos V e VI fica condicionado às possibilidades administrativas, técnicas, financeiras e às características locais (artigo 400, IN INSS/PRES 75/2015).

### 13.3.5 PROCESSO E PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

O objetivo da Reabilitação Profissional, para Frederico Amado<sup>15</sup>, é “proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho (...) os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vivem”.

Para tanto, o atendimento aos beneficiários será conduzido, preferencialmente, por equipe multiprofissional especializada em medicina, serviço social, psicologia, sociologia, fisioterapia, terapia ocupacional e outras afins ao processo. (artigo 137, §1º, do Decreto 3.048/99).

Essa equipe tem atribuição de execução de funções básicas e demais funções afins ao processo de Reabilitação Profissional (artigo 401, *caput*, incisos I a V, da IN INSS/PRES 77/2015), a saber:

- I. avaliação do potencial laborativo;
- II. orientação e acompanhamento do programa profissional;
- III. articulação com a comunidade, inclusive mediante celebração de convênio para reabilitação integral, restrita as pessoas que cumpriram os pressupostos de elegibilidade ao Programa de Reabilitação Profissional, com vistas ao reingresso no mercado de trabalho;
- IV. acompanhamento e pesquisa de fixação no mercado de trabalho; e
- V. certificar ou homologar o processo de Habilitação e Reabilitação Profissional.

Além dessas funções básicas, devem ser consideradas, também, as condições pessoais do beneficiário, conforme leciona Daniel Pulino<sup>16</sup>:

---

<sup>15</sup> AMADO, Frederico. *Legislação Previdenciária para concursos, Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos*. 4ª. ed. Salvador: 2016, p. 754.

<sup>16</sup> PULINO, Daniel. *A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Ltr, 2001, p. 127.

1 - escolaridade (isto é, sua mais ou menos completa formação escolar geral); 2 - formação e experiência profissional (ou seja, cursos específicos e a própria experiência de trabalho que possam ser aproveitadas para nova atividade); 3 - idade (de grande importância, na medida em que a reabilitação constitui um novo aprendizado); 4 - dificuldade do mercado de trabalho.

Os doutrinadores Jacqueline Michels Bilhalva<sup>17</sup> e Hélio Gustavo Alves<sup>18</sup>, respectivamente, acrescentam os itens: “5 - *vontade manifestada pelo reabilitando quanto a ser reabilitado para uma ou outra atividade, por ser ele um co-autor em todo o processo*” e “6 - *o reabilitando homoafetivo (gay, transexual etc)*”.

Além disso, a Reabilitação Profissional, sempre que possível, deve ser realizada na localidade do domicílio do beneficiário, ressalvadas as situações excepcionais em que este terá direito à reabilitação profissional fora dela, hipótese em que os encaminhamentos que motivaram deslocamento deve ser norteado pela verificação da menor distância de localidades de domicílio e reduzidos ao estritamente necessário (art. 137, §1º, parte final, do Decreto 3.048/99 c/c artigo 401, parágrafo único, da IN INSS/PRES 77/2015).

Mas não é só. Quando indispensáveis ao desenvolvimento do programa de Reabilitação Profissional, o INSS fornecerá aos beneficiários, inclusive aposentados, os seguintes recursos materiais (artigo 402, da IN INSS/PRES 77/2015):

- I. **órteses:** tecnologia assistiva para correção ou complementação de funcionalidade;
- II. **próteses:** tecnologia assistiva para substituição de membros ou parte destes;
- III. **outras tecnologias assistivas:** produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social;
- IV. **auxílio-transporte urbano, intermunicipal e interestadual:** que consiste no pagamento de despesas com o deslocamento do beneficiário de seu domicílio para atendimento na APS e para avaliações, cursos e/ou treinamentos em empresas e/ou instituições na comunidade;

---

<sup>17</sup> LAZZARI, João Batista; LUGON, João Carlos Castro. *Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 483.

<sup>18</sup> ALVES, Hélio Gustavo, *op. cit.*, p. 54.

V. **auxílio-alimentação:** que consiste no pagamento de despesas referentes aos gastos com alimentação (almoço ou jantar) aos beneficiários em programa profissional com duração de oito horas;

VI. **diárias:** que serão concedidas conforme o art. 171 do RPS;

VII. **implemento profissional:** recursos materiais necessários para o desenvolvimento da formação ou do treinamento profissional, compreendendo material didático, uniforme, instrumentos e equipamentos técnicos, inclusive os de proteção individual (EPI); e

VIII. **instrumento de trabalho:** recursos materiais necessários ao exercício de uma atividade laborativa, de acordo com o Programa de Habilitação/Reabilitação Profissional desenvolvido.

Contudo, o INSS não reembolsará as despesas realizadas com a aquisição de órteses ou próteses e outros recursos materiais não prescritos ou não autorizados por suas unidades de reabilitação profissional (artigo 137, §4º, do Decreto 3.048/99).

Importantes informar que, para o atendimento das pessoas elegíveis à reabilitação, poderão ser firmados convênios de cooperação técnico-financeira, contratos, acordos e parcerias, no âmbito da Reabilitação Profissional, com entidades públicas ou privadas de comprovada idoneidade financeira e técnica, mas sempre monitoradas pela equipe de Reabilitação Profissional, nas seguintes modalidades:

I. atendimento e/ou avaliação nas áreas de fisioterapia, terapia ocupacional, psicologia, fonoaudiologia, e outros necessários ao processo de Reabilitação Profissional;

II. atendimento, preparação e treinamento para uso de próteses, órteses e demais tecnologias assistivas;

III. melhoria da escolaridade, com alfabetização e elevação do grau de escolaridade;

IV. avaliação e treinamento profissional;

V. capacitação e profissionalização com vistas ao reingresso no mercado de trabalho;

VI. desenvolvimento de cursos profissionalizantes;

- VII. disponibilização de áreas e equipamentos para instituições/ entidades/órgãos com atendimento prioritário à clientela da Reabilitação Profissional;
- VIII. estágios curriculares e extracurriculares para alunos em formação;
- IX. fiscalização do cumprimento da reserva de vagas; e
- X. homologação do processo de reabilitação e/ou readaptação profissional.

A programação profissional será desenvolvida mediante cursos e/ou treinamentos, na comunidade, por meio de contratos, acordos e convênios com instituições e empresas públicas ou privadas. O treinamento do reabilitando, quando realizado em empresa, não estabelece qualquer vínculo empregatício ou funcional entre o reabilitando e a empresa, bem como entre estes e o INSS, sendo que o pagamento do benefício nesse período continua sendo realizado pelo INSS.

Além disso, o artigo 101, da Lei 8.213/91, estabelece que o segurado em gozo de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e o pensionista inválido estão **obrigados**, sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado, e tratamento dispensado gratuitamente, salvo se cirúrgico e transfusão de sangue, que são facultativos.

Se houver a solicitação de novo benefício por segurado que já tenha se submetido ao Programa de Reabilitação Profissional, o perito médico deverá, antes de indicar novo encaminhamento à Reabilitação Profissional, rever o processo anteriormente desenvolvido (artigo 403, da IN INSS/PRES 77/2015).

Concluído o processo de Reabilitação Profissional, o INSS emitirá certificado individual indicando a função para qual o reabilitando foi capacitado profissionalmente, sem prejuízo do exercício de outra para a qual se julgue capacitado.

Por fim, não constitui obrigação da Previdência Social a manutenção do segurado no mesmo emprego ou a sua colocação em outro para o qual foi reabilitado, cessando o processo de reabilitação profissional com a emissão do referido certificado.

### 13.3.6 OBRIGAÇÃO DO INSS PELA REABILITAÇÃO PROFISSIONAL

Conforme restou demonstrado, a Reabilitação Profissional é um serviço do INSS, devido em caráter obrigatório aos segurados, inclusive aposentados e, na medida das possibilidades do órgão da Previdência Social, aos seus dependentes e às Pessoas com Deficiência - PcD.

Assim, nos termos da legislação vigente, não restam dúvidas que a obrigação de prestar o serviço de Reabilitação Profissional é do INSS.

Contudo, o INSS vem se isentando da sua obrigação de dar o programa de Reabilitação Profissional e transferindo, indevidamente, esse ônus à empresa, com fundamento no artigo 93, da Lei 8.213/91, que assim dispõe:

*Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:*

<i>I - até 200 empregados.....</i>	<i>2%;</i>
<i>II - de 201 a 500.....</i>	<i>3%;</i>
<i>III - de 501 a 1.000.....</i>	<i>4%;</i>
<i>IV - de 1.001 em diante. ....</i>	<i>5%.</i>

*§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os,*

*quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)*

*§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)*

Dessa forma, do comando contido no *caput* do dispositivo, resta claro que a empresa com 100 ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários **reabilitados** ou pessoas portadoras de deficiência, **habilitadas**. Não há menção a reabilitandos ou habilitandos.

A obrigação de reabilitar e habilitar é do INSS, conforme, inclusive, consta no §2º do dispositivo citado (“*por beneficiários reabilitados da Previdência Social*” e não das empresas).

Nesse sentido, com muito acerto são os apontamentos da Cláudia Salles Vilela Vianna<sup>19</sup> sobre o tema:

*Inúmeros são os casos, no entanto, em que o INSS encaminha correspondência às empresas empregadoras (não conveniadas, não contratadas e sem qualquer ajuste ou acordo firmado) informando-as de que devem receber o empregado e proporcionar sua reabilitação para função diversa, apontando restrições que, inclusive, impossibilitam o trabalhador de permanecer na mesma função anterior. Confirmam-se os dois casos a seguir exemplificados. (...)*

*No primeiro exemplo o INSS ordena a uma determinada empresa (de transporte coletivo) que reabilite a empregada, cuja função anteriormente exercida era a de motorista de ônibus, para função totalmente diversa, chegando a informar que a ausência de vaga (nessa possível nova função) não pode ser considerada impedimento para a reabilitação.*

---

<sup>19</sup> VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Acidente do Trabalho Abordagem Completa e Atualizada*. São Paulo: LTr, 2015. p. 123 e 124.

*No segundo caso, também referente a uma empresa de transporte coletivo, o INSS solicita indicação de nova função para o trabalhador que exercia atividade como motorista, com restrição para atividades que desencadeiam crises nervosas.*

*Tais práticas são absolutamente ilegais, ferindo inclusive as disposições constantes na própria Instrução normativa do INSS (77/2015), já que:*

- a) durante a reabilitação o benefício de auxílio-doença deve ser mantido;*
- b) cabe ao próprio INSS promover (e coordenar) a reabilitação, encontrando a função adequada às restrições existentes, e não à empresa;*
- c) a empresa não é obrigada a encontrar e disponibilizar uma função diferente daquela inicialmente exercida pelo trabalhador;*
- d) a empresa não é obrigada a colaborar com a reabilitação, mas tão somente a contratar pessoas que já possuem o certificado emitido pelo INSS (de habilitação ou de reabilitação) nos termos do art. 93 da Lei n. 8.213/91;*
- e) se o INSS não possui a estrutura e o dinheiro necessário ao implemento do Programa, deve firmar convênio, parceria ou acordo com a empresa, antes de encaminhar o trabalhador, constando nesse documento as obrigações das partes. (...)*

*No entanto, não é possível ou lícito que, sob o argumento de falta de estrutura ou equipes multiprofissionais no RGPS, a obrigação seja transferida às empresas, em total e absoluta afronta às disposições legais e constitucionais vigentes. (...)*

*Ser reabilitado (...) é direito de todos os segurados do Regime Geral da Previdência Social, independentemente do porte econômico e estrutural de seu empregador e, até mesmo, de serem esses segurados empregados e registrados em alguma empresa, já que autônomos, empresários e até os contribuintes facultativos (que não trabalham) possuem a mesma proteção legal.*

*Por tal razão é que a legislação atribuiu a responsabilidade (e o custo) à Previdência Social e, como para o treinamento profissional (que é uma parte do Programa) é preciso a participação de empresas, possibilitou a celebração de convênios, contratos, acordos e parcerias junto a instituições públicas e privadas. Trata-se, pois, de uma possibilidade, e não de uma ordem.*

*Por mais recomendável que seja uma empresa participar desse processo, oferecendo estrutura, treinamento e custeando despesas, não se trata de uma obrigação legal, mas sim de uma faculdade, sem qualquer punição para os empreendimentos que não quiserem ou não puderem, por qualquer motivo, participar.*

*Os trabalhadores, por sua vez, e como já dito em exaustão, possuem direito a essa reabilitação nos moldes previstos pela legislação (e não como, infelizmente, tem sido praticada pelo INSS) e não somente podem, como devem, exigí-la na esfera administrativa ou judicial.*

Dessa forma, a obrigação do INSS é habilitar ou reabilitar o segurado, e na medida do possível o dependente e a pessoa com deficiência. Já a obrigação da empresa com 100 ou mais empregados é preencher os seus cargos com 2% a 5% de beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência habilitadas.

## 13.4 REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E O SESI

### 13.4.1 SESI: ESCOPO, METAS, FINALIDADE E OBJETIVO

O artigo 1º, do Decreto 57.375, de 2 de dezembro de 1965, que aprova o Regulamento do Serviço social da Indústria (SESI), dispõe que:

***Art. 1o O Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela Confederação Nacional da Indústria, a 1o de julho de 1946, consoante o Decreto-lei no 9.403, de 25 de junho do mesmo ano, tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida***

***no país, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito da solidariedade entre as classes.***

*§1º Na execução dessas finalidades, o Serviço Social da Indústria terá em vista, especialmente, providências no sentido da defesa dos salários reais do trabalhador (melhoria das condições da habitação, nutrição e higiene), a assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes das dificuldades de vida, as pesquisas sócio-econômicas e atividades educativas e culturais, visando à valorização do homem e aos incentivos à atividade produtora.*

***§2º O Serviço Social da Indústria dará desempenho às suas atribuições em cooperação com os serviços afins existentes no Ministério do Trabalho e Previdência Social fazendo-se a coordenação por intermédio do Gabinete do Ministro da referida Secretaria de Estado.***

Constituem metas essenciais do SESI “a valorização da pessoa do trabalhador e a promoção de seu bem-estar social” (artigo 3º, do Decreto 57.375/65<sup>20</sup>).

Além disso, “constitui finalidade geral do SESI: auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos de existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)” (artigo 4º, do Decreto 57.375/65).

Com relação aos objetivos principais do SESI, o artigo 5º, do referido Decreto, elenca: **a)** alfabetização do trabalhador e seus dependentes; **b)** educação de base; **c)** educação para a economia; **d)** educação para a saúde (física, mental e emocional); **e)** educação familiar; **f)** educação moral e cívica; **g)** educação comunitária.

Importante ressaltar, que em toda e qualquer atividade, o SESI dará realce ao processo educativo como meio de valorização da pessoa do trabalhador.

Por fim, o artigo 8º, do Decreto, estabelece que incumbe ao SESI, para consecução dos seus fins, *in verbis*:

<sup>20</sup> **Art. 3º** Constituem metas essenciais do SESI:

a) a valorização da pessoa do trabalhador e a promoção de seu bem-estar social;  
b) o desenvolvimento do espírito de solidariedade;  
c) a elevação da produtividade industrial e atividades assemelhadas;  
d) a melhoria geral do padrão de vida.

