

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA EXECUTIVA – DIREX

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor de Políticas e Estratégia

Monica Messenberg Guimarães
Diretora de Relações Institucionais

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI

Conselho Nacional

Jair Meneguelli
Presidente

SESI – Departamento Nacional

Robson Braga de Andrade
Diretor

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor Superintendente

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL – SENAI

Conselho Nacional

Robson Braga de Andrade
Presidente

SENAI – Departamento Nacional

Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti
Diretor-Geral

Gustavo Leal Sales Filho
Diretor de Operações

INSTITUTO EUVALDO LODI – IEL

Núcleo Central

Paulo Mól Júnior
Superintendente



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO 2014



Vitória
2014

© 2014. CNI – Confederação Nacional da Indústria
© 2014. SESI – Serviço Social da Indústria
© 2014. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

Qualquer parte desta obra poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Diretoria Jurídica - DJ

As teses refletem o entendimento do(s) seu(s) autor(es) e não representam necessariamente a opinião das entidades instituidoras.

FICHA CATALOGRÁFICA

P925

Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico: 12º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria

Prêmio ENASI de trabalho jurídico: 12º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria /. – Brasília : CNI; SESI; SENAI, 2014.

356 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

APRESENTAÇÃO	13
1 – A INTERFERÊNCIA E A INTERVENÇÃO PODER PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	15
<i>Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas</i>	
1.1 A Interferência e a Intervenção Poder Público na Organização Sindical na Vigência da Constituição de 1988	17
1.2 Rédeas do estado	19
1.3 O Governo Provisório – 1930 a 1934	20
1.4 O Governo Constitucional – 1934 a 1937	21
1.5 O Estado Novo 1937 a 1945	21
1.6 Do pós-Guerra a 1988	22
1.7 O Poder Normatizador do MTE	23
1.8 Bibliografia Pesquisada	26
2 – ASPECTOS LEGAIS DA BONIFICAÇÃO PELO ATINGIMENTO DE METAS NOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS – PPR – Remuneração Variável – Prêmio	29
<i>André Luiz de Carvalho Cordeiro (Relator); Carlos José Kurtz; Gustavo Ganz Seleme</i>	
2.1 Introdução	31
2.2 A Constituição Federal	31
2.3 As diversas formas e possibilidades	32
2.4 Conclusão	38
2.5 Bibliografia	40
3 – POSSIBILIDADE, EM TESE, DO IEL SER CONTRATADO MEDIANTE DISPENSA DE LICITAÇÃO, PELO SESI E SENAI, NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS AO CONCEITO DE “DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL”	41
<i>Artur Henrique Tunes Sacco</i>	
3.1 Introdução	43
3.2 A hipótese de dispensa prevista no art. 9º, VIII, do RLC	44
3.3 Conclusão	56
3.4 Referências bibliográficas	58
4 – A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO	59
<i>Bruno Souza Barros</i>	
4.1 Introdução	61
4.2 Do reajuste	63
4.3 Revisão	73
4.4 - Repactuação	75
4.5 Correção monetária	75
4.6 Conclusão	75
4.7 Bibliografia	77

5 – A ADOÇÃO DE REQUISITOS SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES DO SESI E DO SENAI	79
<i>Camila Gaeski</i>	
5.1 Introdução	81
5.2 Do desenvolvimento nacional sustentável	81
5.3 A promoção do desenvolvimento nacional sustentável através das licitações verdes	84
5.4 A adoção de requisitos sustentáveis nas licitações do SESI e do SENAI	88
5.5 Conclusão	89
5.6 Referências bibliográficas	91
6 – A REVOLUÇÃO SILENCIOSA DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS	93
<i>Cheryl Berno</i>	
6.1 Introdução	95
6.2 Obrigações Tributárias Acessórias Eletrônicas	96
6.3 Princípio da Legalidade	98
6.4 Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ	101
6.5 Sistema Público de Escrituração Digital - SPED	102
6.6 Sigilo Fiscal	105
6.7 Conclusão	107
6.8 Referências Bibliográficas	109
7 – A INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PELOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	111
<i>Christian Schramm Jorge</i>	
7.1 Introdução ao tema	113
7.2 Das bases legais	114
7.3 Do cálculo da cota legal	115
7.4 Do enquadramento como pessoa com deficiência	117
7.5 Do contrato de trabalho	119
7.6 Das formas de fiscalização do cumprimento da cota	122
7.7 Da contratação das pessoas com deficiência pelos serviços sociais autônomos	123
7.8 Das alternativas para cumprimento da cota	126
7.9 Conclusão	127
7.10 Bibliografia	129
8 – ADOÇÃO DAS PRÁTICAS DE COMPLIANCE NAS ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR	131
<i>Christianne Oliveira Collyer</i>	
8.1 Introdução	133
8.2 Conceito de compliance	134
8.3 Compliance como modelo de gestão	136

8.4 A estruturação do programa e sua fronteira com o jurídico	138
8.5 A importância do compliance junto ao SESI e ao SENAI	139
8.6 Conclusão	140
8.7 Bibliografia	142
9 – O INSTITUTO DA ARBITRAGEM COMO FACILITADOR DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E PROPULSOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	143
<i>Cynthia Cinara Carvalho Lima</i>	
9.1 Introdução	145
9.2 Instituto da arbitragem: facilitador dos negócios empresariais e propulsor de desenvolvimento econômico	149
9.3 Conclusão	155
9.4 Referências	157
10 – AS INCONGRUÊNCIAS E INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 244 DO TST	159
<i>Daniel Quintino Tostes Martins</i>	
10.1 Introdução	161
10.2 Contrato por prazo determinado: conceito e fins	161
10.3 Contrato a termo e as garantias de emprego da empregada gestante	165
10.4 Da incongruência do artigo 10º, II, b do ADCT com a súmula 244 do TST	171
10.5 Confronto entre o inciso III da súmula com a lei federal 9.601/98	172
10.6 Conclusão	173
10.7 Bibliografia	175
11 – A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO SESI E DO SENAI	177
<i>Elisa Leão de Andrade</i>	
11.1 Introdução	179
11.2 A Imunidade Tributária e seu Fundamento Constitucional	180
11.3 A natureza jurídica do SESI e do SENAI	181
11.4 A Legislação Infraconstitucional	184
11.5 Os tributos contemplados pela Imunidade e entendimentos jurisprudenciais	187
11.6 Conclusão	193
11.7 Bibliografia	194
12 – A IMPENHORABILIDADE DOS RECURSOS DO SESI E SENAI EM RAZÃO DE SUA ORIGEM E APLICAÇÃO	195
<i>Flávio da Silva Possa</i>	
12.1 Introdução	197
12.2 A natureza jurídica do SESI e do SENAI	197
12.3 A origem e destinação dos recursos do SESI e do SENAI	202
12.4 Impenhorabilidade dos recursos públicos e a aplicação do art. 649, Ix do cpc	205
12.5 Impenhorabilidade dos recursos do sesi e senai e o caso concreto	208
12.6 Conclusão	210
12.7 Bibliografia	212

13 – ASPECTOS JURÍDICOS DO PROCESSO DE INTERVENÇÃO NOS ÓRGÃOS DO SESI E DO SENAI	213
<i>Jean Alves Pereira Almeida</i>	
13.1 Introdução	215
13.2 O Sistema Indústria	215
13.3 Da intervenção	218
13.4 Dos princípios que norteiam a intervenção no SESI e SENAI	219
13.5 Da missão e do fundamento jurídico do processo de intervenção	223
13.6 Consequências do ato interventivo	224
13.7 Questões polêmicas	224
13.8 Conclusão	225
13.9 Bibliografia	226
14 – AS MUDANÇAS RELEVANTES PARA O SISTEMA “S” E INDUSTRIÁRIOS COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	227
<i>Juliana Maroja Ribeiro Ramos (Relatora); Rodrigo Baçal de Vasconcelos</i>	
14.1 Introdução	229
14.2 As concepções atuais e a concretude das mudanças advindas do Projeto de Lei	229
14.3 A gratuidade de justiça destinada às pessoas jurídicas	230
14.4 Contagem de prazos à luz do projeto do Novo Código de Processo Civil	235
14.5 Sistema de precedentes	236
14.6 Incidente de resolução de causas repetitivas	238
14.7 Conclusão	239
14.8 Bibliografia	240
15 – A COTA LEGAL DA APRENDIZAGEM E SUA BASE DE CÁLCULO	241
<i>Leandro Gayer Gubert</i>	
15.1 Introdução	243
15.2 Breve histórico da aprendizagem	243
15.3 Conceitos básicos	246
15.4 A base de cálculo da cota de aprendizes (segundo o Ministério do Trabalho e Emprego)	248
15.5 Da aplicação da cota	249
15.6. A ótica do estatuto da criança e adolescente – ECA	251
15.7 Interpretação do ministério do trabalho e emprego - MTE	254
15.8 Conclusão	257
15.9 Bibliografia	258

16 – A SEGURANÇA JURÍDICA E A INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO SESI E AO SENAI SOBRE AS PARCELAS DITAS INDENIZATÓRIAS 261
Leonardo Rodrigo Silva Tônico (Relator); Sérgio Luís Rodrigues Couto; Departamento Regional Do Rio Grande do Sul

16.1 Introdução	263
16.2 Da abordagem feita pelos contribuintes	264
16.3 Da abordagem feita pelo SESI e pelo SENAI	265
16.4 Da segurança jurídica e seus aspectos controvertidos	270
16.5 Entendimento jurisprudencial	271
16.6 Considerações finais	276
16.7 Referências bibliográficas	277

17 – LIMITES E PROCEDIMENTOS PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA REALIZAÇÃO DE EVENTOS E PROJETOS PELAS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA INDÚSTRIA E AS IMPLICAÇÕES ADJACENTES 279
Letícia de Oliveira Lourenço

17.1 Introdução	281
17.2 Regime jurídico aplicável às entidades integrantes do Sistema Indústria	281
17.3 Eventos – caracterização	285
17.4 Considerações sobre a contratação de empresa para execução eventos e projetos pelas entidades integrantes do Sistema Indústria	288
17.5 Da possibilidade da subcontratação pela empresa de eventos contratada	289
17.6 Da necessidade de obediência, pela empresa de eventos, aos regulamentos de licitações e contratos do SESI e SENAI	290
17.7 Conclusão	292
17.8 Bibliografia	294

18 – INADEQUAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE APLICAÇÃO DA PARIDADE CONTRIBUTIVA AO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA INDUSTRIAL (PRECIN) 295
Livia de Almeida Souza Sales

18.1 Introdução	297
18.2 Previdência complementar privada	297
18.3 Exigência de adequação do plano de Previdência Complementar Privada Industrial (PRECIN) a paridade contributiva	303
18.4 A visão da cgu, do tcu e do judiciário sobre o assunto	308
18.5 Considerações finais	311
18.6 Referências bibliográficas	312

**19 – AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI ANTICORRUPÇÃO E A SUA IMPLICAÇÃO
PERANTE SISTEMA “S”** **313**

Natali Camarão de Albuquerque Nunes

19.1 Introdução	315
19.2 A criação da lei anticorrupção	316
19.3 A lei n.º 12.846/2013	320
19.4. A necessidade de regumanetação da lei n.º 12.846/2013	326
19.5 Conclusão	329
19.6 Bibliografia	330

**20 – ASPECTOS POLÊMICOS DA CONTRATAÇÃO DIRETA NO
ÂMBITO DO SISTEMA “S”** **331**

Victor Tainah Fernandes Dietzold

20.1 Introdução	333
20.2 A natureza jurídica das entidades do sistema “s”	334
20.3 Contratação em situação emergencial	335
20.4 A inexigibilidade para fornecedor exclusivo	339
20.5 Contratação de serviços pela notória especialização	343
20.6 O problema da frágil formalização dos processos	346
20.7 Conclusão	348
20.8 Bibliografia	349

APRESENTAÇÃO

É com orgulho renovado que apresento a publicação das teses inscritas para o Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico 2014. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído há sete anos pelas entidades do Sistema Indústria alcança a marca de sua 5ª edição, um indicador claro de vigor e de que veio para ficar.