- a) organizar os serviços sociais adequados às necessidades e possibilidades locais, regionais e nacionais;
- b) utilizar os recursos educativos e assistenciais existentes, tanto públicos, como particulares;
- c) estabelecer convênios, contratos e acordos com órgãos públicos, profissionais e particulares;
- d) promover quaisquer modalidades de cursos e atividades especializadas de serviço social;
- e) conceder bolsas de estudo, no país e no estrangeiro, ao seu pessoal técnico, para formação e aperfeiçoamento;
- f) contratar técnicos, dentro e fora do território nacional, quando necessários ao desenvolvimento e aperfeiçoamento de seus serviços;
- g) participar de congressos técnicos relacionados com suas finalidades;
- h) realizar, direta ou indiretamente, no interesse do desenvolvimento econômico-social do país, estudos e pesquisas sobre as circunstâncias vivenciais dos seus usuários, sobre a eficiência da produção individual e coletiva, sobre aspectos ligados à vida do trabalhador e sobre as condições sócio-econômicas das comunidades;
- i) servir-se dos recursos audiovisuais e dos instrumentos de formação da opinião pública, para interpretar e realizar a sua obra educativa e divulgar os princípios, métodos e técnicas de serviço social.

### **13.4.2 REABILITAÇÃO PROFISSIONAL: OPORTUNIDADES DE ATUAÇÃO PARA O SESI**

O artigo 317, do Decreto 3.048/99, estabelece que:

*Art. 317. Nos casos de impossibilidade de instalação de órgão ou setor próprio competente do Instituto Nacional do Seguro Social, assim como de efetiva incapacidade física ou técnica de implementação das atividades e atendimento adequado à clientela da previdência social, as unidades executivas de reabilitação profissional poderão solicitar a*

***celebração de convênios, contratos ou acordos com entidades públicas ou privadas de comprovada idoneidade financeira e técnica, ou seu credenciamento, para prestação de serviço, por delegação ou simples cooperação técnica, sob coordenação e supervisão dos órgãos competentes do Instituto Nacional do Seguro Social.***

Necessário esclarecer que a prestação de serviços da entidade que mantém convênio, contrato, credenciamento ou acordo com o INSS não cria qualquer vínculo empregatício entre este e o prestador de serviço.

No âmbito da Reabilitação Profissional, a IN INSS/PRES 77/2015, em seu artigo 404, elenca, expressamente, as modalidades que poderão ser firmados os referido convênios de cooperação técnico-financeira, contratos, acordos e parcerias, conforme previsto no artigo 317 citado, e monitoradas pela equipe de Reabilitação Profissional, a saber:

- I. atendimento e/ou avaliação nas áreas de fisioterapia, terapia ocupacional, psicologia, fonoaudiologia, e outros necessários ao processo de Reabilitação Profissional;
- II. atendimento, preparação e treinamento para uso de próteses, órteses e demais tecnologias assistivas;
- III. melhoria da escolaridade, com alfabetização e elevação do grau de escolaridade;
- IV. avaliação e treinamento profissional;
- V. capacitação e profissionalização com vistas ao reingresso no mercado de trabalho;
- VI. desenvolvimento de cursos profissionalizantes;
- VII. disponibilização de áreas e equipamentos para instituições/ entidades/órgãos com atendimento prioritário à clientela da Reabilitação Profissional;
- VIII. estágios curriculares e extracurriculares para alunos em formação;
- IX. fiscalização do cumprimento da reserva de vagas; e
- X. homologação do processo de reabilitação e/ou readaptação profissional.

Importante registrar, que o INSS poderá ainda colaborar para a complementação das instalações e equipamentos de entidades de habilitação e reabilitação profissional, com as quais mantenha convênio, ou fornecer outros recursos materiais para a melhoria do padrão de atendimento aos beneficiários.

Do cotejo entre essas modalidades com o escopo, metas, finalidades e objetivos do SESI, conforme fundamentado no tópico anterior, constata-se que **o SESI tem oportunidades de atuação no âmbito da Reabilitação Profissional, pois, dentro de seus limites, interesses e conveniências, poderá:**

**A) Firmar Convênios, Contratos, Credenciamentos e Acordos com o INSS:**

Neste caso o SESI poderá atuar, dentro de seus limites, interesses e conveniências, no programa de Reabilitação Profissional propriamente dito.

**B) Criar Produtos e/ou Serviços para Oferecer à Indústria:**

Neste caso o SESI poderá criar programa de disseminação, gestão e acompanhamento de vantagens alcançadas em razão da utilização do serviço de Reabilitação Profissional.

Isso porque a empresa ou o sindicato, devidamente legalizado, poderá, mediante convênio, encarregar-se, relativamente a seu empregado ou associado e respectivo dependente, de processar requerimento de benefício, preparando-o e instruindo-o de maneira a ser despachado pela Previdência Social (artigo 113, do Decreto 3.048/99).

Assim, a empresa poderá protocolar requerimento de auxílio-doença ou documento dele originário de seu empregado e, neste caso, a empresa terá acesso às decisões administrativa a ele relativas.

Nesse contexto, poderá acompanhar e gerir se, no caso concreto, o empregado é elegível para a o serviço de Reabilitação Profissional, otimizando, por exemplo, a sua recuperação para o trabalho (valorização da pessoa humana), inclusive evitando a consolidação de quadro mais grave, e reduzindo custos diretos e indiretos de seu afastamento, em razão do tempo de afastamento (quanto maior o tempo de afastamento, maior é o custo para a Previdência Social).

A vantagem dessa gestão, por exemplo, reflete no índice do Fator Acidentário de Prevenção - FAP (aqui não se adentra nas discussões jurídicas de inconstitucionalidade, ilegalidades e irregularidades do FAP), criado, em suma, para flexibilizar as alíquotas do Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT, também denominado de Risco Ambiental do Trabalho - RAT, onde a

gravidade e o custo (valor gasto pelo INSS) com os benefícios compõem a regra de cálculo do FAP, cujo índice poderá reduzir em até 50% ou aumentar em até 100% o SAT/RAT<sup>21</sup>.

Logo, se a Reabilitação Profissional reduzir o tempo de incapacidade para o trabalho e a consolidação de um agravamento da doença (por exemplo, com o fornecimento de órtese ou prótese), haverá reflexo positivo no cálculo do FAP e, por conseguinte, do SAT/RAT.

Outra vantagem na utilização e gestão do serviço de Reabilitação Profissional diz respeito às Ações Regressivas ajuizadas pela União para recuperar gastos do INSS, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva (artigo 120, da Lei 8.213/91).

Isso porque, a União vem aumentando o número de Ações Regressivas Coletivas (em um só pedido cobra vários benefícios) para recuperar gastos do INSS com acidentes de trabalho em que haveria culpa comprovada dos empregadores<sup>22</sup>.

As defesas dessas ações limitam-se, em regra, a alegar que as empresas já pagam o SAT ao INSS, justamente para indenizações em caso de acidentes, o que configuraria o *bis in idem*; não haver culpa e colaboração da empresa para o acidente. Contudo, a tese do *bis in idem* tem restado vencida, por entender que o SAT não se prestaria para tal fim.

Entretanto, por tudo já visto sobre a Reabilitação Profissional, se este serviço fosse prestado pela Previdência Social de forma efetiva, haveria redução drástica do tempo de afastamento do segurado e, por conseguinte, do custo despendido.

Não raro, há situações que o segurado fica por anos a receber o benefício sem a devida prestação de serviço pela Previdência Social, por exemplo, em um caso de incapacidade que o fornecimento de uma órtese ou prótese tornaria apto o segurado em 6 meses. Porém, em razão de a Previdência Social não prestar a Reabilitação Profissional de forma efetiva ao segurado, este ficou afastado por 5 anos. Neste caso, é justo e razoável que a União cobre em Ação Regressiva o custo do afastamento ao longo dos 5 anos? Que a empresa seja prejudicada e onerada com a inércia, omissão, negligência e/ou imprudência da Previdência Social que não prestou o serviço de Reabilitação Profissional de forma efetiva e em tempo?

---

<sup>21</sup> Lei 10.666/2003 - Art. 10. A alíquota de contribuição de um, dois ou três por cento, destinada ao financiamento do benefício de aposentadoria especial ou daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, poderá ser reduzida, em até cinquenta por cento, ou aumentada, em até cem por cento, conforme dispuser o regulamento, em razão do desempenho da empresa em relação à respectiva atividade econômica, apurado em conformidade com os resultados obtidos a partir dos índices de frequência, gravidade e custo, calculados segundo metodologia aprovada pelo Conselho Nacional de Previdência Social.

Observação: essa alíquota incide sobre a folha de pagamento da empresa.

<sup>22</sup> <http://alfonsin.com.br/unio-ajuiza-aes-coletivas-para-recuperar-gastos-do-inss/> - em 11/08/2016.

Com o serviço de gestão e acompanhamento a empresa poderá, preventivamente, requerer junto ao INSS a prestação do serviço de Reabilitação Profissional de forma eficiente, pois já que a ela caberá o ônus na hipótese de Ação Regressiva, tem o direito de gerir o afastamento, de modo a prestigiar o princípio da pessoa humana e do bem estar do trabalhador, porém, de formar a reduzir o tempo e o custo do afastamento, inclusive, se for o caso, com o fornecimento de acompanhamento de profissionais da área de saúde e assistência jurídica.

Além disso, poderá utilizar em eventual Ação Regressiva, como fundamento de defesa, que não pode ser cobrada frente a inércia, omissão, negligência e/ou imprudência da Previdência Social que não prestou o serviço que é de sua responsabilidade - Reabilitação Profissional - de forma efetiva.

Esses são alguns exemplos das vantagens e benefícios que a utilização eficiente do serviço de Reabilitação Profissional poderá proporcionar às indústrias.

## 13.5 CONCLUSÃO

O serviço de Reabilitação Profissional, apesar de pouco disseminado, é de grande relevância para as empresas, frente aos reflexos que sua utilização de forma eficiente e efetiva pode proporcionar.

Contudo, atualmente, quando a Previdência Social transfere a sua obrigação de dar a Reabilitação Profissional para a empresa, acarreta prejuízos para: **i.** o trabalhador, que não recebe o atendimento adequado, tendo seu emprego e capacitação profissional marginalizados; **ii.** o Poder Público, tendo em vista que perpetua a cultura de benefícios permanentes, onerando os cofres públicos; **iii.** a empresa, pois os reflexos do custo e agravamento da não reabilitação reflete na empresa (FAT, SAT/RAT, ação regressiva etc) e em razão de sofrer a imposição da Previdência Social em arcar com ônus de reabilitar, o que vai de encontro com a legislação vigente.

Assim, no momento que a Previdência Social tem por objetivo fazer revisão, através de perícias médicas, dos benefícios concedidos há mais de 2 anos, o serviço de Reabilitação Profissional ganha papel de importância nesse processo de transição, entre o início do processo de “alta do INSS” até que seja considerado reabilitado para o desempenho d atividade que lhe garanta a subsistência.

Dessa forma, necessário se faz utilizar de forma eficiente e efetiva o serviço da Reabilitação Profissional, frente às vantagens que pode proporcionar, em especial às empresas, bem como representa uma oportunidade para atuação do SESI.

Além disso, o escopo da Reabilitação Profissional vai ao encontro com o do SESI, apresentando uma oportunidade de atuação em prol das empresas do setor industrial, da sociedade e da dignidade e bem estar do trabalhador da indústria.

### 13.6 BIBLIOGRAFIA

ALVES, Hélio Gustavo. *Habilitação e Reabilitação Profissional: Obrigação do Empregador ou da Previdência Social?* São Paulo: Ltr, 2016, p. 39.

AMADO, Frederico. *Legislação Previdenciária para concursos, Doutrina, Jurisprudência e Questões de Concursos*. 4ª. ed. Salvador: 2016, p. 754.

BOCCOLINI, Fernando, *Reabilitação Profissional*. In: *Curso de medicina do trabalho*. São Paulo: Fundacentro, 1979, p. 1.239.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 10ª. ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2013, p. 477.

LAZZARI, João Batista; LUGON, João Carlos Castro. *Curso Modular de Direito Previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 483.

LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de Direito Previdenciário*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 511.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social - Tomo II*. 8ª edição. São Paulo: Editora LTr, p. 519.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Sérgio Renato de. *Benefícios Previdenciários - Comentários à Lei n. 8.213/91*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 516.



PULINO, Daniel. A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro. São Paulo: Ltr, 2001, p. 127.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. Acidente do Trabalho Abordagem Completa e Atualizada. São Paulo: LTr, 2015. p. 123 e 124.

**<http://alfonsin.com.br/unio-ajuiza-aes-coletivas-para-recuperar-gastos-do-inss/>** - em 11/08/2016.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**14 - A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE - MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL  
DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**Tácio Cheab Ribeiro**

**Departamento Regional da Bahia**



## 14.1 INTRODUÇÃO

A teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, assim como o fenômeno da mutação constitucional, assumiram grande relevância em razão da decisão exarada no dia 20 de março de 2014, pelo Supremo Tribunal Federal - STF, nos autos da Reclamação Constitucional - RCL nº 4335/AC. A matéria versada dizia respeito à possibilidade do juiz de direito proferir decisão em desacordo com decisão já prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista a redação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, que define a competência do Senado Federal para “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”<sup>1</sup>.

Urge destacar que a Constituição Federal de 1988, mormente por força do modelo misto de controle de constitucionalidade adotado, terminou por fortalecer o controle concentrado realizado pelo STF. A ampliação dos legitimados, assim como do objeto das ações específicas desta forma de controle, além da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF e da Ação de Declaratório de Constitucionalidade - ADC, aumentou o protagonismo do Supremo Tribunal na aplicação da jurisdição constitucional, acarretando conflitos com os demais Poderes, a exemplo do que ocorreu com a proposta de mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da CF/88, analisada através da citada Reclamação Constitucional.

Não obstante, é fato que vem sendo aplicada no âmbito da jurisdição constitucional a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista o que ocorre com as súmulas vinculantes e com a mutação constitucional de alguns dispositivos. Tal fenômeno culminou com a discussão travada no plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da eventual mutação sofrida pelo artigo em referência.

A abstrativização dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, almeja aproximar os efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso, quando no concentrado, atribuindo efeito vinculante não só ao dispositivo da sentença, mas também aos fundamentos determinantes da decisão.

Tal discussão perpassa por inúmeras variáveis que podem afetar a própria estrutura constitucional vigente, pois não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da natureza do ato praticado pelo Senado, sendo para alguns um ato vinculado, ou seja, um dever jurídico-constitucional, ao passo em que para outros se revela como ato meramente discricionário.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015

Defendem alguns doutrinadores, a exemplo do Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>2</sup>, que em razão da nova ordem constitucional, onde há grande atuação do STF e o fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade, a participação do Senado Federal, em que pese esculpida na própria CF/88, representa conduta anacrônica e contraditória. Esta corrente busca aproximar as decisões do STF ao *stare decisis da supreme court* dos Estados Unidos da América.

O *stare decisis* quer dizer que os precedentes do Tribunal Superior ou da Corte Constitucional são vinculantes para todos os juízes e tribunais. Há, portanto, uma supervalorização dos precedentes, em respeito à busca pela segurança jurídica, necessária para regular as relações sociais.

Corroborando o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, Fredie Didier<sup>3</sup> assim se manifestou sobre o tema:

*No Brasil, há algumas hipóteses em que os precedentes têm força vinculante - é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante: (i) a “súmula vinculante” em matéria constitucional, editada pelo Supremo Tribunal Federal na forma do art. 103-A, da Constituição Federal, e da Lei Federal 11.417/2006, tem eficácia vinculante em relação ao próprio STF, a todos os demais órgãos jurisdicionais do país e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal; [...] (ii) o entendimento consolidado na súmula de cada um dos tribunais tem força vinculante em relação ao próprio tribunal; (iii) em função da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade, pensamos que os precedentes oriundos do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em matéria de controle difuso de constitucionalidade, ainda que não submetidos ao procedimento de consolidação em súmula vinculante, têm força vinculante em relação ao próprio STF e a todos os demais órgãos jurisdicionais do país; (iv) decisão que fixa a tese para os recursos extraordinários ou especiais repetitivos (arts. 543-B e 543-C, CPC).*

---

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação Constitucional nº 4335/AC. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 22/10/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em 26/01/2015.

<sup>3</sup> DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011, p. 393.

Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup> afirma que “*não há como conciliar a técnica de seleção de casos com a ausência de efeito vinculante, já que isso seria o mesmo que supor que a Suprema Corte se prestaria a selecionar questões constitucionais caracterizadas pela relevância e pela transcendência e, ainda sim, permitir que pudessem ser tratadas de formas diferentes pelos diversos tribunais e juízos inferiores*”.

Porém, é preciso verificar se a aplicação da teoria da abstrativização não coloca em cheque, dentre outros valores e princípios, a teoria da divisão dos poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos, que foi idealizada para afastar governos absolutistas. É fundamental estabelecer a autonomia e os limites de cada Poder. Deste modo, se criou a ideia de que só um poder controla o outro.

Foi com lastro na teoria da divisão dos poderes que o Ministro Joaquim Barbosa divergiu do voto do Ministro Relator da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, Gilmar Mendes, alegando que não poderia o STF, por conta do ativismo judicial, deturpar o quanto explicitado no texto constitucional. Para o Ministro, o Senado Federal vem desempenhando regularmente suas funções, nos termos do Art. 52, X, da CF/88, e, para massificar o seu entendimento, levou ao conhecimento da Corte várias ocasiões em que o Senado conferiu efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo Tribunal.

O STF julgou procedente multicitada Reclamação, por sua maioria, não obstante a divergência de fundamentação dos votos. Para os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau as decisões do Supremo, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade, devem possuir efeitos *erga omnes* e vinculante, e ainda, cabendo apenas ao Senado Federal a tarefa de dar publicidade à decisão daquela Corte, isso por força da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. Já os demais ministros não aderiram a tal tese, de modo que, para estes, as decisões exaradas quando do controle difuso continuam a produzir efeitos *inter partes*, cabendo ao Senado a competência para estender seus efeitos.

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 475.

## 14.2 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Para uma melhor percepção da evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil, forçoso é apresentar os modelos aqui adotados, considerando a evolução das nossas constituições.

A Carta Imperial de 1824, diga-se, a primeira constituição do Brasil, não estabeleceu qualquer tratamento para a jurisdição constitucional, pois prevalecia a soberania do Parlamento e do Poder Moderador.

Já sob a égide da Constituição de 1891 foi iniciada a jurisdição constitucional no Brasil, através da disciplina do controle difuso, cujas bases foram trazidas da experiência norte-americana. Desta forma extinguiu-se o Poder Moderador.

A Carta Constitucional 1934 manteve o modelo de controle difuso, porém, com modificações naturais do processo evolutivo da jurisdição constitucional, merecendo destaque, pois, (i) a fixação de quórum especial - maioria absoluta - para as deliberações de inconstitucionalidade, (ii) a participação do Senado Federal para aumentar os efeitos das decisões e (iii) a criação da representação interventiva de iniciativa do Procurador Geral da República.

A Constituição Polaca de 1937 alterou a realidade da jurisdição constitucional até então experimentada no país, concentrando tal atuação nas mãos do chefe do Poder Executivo Federal. O seu art. 96, em especial no seu parágrafo único, firmou a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo para, não concordando com a declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo Poder Judiciário, poder submeter a matéria à reapreciação pelo Parlamento. Deste modo, poderia, por decisão de dois terços, invalidar a declaração de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1946, por sua vez, pode ser definida através da análise realizada por Zeno Veloso<sup>5</sup>, o qual afirmou que *“a Constituição de 1946 ateve-se em linhas gerais, ao modelo estabelecido pela Carta de 1934, mantendo as inovações que a mesma havia trazido. Nosso sistema de controle continuou sendo o difuso, incidenter tantum, mas a ideia da instituição de um controle abstrato era semente há muito lançada e estava a ponto de germinar e desabrochar”*.

---

<sup>5</sup> VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2ª edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2000, p.33.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 16/65, restou instituído o controle concentrado de constitucionalidade, especificamente de atos normativos federais e estaduais, o que se dava através da representação genérica de constitucionalidade endereçada ao Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade era do Procurador-Geral da República. Tal premissa também foi outorgada aos Estados, que poderiam estabelecer o controle de constitucionalidade de atos normativos municipais por afronta à Constituição Estadual, sendo a competência para apreciação dos feitos dos Tribunais de Justiça.

Em 1967, não obstante a promulgação de uma nova Constituição, foram mantidas as bases da jurisdição constitucional outrora firmada pela Constituição anterior, contudo fora suprimida a competência dos Estados para criação da representação de inconstitucionalidade.

Essa Constituição sofreu algumas alterações que merecem destaque, sendo a primeira a Emenda Constitucional nº 01/69 e a segunda a 07/77. A inicial trouxe à tona a possibilidade dos Estados instituírem as representações de inconstitucionalidade, enquanto a posterior criou a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal, e ainda, a possibilidade de concessão de medida cautelar nas representações genéricas de inconstitucionalidade.

No ano de 1988 foi promulgada a atual Constituição do Brasil, que manteve o modelo misto de controle de constitucionalidade anteriormente adotado, ou seja, preservou-se o controle difuso e o concentrado, merecendo destaque o seu art. 103<sup>6</sup>, que terminou por ampliar o rol de legitimados para a propositura das ações diretas, aumentando, assim, a efetividade da jurisdição constitucional.

A nova realidade constitucional também criou a inconstitucionalidade por omissão, vide §2º do art. 103, assim como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, estatuída no §1º deste mesmo artigo. De igual sorte, reestabeleceu a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988*. In <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015

### 14.3 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE TUTELADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONTROLE DIFUSO E CONTROLE CONCENTRADO

A CF/88 consagrou o sistema misto de controle de constitucionalidade no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, ou seja, possibilitou a nossa Carta Magna a coexistência de dois métodos de controle de constitucionalidade, quais sejam: difuso-incidental e concentrado-principal.

No controle difuso a inconstitucionalidade da norma é verificada pelo Poder Judiciário através de casos concretos. Trata-se, em verdade, de questão prejudicial de mérito, ou seja, para o deslinde da questão é necessário verificar antes a constitucionalidade da norma. O objeto principal da ação, no caso, não é a constitucionalidade ou não da norma, mas, ao revés, a relação jurídica eventualmente existente entre as partes envolvidas.

O controle difuso-incidental nos dizeres do professor Dirley da Cunha Júnior<sup>7</sup> “*pode ser exercido por qualquer juiz ou tribunal com competência para processar a causa*”. Em relação aos órgãos colegiados, a Constituição Federal, art. 97<sup>8</sup>, estabelece que a inconstitucionalidade apenas poderá ser declarada por voto da sua maioria absoluta. Tal exigência é conhecida como reserva de plenário.

Os efeitos da decisão, quando verificada a inconstitucionalidade na via difusa, são *ex tunc*, ou seja, retroativos, e *inter partes*, visto que só produzem efeitos em relação às partes envolvidas no processo. Para terceiros a lei ou ato normativo continua válido, com força vinculante e obrigatória. Contudo, o Supremo vem fixando entendimento sobre a possibilidade da modulação da eficácia temporal mesmo em sede de controle difuso e, assim, atribuindo efeito tanto *ex nunc* quanto *pro futuro* (ou *prospectivos*) à decisão.

Não obstante, sendo a matéria versada através de recurso extraordinário, cuja competência é do STF, e sendo a norma declarada inconstitucional, tal decisão poderá, por força do art. 52, X, da CF/88, ter seus efeitos ampliados.

O controle concentrado-principal, por sua vez, apenas pode ser exercício pelo Supremo Tribunal Federal, a quem compete a fiscalização abstrata das leis ou atos normativos em face da Constituição Federal. Aqui os mecanismos postos à disposição para a provocação da

<sup>7</sup> Junior, Dirley da Cunha. *Controle de Constitucionalidade - Teoria e Prática*. 5ª edição. Ed. Podvim. Salvador: 2011. Pag. 157.

<sup>8</sup> BRASIL. *Constituição* (1988). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF*, 5 out. 1988. In <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015

Suprema Corte são as ações diretas, as quais dispõem de legitimados específicos, vide art. 103 da CF/88, e tem como questão principal a própria verificação da constitucionalidade do dispositivo normativo questionado.

A decisão prolatada neste sistema gera efeitos *erga omnes*, ou seja, atinge a todos, e vinculante os demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo produzir efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, de acordo com modulação do STF.

#### 14.4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com as constantes evoluções da legislação que tratada da jurisdição constitucional, em especial o controle de constitucionalidade, e ainda, ante o ativismo do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que o arcabouço jurídico vigente no Brasil termina por aproximar o controle difuso do controle concentrado de constitucionalidade, especialmente em relação aos efeitos buscados quando da prolação das sentenças que cuidaram da análise da constitucionalidade das normas.

A teoria da abstrativização nada mais é do que a situação onde o Poder Judiciário, sob o prisma do controle concreto de constitucionalidade, busca conferir à decisão proferida eficácia *erga omnes* ao invés de *inter partes*.

Atualmente, mormente por força da Emenda Constitucional 45/04<sup>9</sup>, dois institutos demonstram a aplicação da teoria da abstrativização, quais sejam: (i) a súmula vinculante e (ii) a repercussão geral exigida para a interposição de recurso extraordinário. Registre-se que outros regramentos também representam a aplicação desta teoria, a exemplo da atuação do Senado Federal e da transcendência dos efeitos das decisões prolatadas pelo STF em relação ao controle de constitucionalidade.

O primeiro instituto encontra disciplina no art. 103-A da CF/88. Como assegura o próprio dispositivo, a súmula vinculante goza de efeitos *erga omnes*, portanto, ao Supremo é outorgada a prerrogativa de estabelecer uma orientação jurisprudencial que passará a ter eficácia geral e vinculante.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Emenda Constitucional 45/04. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31/12/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

Imperioso é ressaltar que, quando do controle difuso, a regra é que a decisão apenas produza efeitos *inter partes*, não obstante, não é isso que se verifica no caso das súmulas vinculantes, que dispõem de eficácia *erga omnes*.

Ainda por força da EC nº 45/04, tornou-se obrigatória a comprovação da repercussão geral como juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. A comprovação de que a matéria a ser verificada representa interesse não apenas das partes envolvidas, mas, ao revés, interesse de parte significativa da sociedade e com representatividade da matéria, tornou-se condição *sine qua non* para a apreciação da demanda, como estabelece o art. 102 da CF/88.

Passando, portanto, o dispositivo a impor a comprovação de que o caso disponha de tema que transcenda os interesses subjetivos das partes do processo, é de se concluir que há a abstrativização do controle de constitucionalidade.

No âmbito jurisprudencial não é diferente o entendimento e a aplicação da teoria. Em alguns julgados o próprio Supremo Tribunal já asseverou que a decisão prolatada no controle difuso teria eficácia *erga omnes* (Processo Adm. Nº 318.715/03 e RE 376.852/03).

Nesse mesmo sentido, doutrinadores defendem que o Recurso Extraordinário, após a inserção do instituto da repercussão geral, deixou de ser instrumento do controle difuso apenas, passando a servir, também, ao controle abstrato<sup>10</sup>.

Registre-se, desde já, que apesar da manifestação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que se repetiu no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, tal tese não prevaleceu no STF, pois, com esteio na doutrina e jurisprudência clássica, a eficácia *erga omnes* apenas tona-se possível com a publicação de resolução pelo Senado Federal, nos termos do inciso X, do art. 52, da CF/88.

Não obstante, os defensores da teoria da abstrativização asseguram a ocorrência da mutação constitucional do citado regramento, tornando-se, deste modo, desnecessária a atuação do Senado para imposição de eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões prolatadas em sede de controle difuso pelo STF.

Como mencionado no início deste trabalho, a evolução do constitucionalismo e os constantes movimentos constitucionais, buscam adequar o direito constitucional a realidade do momento em que se localiza. A Mutação Constitucional, portanto, significa a mudança de sentido de alguma norma constitucional vigente, sem atingir o seu texto.

---

<sup>10</sup> DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. V. III. 10 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

No tocante à mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, a quebra de paradigmas esta no reposicionamento do Supremo Tribunal, ante a nova realidade da jurisdição constitucional, assim como do Senado Federal.

Entrementes, a teoria da mutação constitucional apresenta algumas barreiras para a sua aplicação, pois o próprio texto da norma não deve, *a priori*, ser ultrapassado. Tal violação pode representar conduta eivada de inconstitucionalidade, assim como o sentido que se busca dar à norma.

Deste modo, considerando a essência da teoria da abstrativização estar-se-ia a atribuir efetividade *erga omnes* e vinculante às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal, mesmo no controle difuso de constitucionalidade, o que os doutrinadores denominam como transcendência dos motivos determinantes. Tudo isso, no entanto, sem a edição da resolução do Senado Federal prevista no art. 52, X, da CF/88.

A transcendência dos motivos determinantes, a princípio adotada apenas para os julgamentos proferidos nos casos de controle concentrado de constitucionalidade, tem sido utilizada também em sede de controle difuso, refletindo a tendência da abstrativização. Tal teoria defende, dentre outras premissas, os princípios da força normativa da Constituição, da economia e celeridade processuais.

Como dito nas linhas pretéritas, a Constituição Federal de 1988 acabou por fortalecer o sistema de controle concentrado, trazendo ao nosso ordenamento inúmeros mecanismos para viabilizar a efetividade desta jurisdição constitucional. Tais alterações, como ensina Uadi Lammego Bulos<sup>11</sup>, retratam a importância dada pelo constituinte ao Supremo Tribunal, de moda a aquilatá-lo a um Tribunal Constitucional, à similaridade do sistema adotado na Alemanha.

Por tudo, revela-se sedutora a compreensão de que ordenamento jurídico vigente terminou por conferir natureza objetiva ao sistema de controle difuso. A lista de mecanismos que indicam tal tendência é vasta: (i) a repercussão geral do recurso extraordinário, (ii) súmula vinculante, (iii) relativização da reserva de plenário e (iv) a aplicação analógica do artigo 27 da Lei 9,868/99.