O Prêmio conta com a participação de 24 autores, de 11 Estados do País, além do Departamento Nacional, que subscrevem as 20 teses integrantes desta publicação.

Todas as 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 Entidades que o integram.

Agradeço aos doutores Fábio Medina Osório e Flávio Amaral Garcia, os quais, juntamente comigo e com os doutores Cassio Borges, Sérgio Campinho e Sérgio Moreira, este último com a visão do gestor do Sistema Indústria, fizeram parte da Comissão Especial. Cada membro da Comissão que 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 sua 12ª edição, a ser realizado nos dias 13 e 14 de novembro de 2014, na cidade de Vitória/ES.

Parabênizo, 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! Parabênizo 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
2014



**1 – A INTERFERÊNCIA E A INTERVENÇÃO
PODER PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO
SINDICAL NA VIGÊNCIA DA
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

ALEXANDRE CESAR COUTINHO CONRADO DANTAS
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SERGIPE

1.1 A INTERFERÊNCIA E A INTERVENÇÃO PODER PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

“...vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.” (Constituição da República, inciso I do artigo 8º, parte final.)

Conquanto vedadas pela Constituição de 1988 a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical, e em que pese as históricas mostras de rebeldia com que parecia querer dele se libertar, permaneceu aquela acomodada, tornando-se, desde ali e ainda hoje, talvez mais que nunca, um refém pacífico do Executivo.

Paradoxalmente, conquanto essa organização, até por tradição, tenha sido uma das principais molas da engrenagem que gerou a recente democracia brasileira, é ela, talvez, a única dentre todas as instituições, aquela que padece a ingerência direta e verdadeiramente ditatorial do Governo que lhe regulamenta os passos e direção mediante firmes rédeas do Ministério do Trabalho.

Neste trabalho, propomo-nos a demonstrar que o parto da organização sindical brasileira para o mundo livre ainda não se consumou. O Ser Sindical cuja liberdade é proclamada desde 1988, continua umbilicalmente vinculado ao Poder Público, incapaz de gerir seus próprios destinos. As entidades que integram essa organização, conquanto disponham de instrumental legítimo capaz de promover essa alforria, dele não se utilizam, como se fossem incapazes, não apenas de interpretar, mas simplesmente de ler o que a Constituição da República proclama com singular clareza.

O que propomos com este trabalho é estimular um levante, uma ação libertadora sem a qual a organização sindical como um todo continuará “comendo na mão” do Poder Público não o banquete que organiza, mas o sobejo do prato principal.

“Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade.”
STF Súmula nº 677 - 24/09/2003

Em 12 de julho de 1989, um ano apenas após a promulgação da Carta de 1988, os advogados de cada uma das federações de indústrias foram chamados à CNI. O então Advogado-Chefe da entidade, Dr. Leonardo Grecco, relatava aos presentes a preocupação dos diversos presidentes de federações de indústria acerca de solicitações várias para filiação de sindicatos recém-criados através de meros registros em cartórios, portanto sem qualquer controle, uma vez amparados

pelo recente critério constitucional, o que, de certa forma, colocaria em risco a estabilidade do poder em várias daquelas casas, muitas sob a mesma administração há décadas.

Detalhou na ocasião providencias tentadas pela CNI junto ao Executivo, também junto ao Ministério do Trabalho, que por disposição constitucional havia se desincumbido da tarefa do controle sindical que exercera até o ano anterior, da mesma forma junto ao Ministério da Justiça, esse “*omisso*” e, por fim, “*ao Poder Judiciário*” (1).

Órgãos da CNI, como A CAL – Comissão de Assuntos Legislativos, à época presidida pelo Dr. Luiz Carlos Mandelli e a COAL Coordenação de Assuntos Legislativos e Ação Parlamentar, empenhavam-se em obter “*uma solução definitiva para o problema, através de legislação adequada*” (1), sem sucesso.

Relatava o Dr. Grecco na ocasião que “*...diversos novos Sindicatos encontram-se pressionando as respectivas Federações para obterem sua filiação, não podendo nem devendo prolongar-se a expectativa.*” (1)

Na reunião, alguns advogados revelavam problemas sobre o tema, vivenciados em suas federações: Santa Catarina e Rio de Janeiro haviam suspenso as filiações sindicais, “*até solução definitiva do impasse*”; São Paulo “*apenas*” protocolava o pedido de filiação de sindicato não registrado “*exigindo para a filiação registro no MTb, ou no órgão competente que viesse ser instituído por lei...*”(1). As federações de indústrias do Pará, Goiás e Minas Gerais estavam promovendo filiações.

Em meio à intensa discussão que se formou, foi trazido ao conhecimento dos presentes que um presidente de federação de indústrias de um dos estados do Norte do país, vinculado a sindicato recentemente criado através de simples registro em cartório, portanto sem registro no Ministério do Trabalho, já tinha assento no Conselho de Representantes da CNI, fato esse que, inviabilizou a reunião a partir daquele momento, cabendo ao Jurídico da CNI elaborar, “*com brevidade parecer jurídico que seria encaminhado às federações, contendo orientações sobre a filiação de novos sindicatos*” (1).

Desde 1903, quando se inicia no Brasil a disciplina legal dos sindicatos, essas entidades estiveram na mira do controle e mesmo do Poder de Polícia do Estado, sempre olhadas como um potencial foco de resistência aos poderes constituídos, contra o qual é imprescindível manter, no mínimo, a vigilância necessária. E não era de se desejar diferente. Sindicatos e suas congêneres,

federações e confederações havia um século, aportaram ao Brasil na bagagem dos imigrantes europeus trazendo a marca do anarquismo.

1.2 RÉDEAS DO ESTADO

Da República Velha à Crise de 1929

No Brasil, instituições com caráter reivindicatório surgem a partir de 1872 (2). Com a abolição da escravidão, em 1888, e a imediata proclamação da república no ano seguinte, multiplicaram-se as atividades manufatureiras nos centros urbanos e no litoral brasileiro, atraindo imigrantes da Europa, trabalhadores que tinham uma experiência de trabalho assalariado e consciência de direitos trabalhistas conquistados numa sociedade mais desenvolvida. Aqui, ao se depararem com uma sociedade de práticas escravocratas, começaram a se organizar, formando o que viriam a ser os sindicatos.

O primeiro deles surge em São Paulo (3), o Sindicato dos Trabalhadores em Mármore, Pedra e Granito, após a realização, em 1906, do 1º Congresso Operário Brasileiro (4). No ano seguinte, em 1907, o Decreto nº 1.637, organizou o sindicalismo urbano, ao reunir profissionais de profissões similares ou conexas.

Antes dele, o Decreto nº 979, de 1903, favoreceu a reunião dos profissionais da agricultura e das indústrias rurais, permitindo que o “sindicato” (5) tivesse personalidade jurídica, uma vez feito o “simple depósito de cópia dos estatutos na **repartição competente**” (6), à época o Cartório do Registro de Hipotecas do Distrito.

A chegada dos imigrantes europeus, especialmente os panfletários italianos, “*ideários do coletivismo propagado por Michail Bakunin e com o anarco-comunismo de Kropotkin e seus seguidores*” (7) marca os primeiros momentos da República. Suas ideias em meio a agitações que acontecem em várias regiões do país, inclusive nas forças armadas, com a Revolta dos Marinheiros, em 1910, deu motivos “*a uma campanha anti-sindicalista, de reflexos que se prolongaram no tempo*” (8), *quicá aos dias atuais*.

A partir de 1929, quando a classe média urbana, os operários, imigrantes, a burguesia industrial paulista e os banqueiros, elegem a indústria como prioridade de governo, em detrimento da agricultura, evidencia-se, por parte do Governo, uma necessidade ainda maior de exercer um controle efetivo sobre a atividade sindical.

1.3 O GOVERNO PROVISÓRIO – 1930 A 1934

“Ainda como órgãos de colaboração com o Poder Público, deverão cooperar os sindicatos, as federações e confederações...” (Decreto nº 19.970, de 19 de março de 1931)

Em novembro de 1930, o líder civil de um movimento armado de oposição, Getúlio Vargas, tornou-se presidente em caráter provisório, uma vez deposto por militares o governo legal do Presidente Washington Luis.

A recente quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, e os ecos, ainda, da Revolução Bolchevique de 1917, somados a agitação trabalhista nos grandes centros, convenceram o governo da necessidade de diminuir a influencia estrangeira sobre o movimento operário brasileiro.

O Governo de Getúlio optou, assim, por uma política de integração de classes de trabalhadores e empresários, organizadas em categorias e um plano de enquadramento sindical, com o que se resguardou da efervescência revolucionária que crescia no meio operário. Ao mesmo tempo “o Estado atribuiu aos sindicatos funções de colaboração com o Poder Público, a partir de um principio de publicização dos sindicatos para que, controlados pelo Estado, não se atirassem em lutas entre o capital e o trabalho” (9).

Em novembro, através do decreto 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, mas antes da efetiva introdução dos sindicatos numa ordem jurídica intervencionista, o que acontece com a Lei dos Sindicatos expressa no Decreto nº 19.770, de 1931, o governo, promulga, ainda em 1930, a Lei dos Dois Terços, que restringia a admissão de não brasileiros, visando inibir a influencia estrangeira e nacionalizar o trabalho.

A partir de 1931 os estatutos dos sindicatos seguem padrões estabelecidos pelo novo Ministério e obrigam-se à apresentação de relatórios de atividades. Para funcionarem, dependem do reconhecimento do Estado e seguem uma estrutura de sindicato único por base territorial, o critério de agrupamento de profissões idênticas, similares ou conexas nos municípios e a abstenção de atividades políticas, ideológicas ou religiosas.

Sobre o Decreto nº 19.770/31, diz Amauri Mascaro Nascimento que o Governo sempre proclamou o objetivo de “**chamar o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da vida privada em que vivia, para as responsabilidades da vida pública**”... e ainda: “**Mais que isto: investiu-o de poderes de autoridade pública, transferindo-lhe prerrogativas próprias de pessoa do Estado**” (10).

1.4 O GOVERNO CONSTITUCIONAL – 1934 A 1937

“...órgãos de colaboração, com o Estado...” (artigo 2º, c, Decreto nº 24.694, de 12 de julho de 1934)

Em 1934, após a revolução Constitucionalista acontecida dois anos antes, foi promulgada uma nova Constituição. Nela foram inseridas normas sobre Direito do Trabalho, na qual estão regulados os sindicatos e os direitos dos trabalhadores e incorporados princípios e fundamentos do mesmo Decreto nº 19.970/31.

Nessa Carta, o sindicato passou a ser, teoricamente, compreendido como pessoa jurídica de direito privado, dotado de liberdade de ação, de constituição e de administração”, mas antes da sua promulgação, o Decreto nº 24.694, “*bastante detalhista, interferente*” (11), determinou funções às entidades sindicais, fixou requisitos para a sua criação, determinou a obrigatoriedade do pedido de reconhecimento e enumerou exigências para a elaboração dos estatutos.

1.5 O ESTADO NOVO 1937 A 1945

“art. 140 – A economia da população será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças de trabalho nacional, colocadas sob a assistência e proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público”. (Constituição de 1937, art. 140.)

Em 1937, a nova Carta Constitucional asseverava no seu artigo 138 que “*...somente o sindicato regularmente **reconhecido pelo Estado** tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, ...*”

Presidente da Confederação Industrial do Brasil, em novembro de 1937, **Roberto Simonsen**, “*recomenda a sindicalização da entidade nos termos da nova constituição. Está articulada a gênese da Confederação Nacional da Indústria (CNI) fundada dali a dez meses*”(12).

Em julho de 1939, conquanto a liberdade sindical preconizada no texto constitucional, o Estado buscou reorganizar a ordem sindical através do Decreto-lei nº 1.402. Nele foram distinguidos associações de sindicatos, permitindo-se a pluralidade das primeiras, enquanto

o **grau de sindicato** só seria conferido àquelas que fossem reconhecidas pelo Estado e que passariam a gozar de prerrogativas para representação das categorias.