É importante assinalar que o posicionamento sobre a tese de mutação constitucional encontra resistência, tanto na doutrina, como também entre os próprios Ministros da Corte Suprema.

---

<sup>11</sup> BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012. Pag 203.

## 14.5 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL Nº 4335/AC

O ponto focal da citada Reclamação versou sobre a possibilidade de juízo de piso decidir de forma contrária à manifestações já exaradas pelo Supremo Tribunal, ainda que em sede de controle difuso. No caso, um magistrado do Estado do Acre, em processo posto à sua apreciação, manifestou-se de forma contrária ao entendimento firmado pela Suprema Corte no julgamento do Habeas Corpus nº 82959/SP, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, relator da Reclamação em voga, posicionou-se pela aplicabilidade da teoria da abstrativização do controle difuso, com enfoque na mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. Para o Ministro, a atuação do Senado Federal se dá apenas de forma subsidiária à atuação do Supremo Tribunal Federal, cabendo a este a tarefa de dar publicidade à decisão exarada pelo Supremo.

Não obstante a tese encampada pelo Ministro Relator, duas outras foram suscitadas durante o julgamento da Reclamação. Defenderam os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau a aplicação do efeito vinculante às decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, e ainda, a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. De outro lado, os Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski se manifestaram no sentido de que apenas o Senado Federal pode conferir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade prolatadas pelo Supremo quando do controle difuso, de modo que não há falar em mutação constitucional. Por fim, sustentou o Ministro Teori Zavascki, seguido dos Ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello, que houve, em verdade, violação da Súmula Vinculante 26, de maneira que não se faz necessário verificar a ocorrência da mutação constitucional sugerida pelo Ministro Relator.

Registre-se que, ao final, apesar de terem os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki se manifestado pelo conhecimento e procedência da Reclamação, a tese que preponderou foi a do Ministro Teori Zavascki, em voto-vista. Como dito acima, a sua compreensão foi de que decisão reclamada estava em contradição com a Súmula Vinculante nº 26 Supremo Tribunal.

Deste modo, é possível verificar que, apesar da tese levada ao Plenário pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, o Supremo não a acompanhou, e, ao revés, reconheceu a competência do Senado Federal definida na CF/88.

Sustentando a tese da transcendência dos motivos determinantes, assim como da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, em seu voto condutor o Ministro Gilmar Mendes destacou que a manifestação de inconstitucionalidade no controle difuso parece debilitar a intervenção do Senado Federal, de modo que passa o Supremo a assumir uma posição que parte da doutrina atribuía, anteriormente, ao Senado Federal.

Após destacar alguns julgados do próprio Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes apontou que, na prática, a própria dispensa do encaminhamento de matéria constitucional ao Pleno do Supremo, quando já existente manifestação a respeito, demonstra a evolução do sistema de controle de constitucionalidade, pois permite a equiparação dos efeitos das decisões emanadas nas demandas judiciais inerentes ao controle concentrado e difuso.

Partindo desta premissa, o Ministro aponta a necessidade de uma reanálise do papel do Senado Federal, notadamente em relação ao controle de constitucionalidade, pois, segundo ele, o constituinte buscou reforçar o controle concentrado das normas, ampliando os legitimados deste sistema. Por consequência, houve redução da importância do controle difuso. Deste modo, o foco passou a ser não mais o controle difuso, mais, sim, o concentrado.

A compreensão de Gilmar Mendes é de que o legislador buscou conferir amplos efeitos às decisões prolatadas pelo Supremo, mesmo em sede de controle difuso de constitucionalidade. Após relatar alguns casos, asseverou que o Supremo vem adotando uma postura significativamente ousada, pois impõe o efeito vinculante também aos fundamentos determinantes - teoria da transcendência dos motivos determinantes, e não só à parte dispositiva.

Ainda em seus argumentos, desta feita tratando expressamente da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, apontou que nas decisões exaradas em ações coletivas, a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal revela-se inútil, pois a este cabe apenas a tarefa de conferir publicidade à decisão.

O Ministro Eros Roberto Grau, quando do seu voto, realizou a contextualização do tema, verificando o seu momento histórico para que pudesse daí realizar a interpretação do dispositivo. Apontou que o Relator, Ministro Gilmar Mendes, estaria buscando uma adequação no que diz respeito aos efeitos das decisões do Supremo Tribunal, especialmente no âmbito do difuso.

Assim, entendeu, também, pela ocorrência da mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, atribuindo ao Senado Federal a função de apenas dar publicidade às decisões do Supremo, pois, em sua compreensão, as decisões da Corte já apresentam força normativa suficiente para promover a sustação da norma declarada inconstitucional.

Apesar dos argumentos lançados pelos Ministros acima citados, esta não foi a tese que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, em que pese tenha sido a Reclamação julgada procedente. Em outros termos, a Suprema Corte não convalidou a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88. Prevaleceu *in casu* os argumentos do Ministro Teori Zavascki, segundo o qual a decisão reclamada estava em contradição com o enunciado nº 26 da Súmula Vinculante do Supremo.

## 14.6 PERSPECTIVAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com o advento da Lei nº 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil - NCPC, a teoria da abstrativização ganha sobrevida, tendo em vista que este novel diploma normativo privilegia o sistema de precedentes, tal qual os efeitos defendidos pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito das ações de controle difuso de constitucionalidade no STF.

O art. 926 do NCPC estabelece um sistema de precedentes e a obrigação, para os tribunais, de uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente.

Já o art. 927 impõe aos juízes e tribunais a observância das decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O IRDR e a assunção de competência garante também aos tribunais estaduais e aos tribunais regionais federais contribuir na fixação das teses jurídicas tanto em processo com possibilidade de repetição das demandas, como em processos que, a despeito da inexistência do risco imediato de repetição de demandas, possuam questões jurídicas, econômicas ou sociais relevantes.

Este arcabouço, que caminhamos para um sistema jurídico mais isonômico e para um ambiente de maior segurança jurídica, parece favorecer a teoria da abstrativização do controle difuso perante o STF.

## 14.7 CONCLUSÃO

Diante dos precedentes citados no decorrer deste trabalho, é de se notar que o STF vem ao longo do tempo tentando firmar a sua posição de guardião da Constituição Federal, deixando, assim, de atuar como tribunal recursal para assumir o *status* de Corte Constitucional.

Não obstante, é preciso que tal movimentação seja vista com cautela, vez que, não pode a Corte arvorar-se em atuações “heroicas” e esquecer o que diz aquele diploma normativo ao qual deve reverência, que é a Constituição Federal.

Neste trilho, revela-se, *a prima facie*, temerária a teoria da abstrativização do controle difuso, em que pese, como citado no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes no âmbito da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, existam vários precedentes na corte a respeito do tema. Admitir, portanto, que o Supremo conceda efeitos *erga omnes* e vinculante pela via de controle difuso, representa os seguintes riscos: (i) perda da efetividade do Controle Concentrado, (ii) transformação do Supremo Tribunal Federal em poder constituinte permanente e (iii) colocar em risco o sistema de Separação dos Poderes, ante a usurpação de competência do Poder Legislativo.

A CF/88 privilegiou o sistema misto de controle de constitucionalidade, cada um com suas peculiaridades e mazelas, as quais devem coexistir. A incidência de um não pode se sobrepor ao outro.

Assim, muito embora o atual constitucionalismo tenha evoluído no sentido de flexibilizar a rigidez da constituição para que esta sofra mutações, ocorre que não pode o Supremo se valer dessas premissas para subverter a realidade da jurisdição constitucional. Apesar de todo o esforço, tal atuação do Corte Suprema deve ser analisada caso a caso, observando-se para tanto a relevância do tema e a sua repercussão social, como já ocorre atualmente naquele tribunal.

A teoria da abstrativização, tomando como premissa o controle concentrado, haja vista o efeito *erga omnes* e vinculante de suas decisões, por outro lado, represente a efetividade da jurisdição constitucional, pois supriu a dificuldade da aplicação do sistema norte-americano nos países em que não se adotou o sistema da Common Law e, conseqüentemente, o *stare decisis*.

Daí porque há a tendência legislativa, doutrinária e jurisprudencial no sentido de um controle difuso abstrato de constitucionalidade, onde as decisões proferidas pela Corte Suprema sejam estendidas para aqueles que não fizeram parte da relação jurídico-processual, como meio de resguardar a Constituição, proporcionando a efetivação da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

Assim, a tendência da abstrativização do controle difuso no direito brasileiro é evidenciada por decisões do Supremo ao atribuir efeitos mais abrangentes aos seus julgados. Tal premissa, *mutatis mutandis*, pode ser extraída, também, no Novo CPC, que busca instituir um sistema jurídico mais isonômico e para um ambiente de maior segurança jurídica.

## 14.8 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação Constitucional nº 4335/AC. Relator: MENDES, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 22/10/2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acesso em: 26/01/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação nº 7358. Relatora: GRACIE, Ellen. Publicado no DJ de 24/02/2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623727>. Acesso em: 26/01/2015.

BRASIL. Emenda Constitucional 45/04. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31/12/2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm). Acesso em: 24 de janeiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 197.917. Relator: CORREIA, Maurício. Publicado no DJ de 07/05/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>. Acessado em 26/01/2015.

BULOS, Uadi Lammego. **Direito Constitucional ao alcance de todos**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. V. 2. 6ª ed. Salvador: Juspodvm, 2011.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. V. III.** 10 ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

Junior, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade - Teoria e Prática.** 5ª edição. Ed. Podvim. Salvador: 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** 2ª edição. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2000.



**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**15 - A MELANCÓLICA REALIDADE  
TRIBUTÁRIA BRASILEIRA**

**Thiago Duca Amoni**

**Departamento Regional de Minas Gerais**



## RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a caótica realidade do sistema tributário brasileiro, que, juntamente com outros fatores, por exemplo, elevados encargos trabalhistas, burocracia exacerbada e falta de transparência das instituições, fazem com que o país perca competitividade no cenário econômico mundial, perdendo investimentos sobremaneira relevantes para o desenvolvimento do país.

## ABSTRACT

This article aims to demonstrate the chaotic reality of the Brazilian tax system, which, along with other factors, for example, high labor costs, exacerbated bureaucracy and lack of transparency of the institutions, make the country lose competitiveness in the global economy, losing investments greatly relevant to the development of the country.

Palavras chave: sistema tributário - competitividade - obrigação acessória - investimento.

Keywords: tax system - competitiveness - ancillary obligation - investment.

## 15.1 INTRÓITO

Começo o presente artigo com uma simples indagação: qual o papel do Estado<sup>1</sup> brasileiro na ordem econômica? Conforme preceitos constitucionais, ao Estado incumbe zelar, dentre outras, pela livre iniciativa e a livre concorrência, atuando, regra geral, como regulador da atividade econômica, esta praticada pelos particulares no exercício das atividades empresariais<sup>2</sup>.

Observa-se que a Constituição de 1988 dispensou um Título inteiro para dispor sobre a “*Ordem Econômica e Financeira*”, dada a relevância do temário. Da leitura dos dispositivos legais<sup>3</sup> que tratam da matéria, resta claro que a atuação direta do Estado brasileiro na ordem econômica é de cunho residual, sendo indispensável apenas em casos relativos à segurança nacional ou ao relevante interesse público.

Isto, pois, não é papel do Estado, tampouco sua vocação, atuar na produção e circulação de riquezas, atividades estas próprias da classe empresarial. O “tempo” e o *modus operandi* do Estado é sobremaneira incompatível com as premissas do sistema capitalista. A atividade estatal é morosa e burocrática, pois calcada no princípio da legalidade, sob pena de responsabilização do agente público que não atender o *iter* previsto na legislação.

Desta feita, cabe ao Estado regular, atuando como fiscal e, sobretudo como fomentador, a atividade econômica praticada pelos particulares, garantindo ambiente favorável ao empresário, claro, dentro dos limites da moral, ética e bons costumes, para que o interesse público sempre se sobreponha aos interesses particulares.

<sup>1</sup> O Estado é instituto demasiado difícil de conceituar, sobretudo pelo seu caráter mutante ao longo do tempo histórico. Diversos autores de Teoria Geral do Estado consideram que os elementos do Estado Moderno são soberania, território e povo.

<sup>2</sup> Empresa, de acordo com Fábio Ulhôa Canto e renomada doutrina de Direito Empresarial, é: “Conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens e serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”.

<sup>3</sup> TÍTULO VII

Da Ordem Econômica e Financeira

CAPÍTULO

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

I

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (grifos nossos)

(...)

Contudo, como se verá no decorrer deste artigo, em que pese o papel do Estado esteja evidenciado no texto da Magna Carta, infelizmente, na prática diuturna, os agentes públicos enxergam a figura do empresário como *persona non grata*, inimigo da Administração, sonegador de tributos, não como produtor de riquezas e gerador de oportunidades, imputando-lhe diversas obrigações que, por conseguinte, reduzem a competitividade do país.

## 15.2 UM BREVE RELATO DO CENÁRIO BRASILEIRO

O atual cenário político-econômico pelo qual atravessa o país não é dos mais animadores. Recessão, baixos investimentos, inflação, crise no sistema energético, corrupção institucionalizada, instabilidade política são alguns dos problemas latentes, culminando na retração das atividades produtivas de inúmeros setores estratégicos da economia, sobretudo do setor industrial, provocando demissões massivas, suspensão de contratos de trabalho (*lay-off*)<sup>4</sup> e férias coletivas.

Para tentar driblar um possível agravamento da crise instalada e garantir o nível da arrecadação, através de receitas derivadas<sup>5</sup>, os entes políticos federados (União, Estados e Municípios)<sup>6</sup> estão promovendo reajustes fiscais, claro, sobrecarregando ainda mais o contribuinte.

No momento de fragilidade econômica hodierna, ao invés do setor público dialogar com o empresariado, buscando alternativas para o enfrentamento do período tormentoso, vira as costas para a iniciativa privada, arrojando ainda mais a carga tributária na busca de recursos, como se verá em tópico próprio.

Somado ao caos tributário, temos uma legislação trabalhista retrógrada com atuação paternalista da Justiça do Trabalho, alta burocracia para obtenção de licenças e alvarás, falta de transparência das instituições e principalmente a corrupção. Todos estes fatores fazem com que o país afaste investimentos, culminando no rebaixamento do Brasil por diversas agências de risco internacionais.<sup>7</sup>

Em recente estudo publicado pelo IMD<sup>8</sup> (*International Institute for Management Develop-*

<sup>4</sup> Expressão em inglês que significa suspensão temporária do contrato de trabalho.

<sup>5</sup> Para o Direito Financeiro, receitas originárias são aquelas obtidas com a exploração do patrimônio da Administração Pública, por meio da alienação de bens ou serviços, por exemplo, rendas do patrimônio imobiliário. Já as receitas derivadas são provenientes do poder de império estatal sobre o patrimônio dos administrados, obtidos mediante tributação.

<sup>6</sup> A Federação brasileira é a única no mundo que prevê a existência autônoma de três entes, União, Estados membros e Municípios, todos eles com competências tributárias próprias.

<sup>7</sup> Fitch, Moody's e Standard e Poor's.

<sup>8</sup> Uma das mais respeitadas escolas de empreendedorismo em nível mundial, localizada na Suíça.

ment) em parceria com a FDC (Fundação Dom Cabral), o Brasil ocupa o 57º lugar no ranking mundial de competitividade e atração de investimentos, em um universo de 61 (sessenta e um) países. Os dados são tão estarrecedores que estamos à frente apenas de Croácia, Ucrânia, Mongólia e Venezuela.

Para a elaboração do relatório alguns indicadores são levados em conta, como desempenho econômico, eficiência do governo, eficiência empresarial, infraestrutura, dentre outros. De certo que a situação na qual nos encontramos, nem de longe, reflete as potencialidades do Brasil.

Em decorrência desta conjuntura, diversas propostas legislativas<sup>9</sup> foram apresentadas no Congresso Nacional com vistas à reforma política e tributária, inclusive aventando-se a possibilidade de convocação de Assembleia Constituinte Derivada para discutir os sistemas político e tributário, que pressupõe, necessariamente, profunda reforma da Constituição e ainda, uma reforma federativa, sobretudo quanto à competência para instituir tributos.

Ainda, é patente que o modelo político-eleitoral pátrio passa por uma crise de legitimidade, o que reflete em descrédito da população, principalmente quanto ao Poder Legislativo, que, com exceção dos senadores, vale-se do sistema proporcional, mediante utilização do questionado quociente eleitoral<sup>10</sup>, método no qual nem sempre o candidato mais votado será detentor do cargo eletivo.

Temos ainda as polêmicas questões quanto aos financiamentos de campanha, filiação partidária, dentre tantas outras que permeiam as discussões sobre o sistema político brasileiro.

Além das mazelas políticas acima expostas, como dito alhures, ainda contamos com um sistema tributário altamente complexo e oneroso, tema central destas elucubrações.

---

<sup>9</sup> Um exemplo é a Proposta de Emenda Constitucional 104/2015.

<sup>10</sup> Método pelo qual se distribuem as cadeiras nas eleições proporcionais brasileiras (deputados federal e estadual e vereador).

## 15.3 O CAÓTICO SISTEMA TRIBUTÁRIO PÁTRIO

É de conhecimento geral que possuímos um sistema tributário altamente complexo e oneroso, que tende a beneficiar o abastado em detrimento ao hipossuficiente, colocando de lado os ditames da justiça fiscal.

Tributos indiretos, aqueles que oneram o consumo, são a tônica no nosso ordenamento jurídico, ferindo de morte o princípio da capacidade contributiva<sup>11</sup>. Além do mais, a própria estrutura federativa, composta por três entes autônomos tributantes (União, Estados e Municípios) prejudica a simplicidade sistêmica, já que infindáveis tributos podem ser instituídos<sup>12</sup>.

Apesar das bases tributárias brasileiras (consumo, renda e propriedade) serem as mesmas eleitas em países desenvolvidos ao redor do mundo, o modo de incidência das mesmas não guarda, em suas gêneses, a justiça como parâmetro.

Para que tenhamos um sistema tributário eficiente, os impostos diretos, aqueles que levam em conta o caráter pessoal do contribuinte, como a renda e o patrimônio, devem ter como característica primordial a progressividade<sup>13</sup>, respeitando a capacidade econômica e atendendo políticas de distribuição de renda. Já os impostos indiretos, aqueles incidentes sobre o consumo, devem possuir alíquotas seletivas e diferenciadas, de acordo com a essencialidade ou não de determinado produto.

A realidade brasileira, porém, está muito distante desse ideal de justiça tributária, já que a tributação sobre o consumo chega a quase 73% das receitas estatais (levando em conta a contribuições sociais), ao passo que a tributação sobre a renda e a propriedade compreende apenas 24% da arrecadação do Fisco (OLIVEIRA, 2010, p. 225-226).

Para elucidar a situação, conforme estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) a carga tributária brasileira alcançou, no ano de 2014, 36% (trinta e seis por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) do país.<sup>14</sup> A instituição ainda relata que desde a

---

<sup>11</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (grifos nossos)

(...)

<sup>12</sup> De acordo com o site <http://www.portaltributario.com.br/tributos.htm>, existem hoje no Brasil, 92 (noventa e duas) exações distintas.

<sup>13</sup> Característica dos impostos diretos que decorre da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária (quem ganha mais deve arcar com mais).

<sup>14</sup> <https://www.ibpt.com.br/noticia/2142/Carga-tributaria-brasileira-cresce-em-2014-apesar-da-crise>

promulgação da Constituição de 1988, mais de 320.000.000 (trezentos e vinte mil) normas tributárias foram editadas<sup>15</sup>.

É nesta conjuntura desordenada, instável e de questionável segurança jurídica que o Brasil está inserido. Enquanto o mundo busca redução de complexidades para atrair investimentos externos e aumentar a competitividade, nós estamos seguindo pelo caminho da burocracia e da obscuridade institucional, motivos pelos quais é totalmente inviável a colocação de mais exações a serem suportadas pelos contribuintes.

A Curva de Laffer<sup>16</sup> ilustra muito bem a realidade brasileira, já que aborda a elasticidade da arrecadação tributária em relação à carga tributária suportada pelos administrados. De maneira bem simplista, ela parte de 0% (zero por cento) de carga tributária para zero de receita, vai aumentando até um ponto máximo, e depois começa a cair até chegar a 100% (cem por cento) de carga tributária para novamente zero de receita.

Da análise da curva extrai-se que, até determinado ponto, a carga tributária resulta em receita para o Estado, chegando a um ponto máximo de saturação, onde a carga tributária imposta ao contribuinte é tão pesada, que a majoração das alíquotas dos tributos (ou a criação de novas exações) é insuficiente para produzir receita aos cofres públicos, pois inviabiliza a produção, aumentando a inadimplência e a sonegação.

Diante da escassez de recursos para provimento de serviços públicos básicos e manutenção do aparato estatal, em grande medida pela má alocação de verbas e corrupção engedrada, as Administrações Públicas de todas as instâncias, vêm recorrendo ao temerário caminho do aumento da carga tributária, sufocando de vez a classe empresarial.

Na esfera federal, até meados de 2016 diversas medidas importaram na majoração de tributos, como por exemplo, as alterações no IPI do chocolate, sorvetes<sup>17</sup> e bebidas alcoólicas, bem como a suspensão do referido imposto sobre os eletrônicos<sup>18</sup>, aumento das alíquotas IOF<sup>19</sup>, e a temida e sempre ventilada volta da CPMF.

Ainda, especificamente quanto às exações federais, temos as infundáveis discussões administrativas<sup>20</sup> que, por vezes deságuam no Judiciário, em relação à utilização de crédito de

---

<sup>15</sup> <https://www.ibpt.com.br/noticia/2272/Mais-de-700-normas-sao-editadas-diariamente-no-Brasil-desde-a-constituicao-de-88>

<sup>16</sup> Modelo popularizado por *Jude Wanniski* na década de 1970 dando o nome à curva após os trabalhos de *Arthur Laffer*.

<sup>17</sup> Decreto nº 8.656/16.

<sup>18</sup> Lei 13.241/16.

<sup>19</sup> Decreto 8.392.

<sup>20</sup> Discussões no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

PIS/COFINS e o conceito de crédito físico e crédito financeiro, além de complexos embates quanto a incidência de Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) no aproveitamento de ágio, Juros sobre Capital Próprio (JCP), *transfer pricing*, dentre outros conflitos, que por óbvio, em grande parte, são julgados pró Fisco.

Recentemente, em novembro de 2015, os líderes dos países componentes do G20<sup>21</sup> aprovaram 14 (catorze) relatórios elaborados pela OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) como resultado do programa BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Project*)<sup>22</sup>, programa este que pretende coibir os efeitos da competição fiscal a nível mundial.

Ficou claro que, caso o Brasil não amplie sua rede mundial de Acordos Anti-Dupla Tributação (ADTs) e promova substancial reforma em sua legislação pátria, o investimento de recursos no país estará seriamente comprometido, culminando, por óbvio, na redução de receita auferida pelo Fisco.

Romero J.S. Tavares, consultor da Confederação Nacional das Indústrias (CNI), em um de seus pareceres diagnosticou:

*O sistema brasileiro de tributação da renda de pessoas jurídicas (e de rendimentos auferidos pro não-residentes), porém, desincentiva o investimento produtivo nacional e estrangeiro e onera excessivamente o comércio internacional.*

(...)

*Ou seja, para coibir o potencial abuso de empresas estrangeiras quando o sistema internacional era mais vulnerável do que é hoje, o sistema brasileiro optou por onerar todos, isolando a Indústria nacional como um todo, deprimindo o crescimento econômico e punindo o trabalhador brasileiro.*

---

<sup>21</sup> Grupo formado por representantes das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia.

<sup>22</sup> Em português, Projeto Erosão da Base Tributária e Desvio de Lucros.

Outro caminho não resta senão a ampliação da rede de Tratados Internacionais e a adoção de normas tributárias internacionalmente praticadas por economias desenvolvidas, em detrimento a Lei nº 12.973/14<sup>23</sup>, sob pena de prejuízos incomensuráveis à indústria e à economia do país.

O consultor ainda faz a seguinte análise:

*O sistema brasileiro opera em situação diametralmente oposta à recomendada. Por termos normas inconsistentes em transfer pricing (principalmente em se tratando de intangíveis), por impor barreiras a importação de serviços, por manter uma rede limitada de Acordos de Dupla Tributação, e por, conseqüentemente, não se utilizar das melhores práticas administrativas internacionais (...) o Brasil de mantém distante das melhores etapas das cadeias globais.*

Quando passamos à análise da legislação tributária estadual, sobretudo em se tratando do ICMS, a complexidade ainda é a tônica. Por ser imposto de competência dos Estados federados, cada ente (vinte e sete no total)<sup>24</sup> é responsável por editar legislação própria no que tange ao imposto, gerando a famigerada “guerra fiscal”, que além de fulminar a arrecadação tributária, assola ainda mais o sistema com subsídios unilaterais, gerando complexidade e concorrência desleal entre as sociedades empresárias.

Tal realidade se revela, pois os Estados agem ao seu alvedrio, ignorando o texto constitucional que dispõe quanto a necessidade de quórum unânime do CONFAZ para concessão de qualquer benefício fiscal em matéria de ICMS.

Além do mais, a concessão destes benefícios fiscais geralmente vem atrelada à renúncia por parte do contribuinte dos créditos de ICMS gerados pela circulação de mercadorias em detrimento ao princípio constitucional da não-cumulatividade que garante (ou pelo menos deveria garantir) a neutralidade dos tributos ditos plurifásicos.

---

<sup>23</sup> Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, à Contribuição para o PIS/Pasep e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS.

<sup>24</sup> A federação brasileira é composta por 26 Estados autônomos mais o Distrito Federal.

Outras tantas nuances gravam o ICMS, como por exemplo, as inúmeras mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária tanto nas operações internas, quanto nas operações interestaduais, em relação as operações subsequentes a serem realizadas pelos contribuintes substituídos.

A finalidade do instituto é fundamentada no Princípio da Praticidade, posto à disposição do Fisco, que se vale de presunções e ficções jurídicas a fim de otimizar a fiscalização das operações sujeitas ao ICMS. Desta forma, o contribuinte substituto tributário, quando calcula o imposto a ser retido, na verdade, está antecipando o pagamento das operações subsequentes.

Com o advento da Emenda Constitucional 87/15, que começou a produzir efeitos no ano de 2016, alterou-se substancialmente a sistemática da cobrança do ICMS nas operações que destinem bens e serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto, localizado em outra unidade da Federação.

Antes da referida emenda, o ICMS era devido integralmente ao Estado de origem nas operações destinadas a consumidor final não contribuinte localizado em outra unidade da federação. Com a alteração do texto constitucional o ICMS será repartido<sup>25</sup> entre as unidades federadas que participem da operação, de forma que o Estado de origem terá direito ao imposto correspondente à alíquota interestadual. Já o Estado de destino terá direito ao imposto correspondente à diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual (DIFAL).

De maneira absurda, visando ampliar a abrangência das operações abarcadas pelo diferencial de alíquotas, o Convênio nº 93<sup>26</sup> pretendia estender a incidência do DIFAL para aqueles contribuintes optantes pelo Simples Nacional, cláusula que foi objeto de ADI ajuizada pela OAB, que resultou na decisão do STF suspendendo a cobrança do diferencial de alíquotas para empresas do Simples.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Artigo 99 do ADCT.

<sup>26</sup> Convênio do CONFAZ que disciplinou a incidência do diferencial de alíquotas no caso de operação interestadual para consumidor final não contribuinte

<sup>27</sup> A decisão no AgRg/RExt 833.106/GO, de relatoria do ministro Marco Aurélio, limitou o valor das multas de caráter tributário a 100% do valor da obrigação principal, sob afronta ao princípio do não confisco.

Nesta onda de maximização das receitas tributárias, por exemplo, Minas Gerais, de maneira inconstitucional, elevou as alíquotas de ICMS através da publicação do Decreto nº 46.859/15, ferindo de morte o princípio da estrita legalidade, que, conforme artigo 150, I, preleciona que apenas lei em sentido estrito pode exigir ou majorar tributos, salvo no caso daqueles ditos extrafiscais<sup>28</sup>, cuja majoração pode se dar por Decreto, já que sua finalidade precípua não é a arrecadação.

Ainda há forte tendência dos entes federados na majoração das alíquotas do Imposto de Transmissão Causa *Mortis* e Doação (ITCMD)<sup>29</sup>, inclusive com forte lobby junto ao Congresso Nacional para aprovação alíquotas superiores as já estabelecidas, alcançando patamares de 20% (vinte por cento).

Na seara municipal, a tendência de sufocamento do contribuinte mediante aumento da tributação não foge à regra, com a alteração da metodologia de cálculo do IPTU por parte da Fazenda, determinando o valor do metro quadrado ao seu bel prazer, gerando inúmeros embates judiciais. Isso sem mencionar os tormentosos conflitos de competência ensejados pelo Imposto Sobre Serviços (ISSQN) e não sanados pela Lei Complementar nº 116/03.

Desta feita, somada a complexidade sistêmica, temos um processo administrativo tributário parcial e obscuro, onde o título executivo que fundamenta a execução fiscal (CDA)<sup>30</sup> é constituído unilateralmente pelo ente político tributante, sem qualquer consentimento do contribuinte, que, ainda, no curso do processo tributário tem a ampla defesa e o contraditório mitigados<sup>31</sup>, sem contar que o voto de minerva nos processos administrativos sempre pertence ao Fisco.

<sup>28</sup> Art. 153. *Compete à União instituir impostos sobre:*

*I - importação de produtos estrangeiros;*

*II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;*

*III - renda e proventos de qualquer natureza;*

*IV - produtos industrializados;*

*V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;*

*VI - propriedade territorial rural;*

*VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.*

*§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V. (grifos nossos)*

Art. 177. *Constituem monopólio da União:*

*(...)*

*I - a alíquota da contribuição poderá ser:*

*a) diferenciada por produto ou uso;*

*b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b; (grifos nossos)*

*(...)*

<sup>29</sup> Resolução 9/92 do Senado Federal estipula que os Estados podem fixar a alíquota máxima de 8% para o ITCMD.

<sup>30</sup> Certidão de dívida ativa.