O decreto organizava um quadro de atividades e profissões e classificava as representações em níveis: sindicatos, federações e confederações, antes que poderiam sofrer intervenção, ou, pior que a intervenção, a pena de cassação da carta de reconhecimento.

1.6 DO PÓS-GUERRA A 1988

“...o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”. (Constituição de 1946, artigo 159)

Em 1946, com uma nova Constituição, os sindicatos continuam exercendo funções delegadas do Poder Público. Para Evaristo de Moraes Filho a carta apresenta forte curiosidade, pois declara “*que é livre a associação profissional ou sindical, mas deixa-se para a lei ordinária a quase totalidade da regulamentação desse assunto*” (13). Um pouco antes da promulgação, fora aprovada a primeira lei de greve, através do Decreto-lei nº9.070, proibida pela Carta anterior. Em 1978, o Decreto-lei nº 1.632 completou aqueles dispositivos, dispondo sobre greves nas atividades essenciais, que se tornaram proibidas pela Constituição de 1967.

Até 1988 foram poucas as modificações na ordem legal relacionadas com os sindicatos. Destaque-se, porém a fase de autonomia vivenciada pelo movimento sindical a partir da “abertura política” que proporcionaria um novo tipo de relacionamento entre essas entidades e o Estado.

Na sequência, quando da promulgação da Constituição de 1988, recompensando os esforços do movimento sindical pela redemocratização do país, ou talvez talvez mesmo uma conquista do próprio movimento junto ao parlamento constituinte, foi insculpida na nova Carta a liberdade de associação sindical, incluindo a inexigência, pelo Estado, de autorização para a sua fundação, organização ou funcionamento.

O Estado por sua vez, até 1999, ano da extinção dos Juízes Classistas – de triste memória para o movimento sindical - teve seus tentáculos sobre o sindicalismo brasileiro, mantendo sob algum controle, ali já desnecessário, o impulso da massa trabalhadora.

1.7 O PODER NORMATIZADOR DO MTE

‘... vedadas ao Poder público a intervenção e a interferência na organização sindical;’ (Constituição do Brasil, inciso I, artigo 8º)

O registro com significado de reconhecimento ou credenciamento que assegurava o controle estatal atravessou incólume todo o período da República, até a Constituição democrática de 1988, parecendo perpetuar a profecia de Oliveira Viana: “*com a instituição deste registro, toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho: nele nascerão; com ele crescerão; ao lado dele se extinguirão*” (14).

Com a Carta mais recente, depois de discussões acerbadas a propósito da competência para o registro, tendente ao cartório civil como qualquer associação comum, o que avultou preocupações com o número de entidades que passaram a ser criadas, o Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 677, reconheceu ser o Ministério do Trabalho habilitado a esse trabalho uma vez em seu poder, à época e ainda hoje, o arquivo das entidades sindicais. Ressaltou, porém o STF que o registro seria apenas um ato cartorário, vinculado à preservação da unidade sindical, e provisório, até que a lei ordinária determinasse órgão competente definitivo.

De posse desse trunfo, o MTE ressuscitou o passado que todos queriam sepultado e usurpou a função legislativa, passando a normatizar a vida sindical através de portarias e instruções normativas.

Assim, no período pós constituinte, da Instrução Normativa nº 05, da Ministra Dorothea Werneck, no governo Sarney, em 1990, à Portaria nº186, de 2008, do Ministro Carlos Lupi, no Governo Lula, foram seis portarias disciplinando o registro sindical.

Aquela última, a de nº 186, manteve o Cadastro Nacional de Entidades Sindicais - CNES e estabeleceu, dentre outras, que o requerimento para o registro, informatizado, deve compactar-se no modelo eletrônico disponibilizado na Internet, ainda que a organização do sindicato não corresponda aos campos que devem ali serem preenchidos. Toda a documentação, estatuto registrada em cartório, com observância dos dispositivos pertinentes do Código Civil, comprovante de endereço, cartão de CNPJ, atas, lista de presença, exigidas publicações de editais no DOU e jornais grande circulação, devem ser conferidos pela Superintendência Regional do Trabalho ou DRTs que as remete à Secretaria de Relações do Trabalho para a “conferência” dos documentos e em seguida para a Coordenação Geral de Registro Sindical para análise.

Coube ao Secretário de Relações do Trabalho negar o registro, determinando o arquivamento do pedido, conforme a redação do artigo 5º da mesma Portaria, quando: a) não existir a categoria que se pretende representar; b) for ofendido o sistema de unicidade sindical; c) a associação criada englobar a cidade sede de sindicato já registrado; d) o pedido desatender a forma imposta; e) a documentação apresentada for insuficiente.

O MTE ao se atribuir poder, através dos seus “analistas” para afirmar ou negar a existência de uma categoria fere a autonomia sindical duramente conquistada, já que a rigor do § 2º do art. 511 da CLT: “*A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional*”. Da mesma forma, com relação a categoria econômica, já que se extrai do § 1º do dispositivo citado: “*A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica*”. A Portaria 186, por isso, feriu ainda o princípio da legalidade, garantia fundamental inscrita no inciso II do artigo 5º da Constituição e “*que objetiva combater o poder arbitrário do Estado*.” (15)

“..., ressalvado o registro no órgão competente, ...”

Ao **vedar** ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, a Constituição de 1988, que de forma não expressa **recepicionou**, se não aos sindicatos e federações, pelos menos às confederações o **caráter** de “...órgãos de colaboração, com o Estado...” aptos, ainda “...ao exercício de funções delegadas de poder público...” e elegeu esses, na **ressalva** que fez, por ordem de legitimidade, a atribuição do registro, **evidentemente diverso do registro civil**, este indispensável ao nascimento da pessoa jurídica, pelo que não precisaria ser mencionado na Carta Magna.

Sendo como é um *ente de colaboração, com o Estado apta ao exercício de funções delegadas de poder público*, como o tem exercido em situações variadas, a CNI, mais que qualquer outro órgão detém a melhor competência para proceder o registro das entidades sindicais a ela vinculadas, zelando pela observância do princípio da unicidade e exercendo o controle do cadastro nacional de entidades sindicais patronais da indústria.

Sendo uma associação, deve ter, como qualquer outra, o controle do seu quadro de associados que em instância última são os sindicatos. Sem isso as entidades registradas no MTE passam a ter imediato direito a assento nos conselhos de representantes das federações, no caso dos sindicatos, e mesmo no Conselho de Representantes da CNI, no caso de entidades federativas.

Ressalte-se a morosidade burocrática do Ministério do Trabalho para a simples distribuição dos pedidos de registro de entidades sindicais, nunca inferior a dois anos, estando hoje a “Fila de Distribuição” com mais de mil pedidos à espera para a simples análise da documentação, em flagrante prejuízo à representação da indústria brasileira.

Sobre isso, vale arguir que a Súmula 677 atribuiu a incumbência do registro ao MTE, “*até que lei venha dispor a respeito*”. No entanto a CNI, nos termos da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, está legitimada a propor a revisão desse dispositivo podendo e devendo fazê-lo sob pena de continuar, indefinidamente, refém do MTE.

1.8 BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

Of.DJ-69/89 – Circular – Departamento Jurídico da CNI (1) e ATA.

Azis Simão,

Sindicato e Estado, São Paulo, Dominus 1966, (2) p. 203; (3) p.74.

Júlio Lobos,

Sindicalismo e Negociação, São Paulo, José Olímpio 1985, (4) p.74.

Amauri Mascaro Nascimento,

Direito Sindical, São Paulo, Saraiva, 1989, (5) p. 55; (6) p.55; (9)p.61; (11) p.6.

Caio Túlio Costa,

O que é Anarquismo, 5ª Ed. SP Brasiliense (7).

Sheldon Leslie Harem,

Anarquistas, Imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro, RJ, Paz e Terra, 1979, Tradução Eduardo Ribeiro, Moretz Sohn, (8) p.30.

Amauri Mascaro Nascimento,

Curso de Direito do Trabalho, SP, 2007, Saraiva, (10) p.1063;

Eduardo Bueno,

Produto Nacional, 2008, Brasília CNI, (12) p.141;

Evaristo de Moraes Filho,

O Problema do Sindicato Único no Brasil, SP, Alfa e Omega, 1952, (13) p.274

Max Limonad,

Problemas de Direito Sindical, RJ, 1943, (14) p.209 – Cit.

Alexandre de Moraes,

Constituição do Brasil Interpretada, SP, Atlas, 2004, (15) p.197

Orlando Gomes/Elson Gottschalk,

Curso de Direito do Trabalho, RJ, Forense, 2012,

Arnaldo Sussekind / Délio Maranhão

Instituições do Direito do Trabalho, 8ª Edição, RJ. Freitas Bastos, 1981 V.2.

Mariangela Guerreiro Melhoranza,

Direito do Trabalho I, PUC RS – Aula

Mario de Almeida Lima,

Origens da Legislação Trabalhista Brasileira, Fundação Paulo do Couto e Silva, 1991

Joaquim Pimenta,

Sociologia Jurídica no Trabalho, RJ. Max Limonard, 1944,

Arnaldo Sussekind,

Negociação e Relações do Trabalho, Coleção Universidade & Indústria – Monografia, RJ 1981.

Thomas Skidmore,

Brasil : Getúlio a Castelo, RJ, Paz e Terra, 1976,

Mario Gomes Schapiro,

Estado, direito e economia no contexto desenvolvimentista: breves considerações sobre três experiências, em Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas, Coordenação Eurico Marco Diniz de Santi, SP, 2007, Saraiva,

Francisco Oliveira,

A economia brasileira: crítica à razão dualista, SP, Boitempo, 2003,

Celso Lafer,

O planejamento do Brasil – observações sobre o Plano de Metas, SP, Perspectiva, 1975.

Valentim Carrion,

Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, SP, Saraiva, 2011

Legislação

Constituição da República de 1937

Constituição da República de 1942

Constituição da República de 1946

Constituição da República de 1967

Emenda Constitucional nº10 de 1969

Constituição da República de 1988

Do Supremo Tribunal Federal (Serviço de Jurisprudência)

Mandado de Injunção nº144-8

Recurso Extraordinário nº 146822-0

Mandado de Injunção nº00003882/400

Recurso Extraordinário nº134300-1

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1121-9

Agravo Regimental nº146822-7

Súmula 677

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**2 – ASPECTOS LEGAIS DA BONIFICAÇÃO
PELO ATINGIMENTO DE METAS
NOS SERVIÇOS SOCIAIS
AUTÔNOMOS – PPR –
REMUNERAÇÃO VARIÁVEL – PRÊMIO**

ANDRÉ LUIZ DE CARVALHO CORDEIRO (RELATOR)
CARLOS JOSÉ KURTZ
GUSTAVO GANZ SELEME
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

2.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar as principais formas de bonificação por atingimento de metas nas relações de trabalho, especificamente para os serviços sociais autônomos.

As entidades que compõem os serviços sociais autônomos, atualmente, possuem metas desafiadoras, em todos os ramos de atuação, seja em educação, saúde e segurança, tecnologia, inovação e etc, sendo cada vez mais demandadas pela indústria, comércio, sociedade e pela administração pública, prova disso é o PRONATEC - Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego.

De forma objetiva, há necessidade de buscar formas legais de bonificação dos empregados que atingem e superam as audaciosas metas estabelecidas pelas entidades, tanto para a persecução, superação e eficiência dos resultados, como para o bem da sociedade e de nosso País.

O presente trabalho pretende enumerar as principais formas de bonificação dos empregados, analisando sob a ótica da possibilidade e da legalidade na instituição desses programas para os serviços sociais autônomos.

2.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Magna, de forma muito clara, traz em seu artigo 218 a forma com que o Estado incentivará as empresas nacionais que invistam em pesquisa, tecnologia e recursos humanos. Diz referido artigo:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

(...)