<sup>31</sup> Várias Delegacias Regionais de Julgamento (DRJ), vinculadas a Receita Federal do Brasil (RFB) privam os contribuintes de participas das sessões de julgamentos.

Em que pese à possibilidade das demandas tributárias serem debatidas no âmbito do Judiciário, os magistrados que ali estão são generalistas e, na maioria das vezes, não possuem conhecimento aprofundado quanto a matéria, culminando em decisões dissonantes e contraditórias, causando verdadeira insegurança jurídica, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que muda de posicionamento diuturnamente.

## 15.4 O PROBLEMA VAI MUITO ALÉM DA TRIBUTAÇÃO - AS INFINDÁVEIS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

O breve relato feito até o presente tópico, de maneira bem singela e sem substancial aprofundamento, afinal nosso espaço é assaz limitado por tratar-se apenas de um artigo jurídico, já seria suficiente para intrigar aquele leitor não familiarizado com o Direito Tributário.

Contudo, o nosso sistema tributário segue *ipsis litteris* o famoso dito popular de que “nada é tão ruim que não possa piorar”. Isso porque junto a instituição de quase uma centena de tributos distintos, vem atreladas ao cumprimento da obrigação principal de transferência pecuniária aos cofres públicos, um sem número de obrigações acessórias que, caso não satisfeitas a tempo e modo, ensejam multas milionárias<sup>32</sup>, transformando-se em verdadeira fonte de receita para a Fazenda Pública.

Renomada doutrina, encampada por Paulo de Barros Carvalho (2013), entende ser imprópria a classificação dos tributos quanto a sua modalidade de lançamento, já que o ato de lançar é norma individual e concreta realizado privativamente pela Administração, inexistindo, desta forma, lançamento por homologação (norma individual e concreta exarada pelo próprio contribuinte, porém não podendo ser designada de lançamento).

Outra parte da doutrina entende que o lançamento tributário é dividido em três espécies, classificação esta utilizada para fins metodológicos: (i) ofício; (ii) declaração; e (iii) homologação. A primeira modalidade está disciplinada no artigo 149 do Código Tributário Nacional e ocorre quando a própria Fazenda Pública apura, calcula e lança o *quantum* devido a título de tributo. Já o lançamento por declaração<sup>33</sup> tem colaboração do contribuinte, que informa a Administração o valor devido, e esta posteriormente efetua o lançamento.

---

<sup>32</sup> A decisão no AgRg/RExt 833.106/GO, de relatoria do ministro Marco Aurélio, limitou o valor das multas de caráter tributário a 100% do valor da obrigação principal, sob afronta ao princípio do não confisco.

<sup>33</sup> Art. 147 do CTN.

Ensina Sacha Calmon Navarro Coelho (2010. Pg. 686) que, nos casos de lançamento por homologação “Cabe ao contribuinte substituir a Administração na tarefa de aplicar *ex officio* a lei no caso concreto”. Assim, o contribuinte apura, calcula e paga o tributo, tendo o Fisco o prazo de 5 (cinco) anos, para homologar o pagamento, dando azo a extinção do crédito tributário

Trazendo a conceituação para o debate ora proposto neste artigo, a maioria esmagadora dos tributos atualmente instituídos são lançados por homologação, ou seja, cabe ao próprio contribuinte a apuração e o pagamento, dispendendo tempo e dinheiro, para aferição do *quantum debeat* devido aos cofres públicos. É o Poder Público transferindo ao particular atividades que lhe são próprias, onerando o empresário e responsabilizando-o com altas multas caso ocorra algum equívoco nas declarações.

Carlos Victor Muzzi Filho, em artigo intitulado “Direito Tributário: Regulação, neutralidade e custos de conformidade” é perfeito ao dissertar sobre os gastos periféricos oriundos da potestade estatal de tributar aos quais estão submetidos os empresários. O Princípio da Praticidade, já alhures mencionado, tão difundido na seara do Direito Tributário, tem sua abrangência restrita, pendendo muitas vezes, para o lado do Fisco, em detrimento ao contribuinte.

Ainda, para demonstrar o triste panorama, uma indústria que se instala no Brasil, ao produzir e circular mercadorias, além de arcar com a tributação pertinente a suas atividades, tem, conforme a legislação vigente, preencher as notas fiscais eletrônicas que acobertam seus produtos bem como cumprir diversas outras tantas obrigações tributárias. Aqui listaremos aquelas de maior relevância e impacto para a indústria:

*GIA: Guia de Informação e Apuração do ICMS;*

*SPED: Sistema Público de Escrituração Digital. Mais recentemente temos as figuras do SPED Fiscal, SPED Contábil e SPED Contribuições.*

*EFD: Escrituração Fiscal Digital;*

*DACON: Demonstrativo das Contribuições Sociais;*

*GEFIP: Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social.*

*GPS: Guia da Previdência Social;*

*SINTEGRA: Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços;*

*DCTF: - Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais;*

*DNF: Demonstrativo de Notas Fiscais;*

*PER/DCOMP: Pedido Eletrônico de Compensação, Restituição e Ressarcimento;*

*INSTRUÇÃO NORMATIVA 86 - Arquivos Digitais e Sistemas utilizados por pessoas jurídicas;*

Essas são apenas algumas obrigações acessórias genéricas previstas no nosso ordenamento jurídico de forma geral, excluindo aquelas empresas que optam pela tributação pelo Simples Nacional. Ademais, dependendo do setor da economia que atua determinada sociedade empresária este rol de obrigações acessórias pode se estender.

Recentemente, a implantação de mais uma obrigação instrumental tem assombrado, sobretudo, o setor industrial, e não pelo simples fato de estar-se criando mais um múnus a ser cumprido, mas, sobretudo pela nefasta pretensão do tão polêmico Livro de Registro de Controle e Produção do Estoque previsto no Ajuste SINIEF 02/09, conhecido como “Bloco K”.

O objetivo primevo do “Bloco K” é reunir informações acerca dos insumos que compõem o processo produtivo dos estabelecimentos industriais. É o contribuinte informando o Fisco sobre sua linha produtiva, colocando em risco, por exemplo, segredos industriais e fórmulas patenteadas. A polêmica é tamanha que foi publicado o Ajuste SINIEF 13/15<sup>34</sup> alterando o prazo inicial de vigência da obrigação.

Tampouco as micro e pequenas empresas que se enquadram no SIMPLES Nacional (que de simples só tem o nome) escapam da complexidade sistêmica, vez que o recolhimento do ICMS-Substituição Tributária se dá de modo apartado da guia única prevista pela Lei Complementar nº 123/06, e abrange inúmeras mercadorias.

---

<sup>34</sup> O texto normativo escalona a apresentação da obrigação para janeiro de 2017, janeiro de 2018 e janeiro de 2019 de acordo com o porte e o setor de atividade da empresa.

Ademais, o Ajuste SINIEF instituiu para as sociedades empresárias em comento a Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquota e Antecipação (DeSTDA)<sup>35</sup>, observando o disposto no §12 do artigo 26 da Lei Complementar nº 123/06<sup>36</sup> (Estatuto da Micro Empresa), incluído pela Lei Complementar nº 147/14.

Em 2009 a PWC publicou estudo informando que no Brasil seriam necessárias 2.600 (duas mil e seiscentas) horas/ano para apuração e pagamento de tributos. A Receita Federal do Brasil (RFB), de acordo com o site “Valor Econômico”<sup>37</sup>, contestou tais informações e junto com a FENACON (Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis) publicou outro estudo cujo estimativa para cálculo e pagamento de tributos no país seriam de 600 (seiscentas) horas/ano, número também longe da tão almejada simplificação sistêmica.

A elevada carga horária para cumprimento das obrigações acessórias vem atrelada a um alto custo com mobilização de mão-de-obra, terceirização de consultorias contábeis e, muitas vezes, elevado investimento em TI para elaboração de softwares e serviços de manutenção.

## 15.5 CONCLUSÃO

Empreender no Brasil é atividade árdua, sobretudo em meio ao caos político que se vivencia no país, assolado pela corrupção e falta de transparência institucional. O modelo de presidencialismo de coalizão faliu e o financiamento privado de campanha por grandes corporações, sobretudo as grandes empreiteiras, foi extirpado do ordenamento jurídico.<sup>38</sup>

Obviamente que a crise política apenas agravou um cenário que já era desordenado. Como mencionado brevemente neste artigo, o país peca em todos os quesitos: burocracia exacerbada, legislação trabalhista ultrapassada, morosidade em obtenções de licenças ambientais, e encargos tributários muito além do tolerável, o que contribui para que o risco Brasil, por óbvio, seja deveras alto frente ao potencial do país, possuidor de riquezas naturais e mercado consumidor.

<sup>35</sup> Sistema Nacional de Informações Econômicas e Fiscais.

<sup>36</sup> Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

(...)  
§12. As informações a serem prestadas relativas ao ICMS devido na forma prevista nas alíneas a, g e h do inciso XIII do § 1o do art. 13 serão fornecidas por meio de aplicativo único.

<sup>37</sup> Reportagem publicada no site <http://www.valor.com.br/legislacao/4628065/muito-alem-das-horas>

<sup>38</sup> Abordamos sempre em nossos artigos a realidade pouco competitiva do Brasil, como por exemplo, no artigo publicado na Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, intitulado “Distinção entre elisão e evasão fiscal - critérios para a realização de um planejamento tributário lícito e não abusivo”

Na tentativa de superar crise político-econômica atual, agravada pelos recursos públicos desviados, um movimento de aumento da carga tributária e da imposição cada vez maior de obrigações acessórias ao administrado vem sendo encampado pelo Poder Público, em todas suas esferas.

É cristalino que tais fatores acabam por desincentivar a atividade produtiva, além de encorajar a informalidade e planejamentos tributários dos mais esdrúxulos. Em momentos passados, medidas emergenciais foram tomadas na tentativa desesperada driblar a complexidade do sistema tributário brasileiro, como a edição da desastrosa lei de desoneração da folha de pagamento<sup>39</sup>.

Há a premente necessidade de profunda reforma na ordem tributária brasileira que, a nosso sentir passa por uma reforma da estrutura federativa, efetivando de uma vez por todas os ditames da justiça tributária, desonerando o sujeito passivo da obrigação tributária e facilitando a apuração dos tributos, incentivando novos negócios, investimentos, geração de emprego, circulação de riquezas e, conseqüentemente, o aumento da arrecadação fiscal.

A unilateral e simplista alternativa de majoração/instituição de tributos eleva significativamente os custos das empresas, reduzindo a capacidade competitiva da indústria nacional, acelerando o processo de desindustrialização que já vem assombrando o país. Ainda há tempo para o Poder Público se mobilizar e tornar o ambiente negocial do país realmente atrativo ao investimento.

## 15.6 BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012;

AMONI, T.D. *Distinção entre elisão e evasão fiscal - critérios para a realização de um planejamento tributário lícito e não abusivo*. Artigo publicado na RVMD, Brasília, V. 8.1, nº1, p. 137-147, jan-jun, 2014;

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª Edição, São Paulo: Ed. Malheiros, 2011;

---

<sup>39</sup> A Lei nº 12.546/11 alterou o aspecto material da hipótese de incidência das contribuições sobre a folha de salário, tributando a receita bruta ou faturamento, em relação a determinados setores, visando fomentar o mercado de trabalho. Contudo, a medida restou insuficiente, causando um rombo aos cofres públicos. Desta forma, sobreveio a Lei nº 13.161/15, que majorou as alíquotas incidentes sobre a receita bruta, bem como tornou a opção pelo regime opcional.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8ª Edição atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010;

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Por que a guerra fiscal? Os desafios do Estado na Modernidade Líquida*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 102, p. 305-341, jan./jun. 2011;

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política, por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Trad. De João Ferreira, Carmen C. Varriale e outros*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1986;

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: [www.planalto.gov.br/legislação/códigos](http://www.planalto.gov.br/legislação/códigos)> Acesso em: jul. 2016;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: jul. 2016;

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum**. 8. ed. São Paulo: Saraiva;

BRASIL PRECISA CRIAR UMA AGENDA POSITIVA PARA REVERTER A TRAJETÓRIA DE QUEDA EM RANKING GLOBAL DE COMPETITIVIDADE <http://acervo.ci.fdc.org.br/AcervoDigital/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa%202016/27%2005%202016%20%20Sum%C3%A1rio%20Executivo%20%20IMD%20Ranking%20Sem%20Embargo.pdf>;

CARRAZZA, Roque Antônio. ICMS. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14. Ed. revisada, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v.1. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2002;

COELHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

FILHO, MUZZI, Carlos Victor Muzzi. DIREITO TRIBUTÁRIO: regulação, neutralidade e custos de conformidade. Artigo publicado no livro “Iniciativa Privada e Negócios”. 139 RVMD, Brasília, V. 8, nº 1, p. 137-147, Jan-Jun, 2014;

FIUZA, Cesar; NEVES, Rúbia Carneiro (Coord.). *Iniciativa privada e negócios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012;

**<https://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/assets/release-paying-taxes-nov09.pdf>**;

MACHADO, H.B. Aspectos fundamentais do ICMS. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 1999;

MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 11. Ed. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 1996;

MELO, José Eduardo Soares de. ICMS: teoria e prática. 12 Ed. São Paulo: Dialética, 2012;

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e política das finanças públicas no Brasil*. São Paulo: Hucitec, 2009;

OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. A evolução da estrutura tributária e do Fisco brasileiro In: *Estado, instituições e democracia*. Brasília: IPEA/CEPAL 2010. (Projeto perspectivas do desenvolvimento brasileiro);

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO  
SESI 70 ANOS**



**16 - ENQUADRAMENTO SINDICAL  
DOS INSTRUTORES DO SENAI**

**Victor Tainah F. Dietzold**

**Departamento Regional do Rio de Janeiro**



## 16.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o adequado enquadramento sindical dos instrutores do SENAI, levando em conta a legislação educacional sobre a matéria, bem como as diferenças quanto às atividades desenvolvidas por estes profissionais em comparação aos professores que integram categoria profissional diferenciada.

Além disso, pretende-se analisar a divergente jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca do tema, notadamente as decisões mais atuais do referido Tribunal que demonstram inclinação para uma corrente de entendimento desfavorável a tese de defesa do SENAI.

Para analisarmos o presente estudo, enfrentaremos questões relativas ao Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil, da seguinte maneira:

- a) A origem dos instrutores do SENAI;
- b) A diferença das atividades de instrutores e de professores;
- c) Legislação educacional sobre a matéria;
- d) A divergência jurisprudencial instaurada no TST;
- e) O risco envolvido para o SENAI; e
- f) Instrumentos jurídicos adequados para fazer prevalecer à tese em defesa do SENAI;

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar os aspectos mais relevantes que diferenciam os instrutores dos professores e a importância de uma construção sólida das defesas apresentadas pelo SENAI nas ações judiciais, que começa na instrução das contestações e segue, conforme o caso concreto, com a interposição de meios de impugnação às decisões judiciais nos Tribunais.

## 16.2 AS DISTINTAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS DOS INSTRUTORES E DOS PROFESSORES

Antes de enfrentarmos as questões objetivas que diferenciam as categorias dos instrutores e dos professores, convém voltarmos ao tempo, mas precisamente nos idos da década de 40, a fim de entendermos, pelo menos basicamente, os motivos da criação do SENAI, ou seja, onde tudo começou.

### 16.2.1 ORIGEM HISTÓRICA - CRIAÇÃO DO SENAI

De início é importante registrar que a criação do SENAI decorreu de determinação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, que atribuiu às indústrias e aos sindicatos econômicos o dever de criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados.<sup>1</sup>

Assim, em 22 de janeiro de 1942, por meio do Decreto-lei nº 4.048, foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, cujo objetivo foi de organizar e administrar escolas de aprendizagem para os industriários.<sup>2</sup>

No dia 16 de julho do mesmo ano, foi publicado o Decreto-lei nº 4.481, que estabeleceu regras acerca da aprendizagem dos industriários, notadamente em relação à obrigatoriedade dos estabelecimentos industriais a empregar e matricular aprendizes nos cursos mantidos pelo SENAI.<sup>3</sup>

Com efeito, o decreto de criação do SENAI, assim como o Decreto-lei nº 4.481, atribuíram à entidade a responsabilidade de formação de aprendizes, com o dever de realizar a formação profissional com base em disciplinas técnicas e práticas das operações relativas ao ofício escolhido.<sup>4</sup>

Releva notar, portanto, que desde a sua criação o SENAI tem por objetivo a educação profissional de natureza eminentemente técnica e prática voltada à preparação do trabalhador e conduzida por quem atua diretamente em determinado ofício.

Convém ressaltar que o decreto de criação da entidade, precisamente no parágrafo 2º do art. 2º, não limitou a responsabilidade do SENAI à formação de aprendizes, na medida em que

---

<sup>1</sup> Art. 129 da CF/1937.

<sup>2</sup> Art. 2º do DECRETO-LEI Nº 4.048 DE 22 DE JANEIRO DE 1942.

<sup>3</sup> Art. 1º do DECRETO-LEI Nº 4.481 DE 16 DE JULHO DE 1942.

<sup>4</sup> Art. 4º do DECRETO-LEI Nº 4.481 DE 16 DE JULHO DE 1942.

ampliou o seu foco de atuação ao estabelecer que as escolas de aprendizagem também deveriam ministrar cursos de aperfeiçoamento e especialização para trabalhadores industriários não sujeitos à aprendizagem, com o mesmo viés dinâmico e prático para preparação do trabalhador da indústria.

Dessa forma, passados 20 (vinte) anos da criação do SENAI, foi aprovado e publicado, por meio do Decreto nº 494/1962, o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial trazendo a missão institucional para a entidade de promover a educação profissional e tecnológica e a inovação, em busca da elevação da competitividade da indústria nacional.<sup>5</sup>

### 16.2.2 A LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA

Conforme demonstraremos adiante, o perfil profissional dos instrutores do SENAI é distinto em relação aos professores, sendo certo que a própria legislação aplicável à matéria se encarrega de fazer tal diferenciação.

O artigo 205 da Constituição Federal<sup>6</sup> contém norma programática que insere a educação oficial como dever do Estado, sendo certo que as escolas e colégios particulares do ensino oficial, por exemplo, em verdade exercem atividade delegada do Estado.

Nesta linha, a atividade de lecionar em estabelecimento particular e ensino oficial está disciplinada no artigo 317 da CLT que prevê requisitos para o professor, conceituando o exercício da atividade do magistério, senão vejamos:

*Art. 317 - O exercício remunerado do magistério, em estabelecimentos particulares de ensino, exigirá apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação.*

Importante notar que o legislador ao se referir ao profissional da educação que dá aulas em estabelecimentos particulares de ensino, não utilizou a nomenclatura professor logo no primeiro artigo da Seção XII do Capítulo, mas fez referência ao exercício do magistério, exatamente porque esta atividade do magistério é muito mais ampla do que a atividade dos instrutores.

---

<sup>5</sup> Art. 1º do DECRETO Nº 494 DE 10 DE JANEIRO DE 1962.

<sup>6</sup> CF. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A professora e saudosa desembargadora Alice Monteiro de Barros pondera no sentido de que embora o legislador não defina o professor, a doutrina o conceitua como a pessoa habilitada, nos termos da lei, que profissionalmente exerce o magistério.<sup>7</sup>

Com efeito, para que o profissional seja reconhecido como professor, à luz da legislação trabalhista, se faz necessário prévia habilitação e registro no Ministério da Educação.

Nesta linha, o professor Sergio Pinto Martins se posicionou da seguinte maneira: “Antigamente, para o exercício do magistério era preciso que o professor fosse registrado na DRT, mediante a apresentação de vários documentos, inclusive certificado de habilitação para o exercício do magistério, expedido pelo Ministério da Educação e Cultura. Não havia justificativa para tal procedimento. Hoje, na redação do Artigo 317 da CLT, determinada pela Lei nº. 7.855/89, o professor terá de ter apenas habilitação legal e registro no Ministério da Educação, não mais se exigindo o registro na DRT. O professor que não for, contudo, habilitado, como o que não tiver curso normal, etc., será equiparado ao trabalhador comum, não se lhe aplicando as regras especiais da CLT relativas ao professor.”<sup>8</sup>

Analisando por outro ângulo, cabe registrar que Lei nº 9.394/1996 (lei de diretrizes e bases da educação nacional - LDB), estabelece os requisitos necessários para os profissionais de educação. Vejamos:

*Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nos 5 (cinco) primeiros anos do ensino fundamental, a oferecida em nível médio na modalidade normal.*

*Art. 66. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.*

*Parágrafo único. O notório saber, reconhecido por universidade com curso de doutorado em área afim, poderá suprir a exigência de título acadêmico.*

---

<sup>7</sup> BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho. São Paulo: LTr, 3 ed. p. 409.

<sup>8</sup> MARTINS, Sergio Pinto. Comentário à CLT. São Paulo: Atlas. ed. p. 279/280.

Revela notar que a LDB não estabelece requisitos para o profissional de educação que atua na educação técnica, como é o caso dos instrutores do SENAI. Portanto, não há dúvida quanto à impossibilidade de se equiparar professores habilitados ao exercício do magistério em estabelecimentos de ensino oficiais aos instrutores do SENAI, sob pena de haver frontal violação ao artigo 317 da CLT.

Neste sentido, admitir tal distorção corresponde a dar tratamento igual aos desiguais, igualando uma pessoa que detém conhecimentos especialmente empíricos, com o profissional que se formou, fez curso de licenciatura, e, assim, tornou-se professor com registro profissional devidamente habilitado para lecionar em estabelecimentos de ensino oficiais, passando por isso, a conquistar legitimamente o direito de deter as prerrogativas da Lei.

Dentro do conceito aristotélico de que não cabe tratar de forma igual os desiguais, tal interpretação é tão equivocada e injurídica como equiparar um rábula que tomou contato com as lides forenses como escrevente por vários anos, ser equiparado a um advogado, ou ainda, permitir que um enfermeiro que por anos teve algum contato prático ou vivência na área médica, possa ser equiparado a um médico, o que sem dúvida alguma é inviável.

Ainda nesse contexto é importante deixar claro que os instrutores do SENAI são profissionais que atuam nos cursos de formação profissional dando orientação na execução de práticas operacionais de atividades intermediárias, além de supervisionarem aprendizes contratados por empresas.

Já os professores, atuam de maneira distinta com um viés de ensino muito mais teórico, sendo certo que faz parte da sua rotina aplicação de provas e trabalhos escolares teóricos, além de participarem de reuniões pedagógicas e de conselhos de classe, ou seja, cooperando efetivamente com o planejamento pedagógico.

Outro que ponto que merece destaque, diz respeito à CBO - Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho. Conforme conceitua o Ministério do Trabalho, a CBO é o documento normalizador do reconhecimento da nomeação e da codificação dos títulos e conteúdos das ocupações do mercado de trabalho brasileiro (histórico das ocupações, características da ocupação, condições de trabalho, recursos de trabalho, formação-experiência). É ao mesmo tempo uma classificação enumerativa e uma classificação descritiva.

Embora a CBO seja reconhecida para efeito de fins classificatórios, sem função de regulamentação profissional, cumpre destacar que na estrutura da CBO há uma clara distinção entre instrutores e professores, com descrições distintas das ocupações, reforçando que profissional instrutor é distinto do profissional professor.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/downloads.jsf>

Em suma, como acima demonstrado a categoria dos professores é distinta da categoria dos instrutores do SENAI, sendo certo que os profissionais de ambas as categorias são de extrema importância para o ensino nacional, porém é preciso deixar claro que tratam-se de projetos educacionais diferentes.

### 16.3 A DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TST

A jurisprudência majoritária de nossos Tribunais, inclusive do Colendo Tribunal Superior do Trabalho construída ao longo dos anos, sempre se comportou no sentido de afastar a possibilidade de se estender ao instrutor do SENAI os mesmos direitos legalmente previstos aos professores que pertencem à categoria diferenciada, exatamente por força do artigo 317 da CLT e demais normas legais. Para ilustrar, vejamos alguns julgados do TST:

*REAJUSTES SALARIAIS. CONVENÇÃO COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. PROFESSORES. INSTRUTOR. INAPLICABILIDADE. Os instrutores do SENAI são profissionais qualificados para o treinamento e o aperfeiçoamento profissional nos campos industriais e comerciais, não se confundindo com os professores que exercem a docência, nos moldes do art. 317 da CLT. Por conseguinte, não se aplicam aos instrutores profissionalizantes do SENAI as normas coletivas firmadas pela categoria diferenciada dos professores. Aplicação da Orientação Jurisprudencial 55 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. RELATOR MINISTRO JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA TRIBUNAL: TST DECISÃO: 30 04 2003 PROC: RR NUM: 475200 ANO: 1998 REGIÃO: 03 RECURSO DE REVISTA TURMA: 05 ÓRGÃO JULGADOR - QUINTA TURMA FONTE DJ DATA: 23-05-2003.*

*RECURSO DE REVISTA. INSTRUTOR TÉCNICO DO SENAI. ENQUADRAMENTO SINDICAL. As finalidades e os objetivos específicos das entidades que compõem o Sistema "S", entre elas, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI (nos termos das legislações pertinentes, inclusive da Lei nº 9.394/1996), não se confundem com aqueles da educação regular, aspecto esse que enquadra as referidas entidades no 2º Grupo das Empresas de Difusão Cultural e Artística, no Plano da Confederação Nacional de Educação e Cultura, e não*

*no 1º Grupo dos Estabelecimentos de Ensino, a teor do que dispõe o art. 570 da CLT. Por sua vez, os instrutores de ensino profissionalizante das referidas entidades são profissionais qualificados para o treinamento e o aperfeiçoamento profissional - em se tratando do SENAI, no campo industrial - não se incluindo na categoria diferenciada dos professores, mormente se não atendem aos requisitos do art. 317 da CLT. Nesse contexto, e em face do paralelismo simétrico que deve existir entre as categorias econômica e profissional, conforme o quadro das atividades e profissões a que se refere o art. 577 consolidado, a representatividade dos instrutores do SENAI e de outras entidades similares cabe aos sindicatos dos trabalhadores em entidades culturais, recreativas, de assistência social, de orientação e formação profissional das respectivas localidades. Recurso de revista conhecido e não provido'. (TST - 8ª Turma. RR - 158000-57.2008.5.12.0035, rel. Min. Dora Maria da Costa, j. 01.06.2011, DEJT 03.06.2011).*

*PROFESSOR. ENQUADRAMENTO SINDICAL. CATEGORIA DIFERENCIADA. APLICABILIDADE DE CONVENÇÃO COLETIVA DO TRABALHO. Os instrutores do SENAI são profissionais qualificados para o treinamento e o aperfeiçoamento profissional nos campos industriais e comerciais, não se confundindo com os professores que exercem a docência, nos moldes do art. 317 da CLT. Por conseguinte, não se aplicam aos instrutores profissionalizantes do SENAI as normas coletivas firmadas pela categoria diferenciada dos professores. Aplicação da Súmula 374 do TST'. (TST - 5ª Turma. RR - 103400-04.2009.5.03.0132, rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 13.03.2013, DEJT 1 ).*

Recentemente, entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho vem reiteradamente mudando o seu entendimento, invocando o princípio da primazia da realidade e alterando o enquadramento sindical dos instrutores do SENAI ao considerar que a estes profissionais devem ser aplicadas as normas coletivas da categoria dos professores. Vejamos alguns precedentes:

*RECURSO DE REVISTA. SENAI. INSTRUTOR DE CURSO PROFISSIONALIZANTE. ENQUADRAMENTO COMO PROFESSOR. AUSÊNCIA DE REGISTRO NO MEC. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. É incontroverso que os reclamantes ministravam cursos técnicos profissionalizantes e que não possuíam registro no MEC. Nos termos do já decidido em outros processos nesta Corte, o art. 317 da CLT não se dirige ao empregado, como óbice*

*à aquisição de direitos trabalhistas, mas ao empregador, impondo-lhe que, na contratação de professor, não exceda os justos limites de exigência para o exercício do cargo. A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento dos embargos em recurso de revista E-RR-70000-54.2008.5.15.0114, consignou que “independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor ou técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente”. Recurso de revista não conhecido. Processo: ED-RR - 130900-87.2010.5.17.0013 Data de Julgamento: 16/12/2015, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2015.*

*I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. SENAI. ENQUADRAMENTO SINDICAL. INSTRUTOR. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS PROFESSORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. Demonstrada possível divergência jurisprudencial válida e específica, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. SENAI. ENQUADRAMENTO SINDICAL. INSTRUTOR. APLICAÇÃO DE NORMAS COLETIVAS DA CATEGORIA DOS PROFESSORES. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. A questão em debate já foi decidida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no julgamento dos embargos em recurso de revista nº E-RR-70000-54.2008.5.15.0114(Relator: Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, Publicação: DEJT 28/10/2011), no qual ficou sedimentado o entendimento de que “independentemente do título sob o qual o profissional foi contratado - professor, instrutor ou técnico - é a realidade do contrato de trabalho que define a função de magistério e, por consequência, a categoria diferenciada de docente”. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. Processo: RR - 2150-87.2011.5.12.0040 Data de Julgamento: 09/03/2016, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016.*

Com efeito, equiparar professores habilitados ao exercício do magistério, aos instrutores do SENAI, que é o que se está promovendo invocando-se equivocadamente a primazia da realidade, encerra clara abstração quanto aos conceitos legais da atividade profissional do magistério, e significa admitir, como já dito, dar tratamento igual aos desiguais.

### **16.3.1 O RISCO DE PREJUÍZO FINANCEIRO PARA O SENAI**

Atualmente o SENAI - Departamento Regional do Estado do Rio de Janeiro possui 931 (novecentos e trinta e um) instrutores<sup>10</sup>, todos com a possibilidade de trabalhar em carga horária (+ 2 horas) acima da limitação prevista na categoria diferenciada do professor.

Portanto, significa dizer que existe risco enorme de ser criado um passivo trabalhista, cujo pleito seria, pelo menos em tese, o enquadramento como professor e, por via de consequência, direitos relativos à aposentadoria especial do professor, o pagamento de 2 horas extras diárias e todos os reflexos.