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.¹

¹ Retirado do site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm em 14 de agosto de 2014 as 18:15 horas.

Pela simples leitura da norma constitucional, não se olvida a intenção da Lei Maior em estender sistemas de remuneração resultantes da produtividade à todas as empresas e seus empregados, sem exceção, de forma desvinculada do salário.

*Talvez o constituinte quisesse referir-se a resultado como forma de participação do trabalhador na produtividade, como mencionou no inciso 4º do art. 218 da Lei Maior, ou no faturamento da empresa; contudo, empregou a expressão errada para o significado que pretendia. O certo é que lucro não se confunde com resultado, até porque, em Direito, cada elemento constante da regra jurídica possui significado próprio (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit). **Pode-se entender, também, que o uso da expressão resultados seja decorrente de estabelecer uma forma de participação do trabalhador no resultado positivo obtido por empresas que não tenham por objeto o lucro, como instituições de beneficência, associações recreativas, sindicatos, hospitais etc., de maneira a que o trabalhador tenha uma participação financeira sobre a produtividade que alcançou para a referida empresa.**²*

Não há vedação constitucional às empresas - independente da sua natureza - que pretendam instituir sistemas de remuneração resultantes da produtividade à todas as empresas e seus empregados.

2.3 AS DIVERSAS FORMAS E POSSIBILIDADES

Como apresentado no tópico anterior, não há vedação constitucional para instituição de sistemas de remuneração resultantes da produtividade à todas as empresas e seus empregados, pelo contrário, há incentivo.

Dessa forma, considerando que os serviços sociais autônomos possuem missões audaciosas em temas relevantes para o desenvolvimento do País, como tecnologia, pesquisa, educação, saúde e segurança, com objetivos comuns de inovação e competitividade, apresentam-se as principais formas de bonificação por atingimento de metas:

2 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21.ed – São Paulo: Atlas, 2005. P.296

a) PPR – Programa de Participação nos Resultados

O PPR – Programa de Participação nos Resultados, inserido no ordenamento jurídico pela Lei 10.101 de 19 de dezembro de 2000, e que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, possui formato atrativo para sua instituição.

É que conforme seu artigo 3º, o PPR não constitui base de incidência de encargos trabalhistas, ou seja, não é base de cálculo para as contribuições previdenciárias, incidindo, apenas o Imposto de Renda com retenção direta na fonte, na forma do parágrafo 5º do mesmo artigo.

*Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.
(...)*

§ 5º A participação de que trata este artigo será tributada pelo imposto sobre a renda exclusivamente na fonte, em separado dos demais rendimentos recebidos, no ano do recebimento ou crédito, com base na tabela progressiva anual constante do Anexo e não integrará a base de cálculo do imposto devido pelo beneficiário na Declaração de Ajuste Anual.³

Quanto a natureza não salarial do PPR, entende o TST - Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. REFLEXOS. DIFERENÇAS SALARIAIS. Em que pese o entendimento desta Relatora, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, analisando a questão sob a ótica da eficácia e do alcance da norma coletiva, definida em caráter excepcional, decidiu pela sua validade, mediante voto prevalente da Presidência, afastando a natureza salarial da “participação nos lucros e resultados”. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento.

(RR - 171000-59.2003.5.02.0462, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 05/05/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/05/2010)

³ Retirado do site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10101.htm em 13 de agosto de 2014 as 16:04 horas.

Embora haja interpretações quanto à impossibilidade de instituição do PPR nos serviços sociais autônomos, ante a natureza jurídica dessas entidades, não há dúvidas quanto ao incentivo legal e constitucional para adoção do referido programa.

Para instituição do PPR, há que se estabelecer negociação entre empresas e empregados, com a entabulação de regras claras e objetivas fixando a forma de aquisição do direito e a distribuição dos resultados, em instrumento depositado na entidade sindical dos trabalhadores.

Quanto a possibilidade dos serviços sociais autônomos na instituição de PPR, tem-se que o TCU - Tribunal de Contas da União, possui entendimento no sentido de possibilitar a instituição do Programa com base na Lei 10.101, cita-se a decisão de 8 de novembro de 2012:

*Nesses termos, concluo que o Sesi instituiu direito social previsto constitucionalmente (artigo 7º, inciso XI), enquadrando-se na distribuição de resultados, estando correta a fundamentação na Lei 10.101-2000, uma vez não preencher, cumulativamente, os requisitos previstos no inciso III do parágrafo 3º do artigo 2º da referida lei, notadamente sua alínea “c”.*⁴

Alice Monteiro de Barros⁵ ensina que a “Constituição de 1988 torna obrigatória a participação nos lucros e resultados, conforme for definido em lei, mas deixa clara a sua natureza não salarial (art. 7º, XI, e art. 218, IV); Sua natureza equivale a uma “técnica de incentivo” e, por força de preceito constitucional, não integra o salário, tampouco a remuneração para nenhum efeito legal.

De qualquer sorte, o PPR é um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, considerando principalmente que a Lei 10.101 iniciou sua vigência há aproximadamente 14 (quatorze) anos, sendo que seu exercício pelos serviços sociais autônomos deve ser pautado pela razoabilidade e na busca efetiva dos objetivos institucionais e regulamentares dessas entidades.

b) Remuneração Variável

Quando o tema bonificação pelo atingimento de metas é aventado, logo vem a citação do que se denomina remuneração variável, que nada mais é do que o acréscimo ao salário fixo de parcela variável, como são as gratificações voluntárias, comissões e até mesmo os prêmios.

4 Acórdão do TCU de 8 de dezembro de 2012, Primeira Câmara, Ministra Relatora Ana Arraes, nos autos do TC 025.679-2010-04.

5 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006. P. 760.

Neste ponto, vale o ensinamento de Maurício Godinho Delgado⁶ quando afirma que “É a comissão, como visto, modalidade de salário variável, razão por que se sujeita à regra protetiva fixada tanto pelo art. 78 da CLT, como pelo art. 7º, VII, da CF-88 (a par de art. 1º, Lei n. 8716-93): garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal aplicável para qualquer empregado comissionista” e “Sujeitam-se também as comissões à regra de integração ao conjunto salarial obreiro, conforme o efeito expansionista circular próprio aos salários.”

Alice Monteiro de Barros⁷ salienta “que essa forma mista de pagamento de salário, que combina tempo com resultado, é considerada simples. Ela será composta quando o salário por tarefa vier acompanhado de prêmios”.

Sobre o tema, é da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

Processo: Nº 0004173-02.2011.5.12.0009

Ementa: COMMISSIONISTA MISTO. FORMA DE PAGAMENTO DAS HORAS EXTRAS. Ao comissionista misto, entendido como tal o empregado que percebe uma parte da remuneração de forma fixa e outra variável, a contraprestação relativa à sobrejornada compõe-se do valor-hora mais o adicional extraordinário, em relação à parcela fixa; em relação às comissões (parcela variável), a reparação contempla apenas o adicional. Diretriz da Orientação Jurisprudencial nº 397 da SBDI-1 do TST.

Juíza Lourdes Dreyer - Publicado no TRTSC/DOE em 09-12-2013

Processo: Nº 0000702-35.2012.5.12.0011

Ementa: COMMISSIONISTA MISTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 340 DO TST. O empregado que recebe remuneração mista, ou seja, uma parte fixa e outra variável, tem direito a horas extras pelo trabalho em sobrejornada. Em relação à parte fixa, são devidas as horas simples acrescidas do adicional de horas extras. Em relação à parte variável, é devido somente o adicional de horas extras, aplicando-se à hipótese o disposto na Súmula n.º 340 do TST (OJ nº 397 da SDI-1 do TST).

Juíza Lígia M. Teixeira Gouvêa - Publicado no TRTSC/DOE em 10-05-2013

6 DELGADO. Curso de Direito do Trabalho. P. 692.

7 BARROS. Curso de Direito do Trabalho. P. 780.

Vale também colacionar a posição do TST:

COMISSIONISTA IMPRÓPRIO - HORAS EXTRAS - BASE DE CÁLCULO. O comissionista impróprio, ou seja, aquele que recebe um fixo mais comissões pela sua produção, e que faz horas extras, tem direito de ser remunerado da seguinte forma: relativamente à parte variável de seu ganho (comissões), incide apenas o adicional, uma vez que a hora trabalhada, além da jornada normal, já está remunerada pelo pagamento das comissões (Súmula nº 340 do TST); já sobre a parte fixa, o empregado recebe o valor da hora acrescido do respectivo adicional. Embargos de declaração de ambas as partes rejeitados.

Processo: ED-RR - 32800-82.2002.5.17.0141 Data de Julgamento: 29/03/2006, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 20/04/2006.

Assim, diferentemente do Programa de Participação nos Resultados, o formato de sistema de remuneração variável implica na repercussão sobre a parcela de FGTS, aviso prévio, 13º salário, férias, etc compondo também o correspondente salário de contribuição.

Entrementes, como possibilita a bonificação dos empregados por atingimento de metas, é um formato possível de instituição pelos serviços sociais autônomos.

c) Prêmio

Como ensina Maurício Godinho Delgado⁸, “Os prêmios (ou bônus) consistem em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada a conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa.

O Prêmio, na qualidade de contraprestação paga pelo empregador ao empregado tem nítida feição salarial. Nesta linha, sendo habitual, integra o salário obreiro, repercutindo FGTS, aviso prévio, 13º salário, férias, etc (súmula 209, STF), compondo também o correspondente salário de contribuição”

A doutrina de Eduardo Gabriel Saad⁹ entende que prêmio “encerra uma idéia de competição.

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009. P. 695-696.

⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho. 41. Ed. Atual. E rev. E ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2008. P. 453.

Faz *jus* a um prêmio estabelecido pelo empregador o empregado “A”, que, num mesmo lapso de tempo e soa as mesmas condições, produz mais que o empregado “B” ou durante certo período, aquele é pontual e este não é”.

Ainda Saad, citando o saudoso Arnaldo Sussekind e Orlando Gomes, afirma que “na instituição dos prêmios, o empregador costuma estipular condições que subordinam sua concessão. E que o prêmio, nada mais representará, portanto, do que uma liberalidade patronal.”

Como visto, os prêmio possuem típico caráter salarial, o que determina a incidência de praxe, principalmente quando caracterizada a habitualidade. Colaciona-se a jurisprudência do Colendo TST - Tribunal Superior do Trabalho:

GRATIFICAÇÃO MENSAL DE FÉRIAS (PRÊMIO ASSIDUIDADE). NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

A gratificação de assiduidade paga mensalmente de modo habitual, pela incorrência de ausências ao serviço, possui natureza salarial, e, assim, integra a remuneração do trabalhador, a ensejar as repercussões postuladas, a teor do artigo 457, § 1º, da CLT. Precedentes desta Corte.

Recurso de revista conhecido e provido.

Processo: RR - 1181400-90.2002.5.02.0902 Data de Julgamento: 07/04/2010, Relator Juiz Convocado: Roberto Pessoa, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/05/2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRÊMIO INCENTIVO. HABITUALIDADE. INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO. O prêmio pago com habitualidade integra o salário do obreiro, a teor do art. 457, § 1º, da CLT. Ilesos, portanto, os dispositivos aventados, e inespecíficos os arestos trazidos a confronto. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Processo: AIRR - 105341-21.2007.5.15.0036 Data de Julgamento: 28/04/2010, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2010.

PRÊMIO-DESEMPENHO. NATUREZA JURÍDICA. Fixada na decisão recorrida a habitualidade no pagamento da parcela denominada prêmio desempenho, ainda que estatutária e formalmente atrelada à existência de lucro, se descaracterizada a condição de aleatoriedade da parcela, mas, ao contrário,

caracterizada a regularidade, periodicidade e uniformidade na sua concessão, esta deixa revelada sua natureza salarial. Recurso conhecido e desprovido.

Processo: E-RR - 361121-47.1997.5.04.5555 Data de Julgamento: 14/10/2002, Relator Ministro: Wagner Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ25/10/2002.

E o próprio STF - Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 209, determinando:

SÚMULA Nº 209

O SALÁRIO-PRODUÇÃO, COMO OUTRAS MODALIDADES DE SALÁRIO-PRÊMIO, É DEVIDO, DESDE QUE VERIFICADA A CONDIÇÃO A QUE ESTIVER SUBORDINADO, E NÃO PODE SER SUPRIMIDO UNILATERALMENTE, PELO EMPREGADOR, QUANDO PAGO COM HABITUALIDADE.

Dessa forma, e em não havendo dispositivo legal disciplinando a parcela prêmio, trata-se de benefício criado e desenvolvido na vigência do contrato de trabalho, em que se ajustam a forma e as condições para o seu pagamento. Estabelece-se, basicamente, que o prêmio será pago após cumpridas circunstâncias eleitas relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do trabalhador ou coletiva de trabalhadores, como produtividade, assiduidade, zelo, etc.

2.4 CONCLUSÃO

Não há dúvidas que o sistema remuneratório das empresas é determinante para obtenção dos objetivos para os quais se propõem. Em se tratando dos serviços sociais autônomos, que possuem natureza jurídica peculiar, com objetivos regulamentares/regimentais diversos, como educação, qualificação profissional, saúde e bem estar social, dentre outros necessários ao desenvolvimento empresarial, na busca cada vez mais inovação e competitividade, pode se afirmar que a bonificação por atingimento de metas é essencial a gestão dessas entidades.

A eficiência dos empregados e a respectiva bonificação por atingimento de metas seja qual for o formato instituído (PPR, Remuneração Variável, Prêmio), eleva o compromisso para além das barreiras dos contratos de trabalho, dotando a gestão dessas entidades de ganhos reais e concretos, sendo que a própria Lei Maior incentiva a instituição de referidos programas.

Vale ainda destacar que segundo Jean Pierre Marras¹⁰ as vantagens da remuneração por resultados (*Pay-for-Performance*) são:

- Incentiva a busca de qualidade total;
- Melhora o conjunto da produtividade;
- Alavanca uma redução geométrica dos custos e despesas;
- Reforça os valores culturais da empresa;
- Incentiva a participação individual e coletiva.

Dessa forma, seja sobre o formato do Programa de Participação nos Resultados, que possui incentivos fiscais em legislação própria, ou pelos modelos de remuneração variável ou de prêmio, que por suas naturezas são regidos pelas normas protetivas do direito do trabalho, não há como negar os benefícios para os empregados, para a gestão e produtividade das entidades que compõem os serviços sociais autônomos, para sociedade e para o País na instituição de sistemas remuneratórias com bonificação por atingimento de metas.

10 MARRAS, Jean Pierre: Administração da Remuneração, ed. Cengage Learning 2002.

2.5 BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998.

BRASIL. Lei nº 10.101 de 19 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas e dá outras providências.

BRASIL. TCU. Processo nº 025.679-201004.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

Jurisprudência do STF – Supremo Tribunal Federal, TST – Tribunal Superior do Trabalho e do TRT12ª – Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 21.ed – São Paulo: Atlas, 2005.

MARRAS, Jean Pierre: Administração da Remuneração, ed. Cengage Learning 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho. 41. Ed. Atual. E rev. E ampl. Por José Eduardo Duarte Saad, Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2008.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**3 – POSSIBILIDADE, EM TESE, DO IEL SER
CONTRATADO MEDIANTE DISPENSA
DE LICITAÇÃO, PELO SESI E SENAI, NA
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELACIONADOS
AO CONCEITO DE “DESENVOLVIMENTO
INSTITUCIONAL”**

ARTUR HENRIQUE TUNES SACCO
DEPARTAMENTO NACIONAL

3.1 INTRODUÇÃO

O Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), por força do art. 1º de seus Regulamentos de Licitações e Contratos (RLC), devem, em regra, contratar mediante licitação.

Nesse sentido, a contratação direta é exceção e, só será possível caso amolde-se a uma das hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade previstas nos artigos 9º e 10º do RLC e ser justificada, inclusive quanto ao preço, e ratificada pelo gestor competente.

Diferentemente da inexigibilidade, quando a ampla competição é inviável, nas hipóteses de dispensa a competição é possível, contudo, por razões objetivas, sejam decorrentes do custo da aquisição, da característica do bem, de condições do contrato, de casos fortuitos ou força maior, ou de certas qualidades do fornecedor, o legislador interno entendeu mais vantajoso conferir ao gestor a discricionariedade de poder decidir por não licitar.

Contudo, deve-se ter sem vista que as hipóteses de dispensa são taxativas e exaustivas, devendo ser interpretadas restritivamente, sob pena de desvirtuamento da obrigação de licitar e de mau uso pelo gestor da discricionariedade que lhe foi conferida pelo art. 9º do RLC.

Assim, o presente artigo destina-se a analisar o âmbito de aplicação do art. 9º, VIII do RLC nas contratações do SESI e SENAI, haja vista o clima de insegurança jurídica sobre a correta aplicação da referida hipótese de dispensa de licitação, notadamente com o fim de contratar diretamente instituição, sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente do desenvolvimento institucional. Adicionalmente, estaria o Instituto Euvaldo Lodi (IEL) – como prestador de serviços – abarcado nesses quesitos?

Tal insegurança decorre do conceito amplo e juridicamente indeterminado do termo “desenvolvimento institucional”, o que poderia ser facilmente desvirtuado para viabilizar diversas contratações, sem o devido procedimento licitatório e que não atendam ao verdadeiro intento da norma.

Essa circunstância, embora inegavelmente torne mais árduo o trabalho do aplicador do direito, não impede que se extraia eficácia jurídica da norma. É que mesmo o mais impreciso dos vocábulos ou expressões sempre possui uma zona de certeza positiva, dentro da qual é possível enquadrar ao menos alguns casos concretos. Nesse sentido, o entendimento do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398.

É que mesmo estes conceitos chamados 'fluidos' possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, um auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferações incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.

Com efeito, nem o Tribunal de Contas da União (TCU), tampouco a doutrina administrativa têm se furtado de manifestarem-se sobre essa interessante hipótese de dispensa em situações concretas.

3.2 A HIPÓTESE DE DISPENSA PREVISTA NO ART. 9º, VIII, DO RLC

3.2.1 Requisitos mínimos

Visando melhor detalhar a aplicabilidade do dispositivo em comento, cabe transcrevê-lo:

Art. 9º A licitação poderá ser dispensada:

(...)

VIII - na contratação de entidade incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que sem fins lucrativos.

Da leitura específica do inciso extrai-se os seguintes requisitos específicos para a aplicabilidade da hipótese de dispensa versada:

- a) o contrato deve ter como objeto a atividade de pesquisa, de ensino ou de desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico;

- b) o estatuto do contratado deve ter como objetivo a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico;

c) o contratado há de ser uma pessoa jurídica sem fins lucrativos (o que não significa que deva ser deficitária ou que não deva ser corretamente remunerada);

d) o contratado deve ter capacidade de, por si, atender o objeto contratado.

Apesar do Sesi e Senai não se sujeitarem à lei 8.666/93², mesmo que subsidiariamente, pois norma destinada exclusivamente à Administração pública, cabe transcrever o art. 24, XIII, da lei geral de licitações, pois evidentes os sinais de que o art. 9º do RLC, inciso VIII, teve nele a sua inspiração:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

A referência a esta inspiração se faz necessária para melhor determinar a posição da doutrina e dos órgãos de controle sobre a aplicação da hipótese de dispensa aqui versada, que abaixo se descortinará, sempre tendo em vista que as referências voltadas à Administração Pública têm caráter meramente didático para os fins deste artigo, em relação ao Sesi e Senai.

Nesse sentido, também no inciso XIII, do art. 24 acima citado, é possível identificar os critérios mínimos à sua aplicabilidade, restringindo-se a: a) que a instituição seja brasileira; b) incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional ou, ainda, dedicada à recuperação social do preso; c) detentora de inquestionável reputação ético profissional; e) sem fins lucrativos.

Adicionalmente, para o TCU não basta que a instituição contratada preencha os requisitos impostos pelo inciso XIII do artigo 24 da Lei de Licitações. O objeto do correspondente contrato deve guardar estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional especificadas no estatuto da entidade prestadora dos serviços, observado sempre a razoabilidade do preço cotado.

² Os Serviços Sociais Autônomos, regem-se por seus próprios regulamentos. O Tribunal de Contas da União há muito já reconheceu a autonomia das entidades do Sistema "S" para emitirem seus próprios normativos, estabelecendo parâmetros a serem seguidos, em suas diversas contratações, excluída sua subordinação às normas dirigidas à Administração Pública, a exemplo da não aplicação da Lei nº 8.666/93, mas sim de regulamentos próprios, conforme disposto nas emblemáticas: Decisão/Plenário/TCU nº 907/97, prolatada na Sessão de 11/12/97 e; Decisão /Plenário/TCU nº 461/1998, publicada em 22/07/1998.

Assim, dispõe a Súmula nº 250³ do Tribunal de Contas da União:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Aliás, nesse sentido, o TCU tem proferido inúmeras decisões. Cabe citar trecho encontrado no Acórdão nº 1.616/2003 – Plenário, no sentido de que “a jurisprudência desta Corte já afirmou que, para a contratação direta com base na norma supra, não basta que a entidade contratada preencha os requisitos estatutários exigidos pelo dispositivo legal, é necessário também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.”

3.2.2 Conceito de desenvolvimento institucional e sua correlação ao objeto da contratação. Alguns exemplos admitidos pelo Tribunal de Contas da União

Socorrendo-se da posição da doutrina e dos órgãos de controle sobre a aplicação da hipótese, afeitos à Administração – para a aplicação ao caso posto naquilo que possível – há que definir inicialmente os contornos daquilo que se entende pela expressão “desenvolvimento institucional”.

Há quem afirme inclusive que “fortalecimento institucional” é sinônimo de “desenvolvimento institucional”, conforme ensinamento de Armani⁴:

(...) Uma variedade de termos são usados: desenvolvimento organizacional, (...) desenvolvimento institucional, fortalecimento institucional etc. Apesar da grande variedade de conceitos em voga, pode-se identificar dois enfoques básicos a eles subjacentes: o enfoque gerencial, que tende a privilegiar os desafios da gestão e das condições de eficácia e eficiência de organizações específicas, preocupando-se

3 Aprovada pelo Acórdão nº 1280 - TCU - Plenário, 27 de junho de 2007.

4 ARMANI, Domingos. O Desenvolvimento Institucional como Condição de Sustentabilidade das ONGs no Brasil. In: AIDS e Sustentabilidade: sobre as ações das organizações da sociedade civil. Coordenação Nacional de DST e Aids do Ministério da Saúde. Brasília: 2001, fls. 148.

com a sua 'profissionalização', por intermédio de: planejamento estratégico, sistema de monitoramento e avaliação com base em indicadores, captação de recursos, marketing, gestão administrativo-financeira, capacitação técnica dos recursos humanos etc.; o outro é o enfoque sistêmico, que também integra a dimensão gerencial mas de forma articulada à dimensão sociopolítica da organização (...)

Assim, em primeira vista, a abrangência das atividades que estariam inseridas no conceito de desenvolvimento institucional abarcaria as seguintes áreas: estudos sobre reestruturação organizacional, normatização de procedimentos, programa de qualidade, planejamento estratégico, análise de processos internos do órgão/entidade, diagnósticos sobre treinamento e gerenciamento de pessoal, e assemelhados.

Sob este prisma, “desenvolvimento institucional” seria então um conjunto de atividades que devem ser empreendidas com vistas a dotar a instituição de condições para desempenhar suas funções de forma mais eficiente e eficaz.

Adicionalmente, quando trata das relações entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e suas respectivas fundações de apoio, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, recentemente alterada pela Lei nº 12.349, de 2010, assim define a abrangência do conceito em tela:

Art. 1º (...)