Não obstante, outro impacto relativo à mudança de entendimento do TST acerca do enquadramento sindical dos instrutores do SENAI, diz respeito ao destino da contribuição sindical, que deixaria de ser destinada ao SENALBA, sindicato que representa a categoria dos instrutores de formação profissional, e passaria a ser destinado ao sindicato dos professores. Neste sentido, o SENAI ficaria exposto a eventual ação judicial proposta por sindicatos de professores em razão de ter supostamente descontado incorretamente a contribuição sindical, além do risco de dano moral coletivo.

## **16.4 O CORRETO ENQUADRAMENTO SINDICAL DOS INSTRUTORES DO SENAI E OS MECANISMOS PROCESSUAIS ADEQUADOS PARA A CORREÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DE ACORDO COM O NOVO CPC**

Demonstrada a distinção entre os professores e instrutores do SENAI, este último, como já dito, que possui perfil de ensino prático e que tradicionalmente ocupa a função de ensinar ofícios específicos voltados para o trabalhador da indústria, parece ser de fácil conclusão que correto é o enquadramento sindical destes profissionais na categoria de instrutores, representados pelo Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência

---

<sup>10</sup> Fonte: Gerência de Educação Profissional do Sistema FIRJAN.

Social, de Orientação e Formação Profissional, levando em conta o critério da atividade preponderante da entidade.

Entretanto, diante da divergência jurisprudencial instaurada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria, será necessário um esforço do SENAI para que a jurisprudência não se uniformize contrariamente a tese de que não há qualquer burla no enquadramento destes profissionais na qualidade de instrutores, muito pelo contrário, o que há é a devida observância dos limites previstos em lei, sendo certo que há o espaço de atuação dos instrutores, assim como há o espaço de atuação dos professores, cada qual com o seu perfil profissional, e com foco de atuação nos respectivos projetos educacionais para o País.

### 16.4.1 O RECURSO DE REVISTA

Antes de tratarmos de questões relevantes atinentes ao recurso de revista, que tem por objetivo corrigir a decisão que violar a literalidade da lei e de uniformizar a jurisprudência nacional concernente à aplicação dos princípios e normas de direito material e processual do trabalho<sup>11</sup>, importante realçar que nas reclamações trabalhistas a construção sólida das defesas começa com a robusta instrução das peças de bloqueio.

Cabe lembrar que o TST vem aplicando o princípio da primazia da realidade para enquadrar os instrutores do SENAI na categoria diferenciada dos professores, o que reforça a importância de serem apresentadas contestações bem instruídas, não somente com boa argumentação jurídica, mas também com a apresentação de documentos e até mesmo realização de perícias acompanhadas por profissionais gabaritados da Entidade para que se demonstre cabalmente a diferença e as peculiaridades das atribuições dos instrutores do SENAI.

Em havendo decisões de 1º e 2º grau desfavoráveis ao SENAI, caberá, pelo menos em tese, a interposição do recurso de revista com fundamento na divergência jurisprudencial e violação literal de dispositivo de Lei Federal (CLT).

O recurso de revista é um meio de impugnação à decisão judicial de caráter excepcional, na medida em que não se presta para atender o mero direito subjetivo das partes. Trata-se de um recurso técnico, com pressupostos rígidos de conhecimento e, portanto, não se destina a apreciar fatos e provas, tampouco avaliar a justiça da decisão, pois tem por objeto resguardar a aplicação e a vigência da legislação de competência da Justiça Trabalhista.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2013, 10 ed., p. 855.

<sup>12</sup> SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho edição de Acordo com o Novo CPC*. São Paulo: LTr, 2016, 10. Ed., p. 933.

Destarte, para que o recurso de revista seja conhecido, não obstante a necessidade de demonstrar a hipótese de cabimento do mesmo, se faz necessário o cumprimento de seus pressupostos de admissibilidade, divididos em dois grupos pela doutrina mais autorizada: pressupostos objetivos e subjetivos.

Os pressupostos objetivos são: regularidade formal; preparo (depósito recursal); demonstração de uma das hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b” ou “c” do art. 896 da CLT; e tempestividade. Já os pressupostos subjetivos são: legitimidade; interesse recursal; e o prequestionamento.

No tocando ao prequestionamento, por ser algo novo, cumpre destacar que o novo CPC, em seu art. 1.025, consagrou o chamado prequestionamento ficto, isto é, passam a serem considerados incluídos no acórdão todos os elementos ventilados nos embargos de declaração, ainda que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados, sendo certo que a Instrução Normativa nº 39 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, considera como aplicável o supracitado dispositivo legal nos processos trabalhistas.

Outro ponto relativo ao recurso de revista que interessa dar destaque reside no fato de quando o mesmo é fundamentado na divergência jurisprudencial. Como já demonstrado, a jurisprudência do TST vem revelando a existência de teses diversas na interpretação de um mesmo disposto legal, qual seja, o art. 317 da CLT, sendo certo que é preciso ter muita cautela para não cair na “armadilha” da falta de demonstração da divergência justificadora do recurso.

É muito comum que recursos de revista fundados na divergência jurisprudencial não sejam conhecidos, uma vez que o recorrente apesar de colacionar os acórdãos divergentes, deixa de demonstrar o conflito de teses que justifique o conhecimento do recurso.

Nesta linha, cabe ao recorrente apresentar nas razões recursais o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. Em outras palavras, significa dizer que “não é suficiente para comprovar o dissídio jurisprudencial, a simples transcrição de ementas, sendo necessário que o recorrente transcreva trechos do relatório do acórdão paradigma, e depois transcreva trechos do relatório do acórdão recorrido, comparando-os, a fim de demonstrar que ambos trataram de casos bem parecidos ou cuja base fática seja bem similar. Após isso, deve o recorrente prosseguir no cotejo analítico, transcrevendo trechos do voto do acórdão paradigma e trechos do acórdão recorrido para, então, confrontá-los, demonstrando que foram adotadas teses opostas. Trata-se, pois, de proceder ao método do *distinguishing*, a comparação entre o precedente invocado e a decisão recorrida”.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. Ed. p. 348.

## 16.4.2 O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA

O incidente de assunção de competência pode ser instaurado em qualquer tribunal, sendo admissível, inclusive, nos tribunais regionais do trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho.<sup>14</sup>

Ressalte-se, ainda, que a Instrução Normativa nº 39 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, em seu art. 3º, inciso XXV, considera aplicável o incidente de assunção de competência na justiça do trabalho.

O mencionado incidente encontra-se disciplinado no art. 947 do Código de Processo Civil e destina-se a concretizar a tutela da segurança jurídica e da isonomia, por meio da prevenção ou da composição de divergência jurisprudencial. Nas palavras do processualista Fredie Didier Junior: “Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares. A divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica”.<sup>15</sup>

O incidente de assunção de competência é admissível, nos termos do art. 947 do CPC “*quando do julgamento de recurso, da remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos*”.

O parágrafo 4º do mesmo dispositivo legal, por sua vez, estabelece a finalidade específica do incidente sob exame: “*Aplica-se o disposto neste artigo quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*”. Com efeito, se já há uma divergência jurisprudencial interna no tribunal, o incidente de assunção de competência pode ser instaurado como mecanismo responsável pela uniformização da jurisprudência.

Por oportuno, cumpre destacar que o art. 947, no *caput* e no §2º, estabelecem dois pressupostos positivos quanto ao cabimento do incidente, quais sejam, a grande repercussão social e o interesse público envolvido na questão debatida. Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves pondera no seguinte sentido: “O dispositivo não deixa de ser peculiar porque nos termos do *caput* do artigo ora analisado o requisito positivo para o julgamento do incidente ora analisado é a repercussão geral, enquanto pelo §2º do mesmo dispositivo o incidente só

<sup>14</sup> O Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou a respeito do assunto; enunciado n.35: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho”.

<sup>15</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. Ed. p. 348.

será admitido, e assim julgado em seu mérito, se houver interesse público. Afinal, é preciso ter repercussão social ou interesse público para ser cabível o incidente de assunção de competência? O mais provável é que as expressões sejam consideradas como sinônimas - ainda que não o sejam -, sendo admissível o incidente sempre que interessar a quantidade razoável de sujeitos.”<sup>16</sup>

Por outro lado, há um pressuposto negativo em relação ao cabimento do incidente de assunção de competência, que é a ausência de repetição da discussão em múltiplos processos. Caso haja uma multiplicidade de processos idênticos em trâmite no tribunal, cabível seria o incidente de resolução de demandas repetitivas. Havendo múltiplos processos em que se discute questão repetitiva, não cabe o incidente de assunção de competência. Este é cabível para questões relevantes, de grande repercussão social, em processo específico ou em processos que tramitem em pouca quantidade.<sup>17</sup>

Caso seja admitida a instauração do incidente de assunção de competência, ocorrerá o deslocamento de competência para o julgamento do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária, na medida em que não mais será o órgão fracionário responsável pelo julgamento, mas sim um órgão de maior composição tribunal indicado pelo respectivo regimento interno, nos termos do §1º do art. 947 do CPC.

Importante destacar que a doutrina mais autorizada reconhece a possibilidade de, antes do julgamento do processo de competência originária, remessa necessária ou recurso em que se tenha suscitado o incidente de assunção de competência, ser admitida a intervenção de *amicus curiae* (art. 983) e a realização de audiência pública (art. 983, §1º), prestigiando a ampliação do contraditório, com a participação de entidades ou pessoas dotadas de representatividade adequada, que fornecerão mais subsídios para a formação da decisão, legitimando-se, deste modo, sua eficácia vinculante.<sup>18</sup>

Registre-se, por fim, que o julgamento do incidente produz um precedente obrigatório a ser seguido pelo tribunal e pelos juízos a ele vinculados, sendo certo que essa eficácia vinculante somente cessará se e quando ocorrer revisão de tese (art. 947, §3º).

Diante do exposto neste tópico, nos parece que atual divergência jurisprudencial no âmbito do TST acerca do enquadramento sindical dos instrutores do SENAI comporta tranquilamente a instauração do incidente de assunção de competência, notadamente pela grande

---

<sup>16</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm. 2016. Ed.8. p. 1345.

<sup>17</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. Ed. p. 665.

<sup>18</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas. 2016. 2. Ed. p.455.

repercussão social que envolve o tema, merecendo destaque o fato de que no caso de o incidente ser suscitado, haveria a possibilidade, como já dito, de ampla participação de entidades e pessoas com experiência e conhecimento sobre a matéria, aumentando as chances para que a tese de defesa do SENAI prevaleça.

## 16.5 CONCLUSÃO

Após enfrentarmos todas as questões, concluímos que desde a sua criação o SENAI tem por finalidade institucional a formação profissional do trabalhador da indústria por meio de instrutores com perfil de ensino prático, não se confundindo com os professores que possuem requisitos legais de habilitação para o exercício da profissão (magistério), nos termos da legislação trabalhista, e cujo perfil de ensino é mais abrangente e com viés muito mais teórico. São profissionais com foco de atuação distintos, pertencentes a projetos educacionais diferentes.

Nesta linha, os instrutores do SENAI não podem ter enquadramento sindical na categoria diferenciada de professores, sendo certo que correto é o enquadramento sindical daqueles profissionais na categoria de instrutores, representados pelo Sindicato dos Empregados em Entidades Culturais, Recreativas, de Assistência Social, de Orientação e Formação Profissional, levando em conta o critério da atividade preponderante da entidade

Diante da divergência jurisprudencial acerca do enquadramento sindical dos instrutores do SENAI no âmbito do TST, e considerando os atuais precedentes do referido tribunal que apontam para uma corrente jurisprudencial desfavorável a tese de defesa do SENAI, além de cabível a interposição de recursos de revista em cada caso concreto, o incidente de assunção de competência se mostra como um mecanismo processual possível e adequado para a correção do rumo da jurisprudência.

## 16.6 BIBLIOGRAFIA

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 - art. 129.

DECRETO-LEI Nº 4.048 DE 22 DE JANEIRO DE 1942 - art.2º.

DECRETO-LEI Nº 4.481 DE 16 DE JULHO DE 1942 - arts. 1º e 4º.

DECRETO Nº 494 DE 10 DE JANEIRO DE 1962 - art. 1º.

Constituição Federal de 1988 - art. 205.

<http://www.mteco.gov.br/cbosite/pages/downloads.jsf> - página eletrônica do Ministério do Trabalho e Emprego.

BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho. São Paulo: LTr, 3 ed. p. 409.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentário à CLT. São Paulo: Atlas, 2. ed. p. 279/280.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2013, 10 ed., p. 855.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho edição de Acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, 10. ed., p. 933.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou a respeito do assunto; enunciado n.35: “O incidente de assunção de competência aplica-se ao processo do trabalho”.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. ed. p. 348.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. ed. p. 348.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. Salvador: JusPodivm. 2016. ed.8. p. 1345.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. Salvador: JusPodivm. 2016. 13. ed. p. 665.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas. 2016. 2. ed. p.455.

**DIRETORIA JURÍDICA - DJ**

*Helio Rocha*  
Diretor Jurídico

*Cassio Borges*  
Gerente Executivo Jurídico

*Sidney Ferreira Batalha*  
Gerente Executivo de Operações Jurídicas

**Comissão Organizadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico**

*Christiane Rodrigues Pantoja*  
*Fabiola Pasini Ribeiro de Oliveira*  
*José Virgílio de Oliveira Molinar*  
*Marcos Abreu Torres*  
*Priscila Pereira Camargo*  
*Sidney Ferreira Batalha (Coordenador)*

**Comissão Julgadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico**

*Carlos Mário da Silva Velloso*  
*Cassio Borges*  
*Helio Rocha*  
*Julio Sergio de Maya Pedrosa Moreira*  
*Sérgio Murilo Santos Campinho*

**Elaboração**

*André Luiz de Carvalho Cordeiro*  
*Bruno Souza Barros*  
*Carlos José Kurtz*  
*Caroline Ferreira de Oliveira*  
*Christian Schramm Jorge*  
*Clayton Gomes de Medeiros*  
*Cynthia Cinara Carvalho Lima*  
*Eduarda de Melo Pereira*  
*Jean Alves Pereira Almeida*  
*Leticia de Oliveira Lourenço*  
*Livia Gendorf Romualdo da Silva*  
*Marcus Miller Machado Sassim*  
*Mariana Barbosa Saliba*  
*Narjara Cheyenne Carmelo Andriet*  
*Natali Camarão de Albuquerque Nunes*  
*Regiane Ataíde Costa*  
*Tácio Cheab Ribeiro*  
*Thiago Duca Amoni*  
*Victor Tainah Fernandes Dietzold*

**DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO - DIRCOM**

*Carlos Alberto Barreiros*  
Diretor de Comunicação

**Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda - GEXPP**

*Carla Cristine Gonçalves de Souza*  
Gerente Executiva

*Walner Pessoa*  
Produção Editorial

*Eduardo Pessoa*  
Elaboração de Capa

**DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS — DSC**

Área de Administração, Documentação e Informação - ADIN

*Maurício Vasconcelos de Carvalho*  
Gerente-Executivo

*Alberto Nemoto Yamaguti*  
*Pré e Pós-Textual*





*Iniciativa da CNI - Confederação  
Nacional da Indústria*

*Setor Bancário Norte, Quadra 1, Bloco C  
Edifício Roberto Simonsen, 13º andar  
70 040 903 Brasília DF*