*§ 1º Para os fins do que dispõe esta Lei, **entendem-se por desenvolvimento institucional** os programas, projetos, atividades e operações especiais, inclusive de natureza infraestrutural, material e laboratorial, que levem à **melhoria mensurável** das condições das IFES e demais ICTs, para cumprimento eficiente e eficaz de sua missão, conforme descrita no plano de desenvolvimento institucional, vedada, em qualquer caso, a contratação de objetos genéricos, desvinculados de projetos específicos. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)*

(...)

§ 3º É vedado o enquadramento no conceito de desenvolvimento institucional, quando financiadas com recursos repassados pelas IFES e demais ICTs às fundações de apoio, de: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

I - atividades como manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na

área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina, bem como as respectivas expansões vegetativas, inclusive por meio do aumento no número total de pessoal; e ([Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010](#))

II - outras tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada. ([Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010](#))

Por este pequeno esboço tem-se uma ideia do alcance e abrangência do conceito de “desenvolvimento institucional”, o qual compõe-se de uma série de elementos e detalhamentos que tornam o conceito juridicamente indeterminado conforme aponta o Professor Marçal Justen Filho⁵:

Existe maior dificuldade no tocante ao conceito de “desenvolvimento institucional”, inclusive por efeito de uma espécie de autorreferibilidade do dispositivo. Ali se incluem as instituições que promovem o desenvolvimento de outras instituições. Deve-se reputar que o dispositivo alude às instituições sociais e políticas. Talvez o maior aprofundamento sobre esse dispositivo seja propiciado pelo exame, adiante realizado, do vínculo de pertinência entre o objeto do contrato e a função da instituição.

Para o Professor Jorge Ulysses Jacoby Fernandes⁶, o interesse público impõe restrição ao termo, através dos seguintes dizeres:

De todas as expressões utilizadas no inciso pelo legislador, o “desenvolvimento institucional” foi a mais ampla. Se a doutrina se debate, até agora, por açambarcar e analisar as acepções da palavra instituição, a rigor, “desenvolvimento institucional” compreenderia crescimento, progresso, de qualquer coisa em que possa estar compreendido o termo instituição. Cuidam do desenvolvimento institucional tanto uma empresa que possui um centro de controle de qualidade, como uma faculdade, sindicato ou associação de moradores, qualquer “instituição”, portanto, que se dedique a um fim. Por óbvio, impõe o interesse público a restrição ao termo, a fim de que o mesmo se harmonize com o ordenamento jurídico.

Por fim, o Professor Jessé Torres Pereira Júnior contribui com o seguinte entendimento⁷:

5 FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 368.

6 FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 487.

7 JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 314.

A lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar “o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. A determinação do § 4º do preceito constitucional nitidamente inspira este hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular “as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos...”

Pautando-se nesses entendimentos, e tendo em vista sua complexidade, o TCU, vem firmando entendimento no sentido de que a expressão “desenvolvimento institucional”, para fins de contratação direta com fulcro no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, não pode ser adotada em sentido amplo, de forma a significar qualquer atividade que promova melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas, sob pena de tornar o dispositivo inconstitucional.

Assim, com base na Decisão nº 30/2000 - Plenário uma interpretação apressada da Lei poderia conduzir à ilação de que desenvolvimento institucional seria qualquer ato voltado para o aperfeiçoamento das instituições, para a melhoria do desempenho das organizações. Nesse sentido, contudo, a simples automatização de procedimentos, a aquisição de equipamentos mais eficientes, a reforma das instalações de uma unidade, a ampliação das opções de atendimento aos clientes, o treinamento de servidores, a reestruturação organizacional e um sem-número de outras ações que significassem alguma melhora no relacionamento entre a Administração e a Sociedade poderiam ser entendidas como tal.

Entretanto, uma interpretação larga da Lei, nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados.

Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas quando unicamente relacionadas ao desempenho de atividades comuns da gestão administrativa, voltadas para a melhoria da organização de modo geral.

Muito pelo contrário, conforme elucidativo voto do Ministro Relator Benjamin Zymler no Acórdão 1813/2005 - Segunda Câmara - TCU, onde reafirma com supedâneo em decisões daquela Corte, que não é qualquer ação que traga aperfeiçoamento para a instituição que pode ser enquadrada nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações. Fosse assim,

estar-se-ia ampliando demais a noção de “desenvolvimento institucional”, o que, por certo, contrariaria o espírito da Lei de Licitações - e também da Constituição Federal - eis que contratações diretas são exceções, e não regras.

O citado voto é também paradigmático pois aponta, na análise de um caso concreto, o que o TCU aceita como possíveis ações passíveis de enquadramento no conceito de “desenvolvimento institucional”:

*O presente contrato tem por objeto a **prestação de serviços de assessoramento no acompanhamento e análise dinâmica do ambiente externo da contratante de suas repercussões sobre a instituição**, e apresentação de proposta para tratamento de cada uma das questões respectivas, bem como elaborar e implementar o Projeto de Fortalecimento Institucional, conforme proposta da contratada, data de 18.05.2004, que, rubricada pelas partes contratantes, passa a fazer parte integrante do presente instrumento.*

Pelo objeto acima transcrito, talvez ainda não seja possível precisar se realmente se trata de desenvolvimento institucional. No entanto, penso que o detalhamento das atividades a serem desenvolvidas na execução do objeto contratual é capaz de dissipar eventuais dúvidas. Logo, transcrevo tais atividades:

- Diagnóstico e Modelagem Organizacional (fls. 85/91 - Anexo I): trata de levantamento da situação atual do FNDE, com o objetivo de identificar pontos fortes e fracos da instituição, com vistas à proposição de um novo modelo de gestão; compreende a reestruturação organizacional;

- Planejamento Estratégico (fls. 91/95 - Anexo I): metodologia gerencial com vistas a estabelecer a direção a ser seguida pela organização, visando maior interação com o ambiente;

- Mapeamento de Processos (fls. 95/100 - Anexo I): destina-se a realizar o levantamento de fluxos operacionais e propor melhorias em cada uma das unidades do FNDE;

- Planejamento Operacional (fls. 100/103 - Anexo I): tem por objetivo apoiar a elaboração de plano operacional para o FNDE, para os anos de 2004 a 2006;

- Programa de Desenvolvimento e Capacitação de Recursos Humanos (fls.103/106 - Anexo I): as atividades deste módulo referem-se a diagnósticos sobre treinamento e gerenciamento de pessoal;

- Programa de Gestão de Documentos (fls. 106/109 - Anexo I); tem por objetivo reorganizar as áreas-meio, do FNDE, que dão todo o suporte para o desenvolvimento da sua atividade-fim;

- Modernização das Áreas de Material e Patrimônio (fls. 109/112 - Anexo I): também se refere à reorganização da área-meio, com vistas a uma eficiente gestão administrativa;

- Ouvidoria (fls.112/116 - Anexo I): esse módulo tem por objetivo estabelecer canais de conhecimento sobre a avaliação do sistema por atores externos e internos, que auxiliem na elaboração de políticas e na reestruturação do FNDE, além de estabelecer uma proposta de Ouvidoria, visando ao incremento da transparência da ação do Fundo;

- Assessoria à Criação do FUNDEB (fls. 116/120 - Anexo I): abrange serviços especializados de pesquisa econômica para subsidiar a formatação do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Básico (FUNDEB), a ser criado em substituição ao atual FUNDEF, bem como criação de indicadores de desempenho das ações a serem financiadas pelo futuro FUNDEB.

(...)

No entanto, a hipótese dos presentes autos, como já disse, não é a de simples inserções pontuais no *modus operandis* da FNDE, como, por exemplo, compra de equipamentos mais modernos ou outras ações de impacto limitado. Pela leitura das atividades desenvolvidas no âmbito do contrato, percebe-se tratar-se de algo bem mais amplo, capaz de ser contemplado no conceito de “desenvolvimento institucional”. (...)

Assim sendo, pedido vênias à Unidade Técnica, reputo correto o enquadramento do objeto do contrato firmado com a FGV como “desenvolvimento institucional”.

Logo, tendo em vista o entendimento do TCU e da doutrina acerca dos diferentes aspectos da conceituação de “desenvolvimento institucional” para fins de enquadramento naquele conceito, há que se compulsar ao menos os seguintes elementos no objeto a ser contratado – os quais podem ser perfeitamente transplantados na hipótese retratada no inciso VIII, art. 9º do RLC do SESI e SENAI: a) o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico; e b) o contrato para execução de projeto de desenvolvimento institucional deve ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada.

3.2.3 Do nexó entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado para a hipótese de dispensa em tela

Como derradeira e decisiva condição à aplicação da hipótese retratada no inciso VIII, do art. 9º do RLC há que se verificar a existência de nexó entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado.

A existência desse nexó é condição essencial à validação do procedimento. Caso contrário, se estará simplesmente financiando, em entidades da espécie, a criação de estruturas paralelas dedicadas não à produção de bens constitucionalmente tutelados, mas à simples exploração de atividade econômica, desnaturando o propósito que motivou a inserção do mencionado dispositivo no RLC e ferindo, por conseguinte, entre outros, o princípio constitucional da isonomia.

Corroborando esse entendimento, destaque-se o pronunciamento do Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti, por ocasião do Voto que embasou o Acórdão nº 427/2002 – Plenário:

(...) ‘Desenvolvimento institucional’ não pode ser entendido de forma ampla, pois assim estará indo de encontro aos princípios constitucionais de isonomia, impessoalidade e moralidade. Além disso, ao se adotar esta forma ampla de interpretação, a Administração estará, também, afrontando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, previstos na Ordem Econômica (Título VII da CF), uma vez que implicaria a subtração desses serviços à iniciativa privada, impedindo-a de contratar com o poder público.

A jurisprudência desta Corte tem decidido reiteradamente que a contratação direta com base no inciso XIII do artigo 24 depende não apenas de a entidade contratada preencher os outros requisitos exigidos na lei, mas também de haver estreita correlação entre o objeto contratado e atividades de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional. Como a dispensa é exceção à regra geral da licitação, ambas previstas na Constituição, entendo que o conceito de 'desenvolvimento institucional' deve receber interpretação restritiva, vez que as exceções, segundo as normas básicas de hermenêutica, interpretam-se restritivamente. Assim, não deve o referido termo ser entendido como qualquer atividade que promova melhoria no desempenho das organizações, sob pena de inconstitucionalidade da interpretação em sentido contrário. Nesse sentido, a interpretação mais aceitável, que se tem consolidado neste Tribunal, está associada a 'alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado', conforme se expressou o Ministro Guilherme Palmeira, sintetizando o entendimento, ao proferir o Voto condutor da Decisão 30/2000 - Plenário.

Em suma, a contratação sem licitação das instituições abrangidas pelo dispositivo legal deve pressupor o atingimento de algum legítimo interesse do Estado (*lato sensu*), o que não se vislumbra quando as atividades se estendem à execução de serviços, que, em essência, representam exploração de atividade econômica e estão sujeitos à livre concorrência de mercado. Nestes casos, vale também inferir que, conquanto as instituições contratadas externem a figura de entidades sem fins lucrativos, é certo que não deixam de auferir remuneração pelos trabalhos prestados, que seriam identicamente executados por qualquer pessoa jurídica de finalidade lucrativa.

Desta forma, cabe à administração contratante – em cada caso concreto –, além do cumprimento dos requisitos legais, certificar-se de que o serviço pretendido está intrinsecamente identificado com o desenvolvimento institucional apontado acima, de modo a restar justificado o afastamento do dever de licitar no respectivo procedimento administrativo.

3.2.3.1 Da natureza do IEL

Analizados os contornos que envolvem o conceito e a aplicação do “desenvolvimento institucional”, cabe agora a discussão acerca da verificação da adequação dos objetivos sociais do IEL como possível prestador de serviços relacionados àquele conceito e às exigências do inciso VIII, art. 9º do RLC.

O IEL nos termos do artigo 1º do seu Estatuto, de 12/8/2009, é pessoa jurídica, organizada sob a roupagem de associação civil sem fins lucrativos, cujos objetivos são predominantemente institucionais, não distribuindo eventual resultado econômico positivo entre seus associados, o qual é integralmente aplicado no Brasil e em seus negócios estatutários.

Adicionalmente, no artigo 2º do citado Estatuto do IEL há a fixação dos seguintes objetivos:

- a) promover a interação da indústria e dos industriários com centros de conhecimento, contribuindo, dentro do espírito da livre iniciativa, para o aumento da competitividade e o desenvolvimento econômico e social;
- b) contribuir para o fortalecimento e difusão do empreendedorismo;
- c) contribuir para o aprimoramento da gestão e da educação empresarial.

Já o artigo 3º destaca, em rol não taxativo, as principais ações a serem desenvolvidas pela Entidade para a consecução de seus objetivos, a saber:

- a) capacitar-se como agente de integração de estágio;
- b) promover estágio em todos os níveis e a concessão de bolsas estudos visando ao aprimoramento da formação para o mercado de trabalho;
- c) realizar cursos, palestras, encontros e seminários relacionadas com os seus objetivos;
- d) conceder prêmios e outras formas de incentivos;
- e) desenvolver programas e projetos de disseminação da cultura e da prática do empreendedorismo;

f) realizar estudos, diagnósticos, pesquisas, prospecções, proposições de conteúdo, publicação e seminários;

g) desenvolver programas e projetos estratégicos de cooperação internacional, que estimulem o intercâmbio de conhecimento e o desenvolvimento empresarial.

A leitura sistêmica dos objetivos sociais e das principais ações permite concluir que o IEL tem como atividade preponderante a atuação em processos educacionais, tanto que o seu CNAE (Classificação Nacional de Atividade Econômica) é o 8550-302 - Atividades de Apoio à Educação, exceto caixas escolares.

Entretanto, isto não obsta, nem é incomum, que o objeto social contemple outras finalidades, sendo que cada uma delas deve ser analisada de forma autônoma em relação à outra.

A leitura da alínea “c”, do artigo 2º do Estatuto, revela que, a par do objetivo de “contribuir para o aprimoramento da educação empresarial”, ela encerra, também, o objetivo de contribuir para o aprimoramento da gestão empresarial, que pode ser correlacionado ao conceito de “desenvolvimento institucional”.

Contribuir, segundo o dicionário Aulete significa, entre outras, as ações de “Cooperar para a realização de algo, para determinado objetivo”; “Ter participação em determinado resultado”.

Conciliando o sentido vernacular com aquele que deve ser emprestado ao objetivo de uma pessoa jurídica, que é o de “fazer” os fins para os quais foi constituída, o sentido de “contribuir” constante do estatuto do IEL deve ser o de participar concretamente e de, sendo uma instituição, entregar algo relevante para a melhoria geral do ambiente social onde atua.

Assim, com base nessas ponderações – analisado o caso concreto e o objeto a ser contratado – há a possibilidade de enquadramento do IEL como um “entidade incumbida estatutariamente do desenvolvimento institucional, sem fins lucrativos” apta a prestar serviços correlacionados àquele “desenvolvimento institucional”, nos termos do inciso VIII, art. 9º, do RLC.

3.2.4 Da vedação a subcontratação

Inclusive por conta do nexos, anteriormente explicado, e das características da entidade a ser contratada, vale registrar que, nas contratações diretas com fulcro no art. 9, VIII do RLC, não

poderá haver subcontratação, já que para se dispensar uma licitação é exigível minimamente que a instituição eleita possua capacitação técnica para realizar, com seus quadros próprios, os serviços pretendidos.

Corroborando tal entendimento, vale destacar ainda a lição do Professor Marçal Justen Filho⁸, em análise à hipótese retratada no art. 24, XIII da Lei nº 8.666/93:

*Por certo, não se admite que o inc. XIII seja utilizado para **contratações meramente instrumentais, nas quais a instituição empresta seu nome para a Administração obter certas utilidades sem promover a licitação.** A constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo.*

Também é este o entendimento do Tribunal de Contas da União⁹:

*Determinar ao Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo - Sebrae/SP que observe a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que **não se aplica o instituto da subcontratação para os contratos firmados com amparo no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (equivalente ao inciso VIII do art. 9º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae), tendo em vista que o fundamento da dispensa de licitação reside em características próprias da entidade a ser contratada, o que determina a estrita observância dos pressupostos legais relativos à pessoa do contratado, tratando-se de contratação de natureza personalíssima, que exige a execução direta do objeto.***

3.3 CONCLUSÃO

Diante dos diversos aspectos levantados a respeito da aplicação do inciso VIII do art. 9º do RLC, ao longo deste artigo, buscou-se oferecer subsídios para uma decisão discricionária mais segura pelo administrador, já que, em último caso, sempre será possível a realização da licitação para a contratação do objeto pretendido.

8 FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 371.

9 Acórdão 1577/2009 – Primeira Câmara - Relação 6/2009 – Gab. Do Min. Marcos V. Rodrigues Vilaça Processo TC-018.242/2008-7.

Como vimos, por ser a expressão “desenvolvimento institucional” de cunho bastante amplo e juridicamente indeterminado, houve a necessidade de interpretação restritiva do dispositivo legal pela doutrina e pelos órgãos de controle, notadamente, pelo TCU.

Além dos requisitos legais previstos no citado artigo, a Corte de Contas, através de sua Súmula nº 250, previu a necessidade de demonstração do nexo efetivo entre o dispositivo legal, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada compatibilidade com os preços de mercado.

Ademais, pelos julgados colacionados, é possível verificar ainda que a contratação direta não se destina a serviço realizado comumente pela iniciativa privada, devendo o mesmo ser singular, além de refletir o desenvolvimento institucional da contratada.

Logo, respeitados os contornos dados ao enquadramento de “desenvolvimento institucional”, bem como o nexo entre a natureza da instituição e o objeto a ser contratado será possível, em tese, e observado cada caso concreto, a contratação do IEL mediante dispensa de licitação no artigo 9º, VIII do RLC, pelo SESI e SENAI, na prestação de serviços relacionados ao conceito de “desenvolvimento institucional”¹⁰.

10 Observados também, para fins de instrução processual, a necessidade de justificativa da contratação (art. 13 do RLC), a ratificação das justificativas da decisão por não licitar e do preço (art. 11 do RLC) e a regularidade fiscal do contratado quando o valor alcançar a modalidade de concorrência (art. 11, § único).

3.4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 6. ed. Horizonte: Fórum, 2007.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

GRAÇA, Eagner Freire de Castro. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União e as Licitações e Contratos no Sistema “S”. 1. ed. Curitiba: Editora JML, 2011.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativa. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Base de Dados SUPERJURIS: Módulo PARECER – 2012-2014. Acesso pelo endereço: <http://ensi-notes02.cni.org.br/corporativas/sj/parecer.nsf/>

Brasil. LEI No 8.958, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 21.12.1994.

Brasil. 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 República Federativa do Brasil], Brasília, DF, de 22 jun. 1993 e republicado em 6 jul.1994 e retificado em 6 jul.1994.

Regulamento de Licitações do SESI e do SENAI. Alterado pelo Ato Resolutório do SESI/DN n.º 21/2011 e pela Resolução SENAI/DN n.º 516/2011, Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF, 23 dez. 2011.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**4 – A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO**

BRUNO SOUZA BARROS
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

4.1 INTRODUÇÃO

Os contratos celebrados pelas entidades que integram os Serviços Sociais Autônomos, ainda que decorrentes de prévia licitação, são atos jurídicos bilaterais, comutativos e onerosos. Nesse sentido, não se pode perder de vista que, para as entidades do Sistema “S”, a principal característica que distingue seus contratos para os instrumentos de parceria é justamente o objetivo almejado. Enquanto nos convênios e termos de cooperação o interesse é comum entre os partícipes, nos contratos os interesses são antagônicos: um visa o lucro e o outro o serviço.

Como se sabe, os interessados que almejam prestar serviço para as entidades do Sistema “S” devem estudar minuciosamente o edital, para se seja possível a conclusão acerca da viabilidade e mensuração dos custos com a execução do serviço e lucros almejados. Desta feita, qualquer mudança substancial que altere aquele juízo de valor realizado pelo licitante pode comprometer não apenas os custos planejados, mas a própria execução do serviço.

Logo, em razão do contrato ser comutativo, devem existir mecanismos que garantam o equilíbrio entre as obrigações avençadas, de modo que sejam protegidos os interesses e os princípios da razoabilidade e, principalmente, da segurança jurídica, visto que na ceara do certame licitatório, onde as partes estão vinculadas ao instrumento convocatório sem que seja possível, como regra, alteração das condições estabelecidas. Caso contrário, não haveria interessados em celebrar contratos com as entidades do Sistema “S” ou, se houvesse, os preços seriam exorbitantes, tendo em vista que tais variações seriam levadas em consideração no momento de formular a proposta. Trata-se, assim, de uma regra de mercado: quanto maior o risco, maior será o preço cobrado.

Diante disso, preocupado em evitar essas situações, o legislador constituinte, no art. 37, inciso XXI da CRFB¹, deu ao direito de manutenção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato proteção constitucional.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto² afirma que o princípio do equilíbrio econômico financeiro do contrato é um dos três princípios infraconstitucionais operativos, oriundo do desdobramento do princípio da tarifa política.

1 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (**grifo nosso**)

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 442.

Cumprе destacar, outrossim, que o direito ao equilíbrio econômico financeiro, conquanto esteja atrelado à ideia de que pertence ao contratado - pois comumente é quem sofre com as majorações dos insumos e dos custos na execução do objeto, também pertence ao contratante. Ou seja, é um direito de ambas as partes. Se os insumos e custos forem minorados, o contratante passará a ter o direito de pleitear a redução do valor cobrado, recompondo a igualdade de condições estabelecidas previamente.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que o estudo sobre o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato já demonstraria a importância de se aprofundar o estudo acerca do tema. Não obstante, no âmbito das entidades que compõem os Serviços Sociais Autônomos, a discussão é ainda mais palpitante, tendo em vista que seu regulamento é omissivo. Face a todas essas peculiaridades, mostra-se de fundamental importância o aprofundamento da análise acerca deste instituto, o qual é constantemente objeto de debates na doutrina e importantes decisões nas Cortes de Contas.

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.

De forma sucinta, 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. Nesse caso, para manter o equilíbrio contratual, utiliza-se o instituto do reajuste.

Ao contrário da espécie acima, há situações que surgem no curso da execução contratual e que naturalmente surpreendem as partes. Tais situações imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, não encontram amparo no instituto do reajuste, e sim na revisão do contrato.

Além desses instrumentos, outro que é bastante utilizado é a repactuação de preços, a qual incide nas contratações de serviço contínuo da Administração Pública Federal, demonstrando-se analiticamente a variação dos custos na formação dos preços.

Por fim, temos a correção monetária, cujo objetivo é preservar o preço da data em que houve o inadimplemento até o dia em que for efetuado o pagamento.

4.2 DO REAJUSTE

4.2.1 Conceito

É o instrumento que visa preservar o valor do contrato face à inflação. Ou seja, é o modo pelo qual a Administração, 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 Administração.

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. Embora o reajuste tenha sido previsto na Lei nº 8.666/1993 e regulamentado em 2001 pela Lei nº 10.192, é a espécie de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato que mais levanta debates na doutrina e nas decisões das Cortes de Contas as quais passaremos a analisar.

4.2.2 Previsão no edital

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 Filho³, ainda que o reajuste não esteja previsto contratualmente, deverá assegurar-se ao interessado o direito ao reequilíbrio rompido em virtude de eventos supervenientes, imprevisíveis, etc.^{4 5}

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

4 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)

5 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*

Seguindo linha diversa, Flávio Amaral Garcia⁶ 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.⁷ Seguindo essa corrente, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro já se posicionou pelo menos duas vezes.

“O direito ao reajuste se insere nos chamados direitos disponíveis, posto que livremente acertado pelas partes. (...) De qualquer sorte, frise-se, o reajuste não é imperativo da lei, devendo, pois, estar expresso no contrato, nos termos fixados pelos interessados, observados os limites legais.” (Parecer nº 21-96 / JVM)

“Neste diapasão, para que o requerente lograsse êxito no seu pleito administrativo seria indispensável a previsão contratual da cláusula de reajustamento de preços, pois tal disposição é indispensável ao teor do art. 55, inciso III, da Lei 8.666/93. Com efeito, a razão do indicado comando legal é simples, pois ao se prever em contrato o critério de reajustamento de preços, igualmente haverá previsão orçamentária para tal, na medida em que é defeso ao administrador o empenho de despesa sem a prévia previsão legal, segundo teor dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Lei 8.666/93.” (Parecer nº 01/99 – RMS)

Destarte, essa é também a orientação da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

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 convencionalizada entre as partes contratantes que tem por escopo manter o equilíbrio financeiro do contrato.

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)

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

7 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)

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)⁸

O procurador do município do Rio de Janeiro, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁹, em seu livro *Licitações e Contratos Administrativos*, vai além ao afirmar que não caberia sequer alegar a teoria da imprevisão para revisão do contrato.

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. Ademais, os licitantes, quando apresentaram suas propostas, tomaram ciência do edital e da minuta do contrato e, portanto, aquiesceram com os seus termos, inserindo em suas propostas o “custo” da ausência do reajuste. A concessão do reajuste violaria os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Ressalte-se que o entendimento predominante da Corte de Contas é de que a cláusula de reajuste de preços não deve estar expressamente prevista no edital, não sendo faculdade da Administração optar pela inclusão ou não da possibilidade de reajuste de preços. Afirma, ainda, que é defesa a vedação ao reajuste de preços.

Quanto à vedação ao [...] o relator ressaltou que “a jurisprudência desta Corte de Contas é no sentido de que deverá assegurar-se ao interessado o direito a esse instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ainda que não esteja previsto contratualmente, uma vez que a Lei n.º 8.666/1993 (arts. 5º, § 1º, e 40, XI) garante aos contratados a correção dos preços”. TCU – Acórdão 479/2007

Em que pese haver razões justificáveis a ambos os lados, a razão parece estar com a corrente que defende a inaplicabilidade de reajuste nos casos em que o edital e o contrato forem silêntes ou quando estes expressamente vedarem a concessão. Inicialmente, deve-se esclarecer que

⁸ O próprio Tribunal de Contas da União, embora esse não seja seu entendimento predominante, já teve a oportunidade de se manifestar: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 919/2007. Ministro Valmir Campello. Julgado em 23 de maio de 2007.

⁹ OLIVEIRA, Rafael Cavalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 214 e 215.

o direito ao reajuste não é um direito constitucionalmente garantido. O que a Constituição Federal defende não é a concessão de reajuste, mas sim a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a qual pode ser efetivada via revisão de preços, desde que comprovada a situação imprevisível ou previsível, mas de consequência incalculáveis, que comprometam a execução do contrato. Outrossim, como bem defendido pelos autores acima, a concessão de reajuste sem previsão no edital ou no contrato viola os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da igualdade, porquanto outros licitantes que compensaram a ausência de reajuste futuro no oferecimento de sua proposta seriam prejudicados, na medida em que ofereceram um preço maior que o vencedor, contando justamente que não haveria o reajuste. Ou seja, já embutiram o “custo” pela ausência de reajuste.

Destarte, *data vênia*, parece haver contradição na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Como dito, o TCU entende majoritariamente que o reajuste deve ser concedido ainda que não haja previsão no edital. Todavia, a mesma Corte, em outro julgado, afirmou ser impossível a substituição dos índices estabelecidos no edital¹⁰. Ou seja, o TCU entende que não é possível a substituição de índices dos contratos em andamento, mas admite a escolha de índice quando este não foi previamente estipulado, o que nos parece uma contradição.

Além disso, no âmbito das entidades que compõem o Serviço Social Autônomo, nos parece absolutamente defensável a tese de que a inclusão de cláusula no edital e no contrato que garante a concessão de reajuste não é obrigatória. Em primeiro lugar, a obrigatoriedade suscitada pela corrente que sustenta pela necessidade de concessão, ainda que não previsto no edital, reside na redação contida no inciso XI do art. 40 da Lei nº8.666 de 1993¹¹.

Contudo, é cediço o entendimento de que às entidades que compõem o Sistema “S” não se

10 Alegam os responsáveis que pelo menos em dois desses contratos (TT 196/2004-00 e 197/2004-00) o aço representa, na estrutura de custos, percentual bem superior àquele constante da composição do índice da FGV relativo a obras de arte especiais e, portanto, tal índice não seria adequado para servir de parâmetro para reajuste daqueles contratos. 15. Como o índice representa uma média da realidade de diversas obras, na maioria dos casos ele não vai refletir exatamente a variação dos custos de todos os itens que as compõem. É possível, portanto, que a afirmação acima seja verdadeira. É possível, também, que o desmembramento dos itens, com a utilização de índices diferenciados de reajuste, represente mais adequadamente a variação dos custos. Entendo, entretanto, não ser possível fazer essa alteração nos contratos em andamento. Eles foram oriundos de uma licitação em que a regra vigente era a utilização dos atuais índices da FGV, sem o desmembramento ora pretendido, e as propostas foram apresentadas com base nessa realidade. Não consta que sequer tenha havido contestação à utilização desses índices à época da realização da licitação. 16. Em resumo, não é possível a modificação dos índices de reajuste estabelecidos nos contratos em andamento. (grifo nosso) - Acórdão 1.364/2008, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti

11 Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...]

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplimento de cada parcela; (grifo nosso)

aplica a Lei Geral de Licitações e Contratos, e sim regulamento próprio de licitações e contratos, respeitado os princípios gerais da contratação pública, sendo certo que os Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, por exemplo, nada mencionam acerca da obrigatoriedade de inclusão do reajuste no edital. Outrossim, também não parece adequada a possibilidade de aplicação por analogia da Lei Geral em razão do Regulamento ser silente. Salvo melhor entendimento, a aplicação por analogia somente deve ocorrer quando alguns dos princípios gerais da contratação pública estejam comprometidos, o que não é o presente caso, pois, como dito acima, existem outras formas de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Logo, considerando que a irremediabilidade contratual não gera qualquer violação aos princípios da contratação pública e que a imposição legislativa reside tão somente na Lei 8.666/93, não há que se falar em obrigatoriedade de inserção de cláusula editalícia para concessão de reajuste nas licitações pautadas no Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai.

4.2.3 Periodicidade mínima

De acordo com a redação contida na Lei nº 10.192/2001, 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 um período mínimo de um ano. Senão vejamos:

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.

Pela simples leitura desses dispositivos, identificamos um erro muito comum no dia a dia. Reiterados são os editais e minutas de contratos que informam que poderá ser concedido após 12 (doze) meses de assinatura do contrato. Como visto, é absolutamente possível que ocorra um reajuste antes de completada a anualidade contratual. Imaginemos, por exemplo, que a proposta foi oferecida em 31 de maio de 2014. Nesse caso, ainda que a licitação demore a ser concluída e o contrato seja assinado somente em 29 de setembro de 2014, o contratado poderá pleitear o reajuste em 31 de maio de 2015.

É possível, inclusive, que o reajuste ocorra antes do início de execução do objeto contratado. Com a palavra, a Corte de Contas da União:

9.1.1. a interpretação sistemática do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192 e do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para a aplicação de índices de reajustamento previstos em edital, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, de acordo com o previsto no edital.

9.1.2. na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial, sendo necessário que estejam devidamente caracterizados tanto o interesse público na contratação quanto a presença de condições legais para a contratação, em especial: haver autorização orçamentária (incisos II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93); tratar-se da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93); preços ofertados compatíveis com os de mercado (art. 43, IV, da Lei 8.666/93); manutenção das condições exi-

gidas para habilitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93); interesse do licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93); interesse do licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art 64, § 30, da Lei 8.666/93); (Acórdão 474/2005, TC 003.67112005-0, Relato.Min. Augusto Sherman.

Ademais, a concessão antes de completar a referida anualidade, além de não encontrar amparo legal, sujeita o gestor responsável a penalidades impostas pelos órgãos de controle externo. Vejamos, por exemplo, julgado recente da Corte de Contas da União:

[...] Além de fraude no procedimento licitatório, decorrente de conluio entre licitantes, com o envolvimento de agentes públicos, constatara-se também, na execução contratual, a majoração indevida do item “gêneros alimentícios”, a título de reequilíbrio econômico-financeiro. Sobre este ponto, a unidade técnica, ao examinar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, ressaltou que variação de preços de produtos agropecuários na entressafra era fato esperado, não se caracterizando, portanto, como imprevisível ou de consequências incalculáveis a justificar o reequilíbrio: “como a atividade da empresa é o fornecimento de refeições, deve conhecer bem o mercado em que atua e as variações sazonais dos preços dos insumos, cujo impacto deve incorporar nas propostas apresentadas nas licitações, considerando seu custo anualizado”. Além do mais, destacou que as planilhas apresentadas pela contratada não apresentavam dados coerentes a demonstrar a alegada variação de custos. Ao analisar o feito, 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”. Considerou, ainda, dispensada a instauração de tomada de contas especial, visto que o débito não atingiria o valor mínimo (R\$ 75.000,00) estipulado no art. 6º, inciso I, da IN/TCU 71/12. 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.

Outra decisão interessante da Corte de Contas da União no que tange à periodicidade foi a proferida na Decisão Plenária nº 698/2000. *In casu*, permitiu-se que se inclua nos contratos relativos às obras financiadas com recursos federais, mesmo que a duração seja inferior a um ano, o indicador setorial de reajuste aplicável nos casos em que, inexistindo culpa do contratado, o prazo inicialmente pactuado não seja cumprido.

Como dito anteriormente, no momento de oferecer a proposta, o licitante possui o domínio do custo da execução do objeto, situação em que estima quanto terá que desembolsar e arrecadar de acordo com as condições apresentadas no instrumento convocatório. Assim, se por culpa do contratante, não é cumprido o prazo inicialmente avençado, é razoável que o preço seja atualizado. Caso contrário, o contratado sofrerá o ônus de algo que não foi o responsável e não tinha como se planejar. Todavia, salvo melhor entendimento, parece-nos que não seria o caso de reajuste, e sim revisão, pois, por circunstâncias alheias, imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, o prazo para execução do serviço não foi cumprido, tendo impacto no preço do contrato.

4.2.4 Preclusão do direito

4.2.4.1 Da disponibilidade do direito

Afirmou-se acima que o reajuste é um direito das partes, seja para majorar, seja para minorar o preço avençado. Não obstante, 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 o pleito, seu direito à reajuste restará precluso.

O direito ao reajuste do valor contratual é considerado 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 Administração deve realizar pesquisa de mercado, de modo que permita concluir se a renovação do contrato é o melhor caminho para atendimento dos interesses públicos envolvidos. Nesse diapasão, para que o contrato seja mantido, nada impede que a contratada abdique do direito ao reajuste do montante contratual. Para isso, basta que não solicite ao contratante o exercício dessa faculdade.

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.

4.2.4.2 Da boa-fé objetiva

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. Destarte, o Código Civil estabelece que:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[...]

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Em caso semelhante, corroborando o entendimento aqui exposto, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar, qual transcrevemos abaixo:

[...] nada impede o beneficiado de abrir mão da correção monetária, mantendo sem reajuste a contraprestação mensal, como forma de persuadir a parte contrária a manter o vínculo contratual. Dada a natureza disponível desse direito, sua supressão pode perfeitamente ser aceita a qualquer tempo pelo titular.

Trata-se, aliás, de procedimento corriqueiro nas negociações envolvendo a renovação e/ou manutenção de contratos [...]

Com efeito, a boa-fé objetiva, princípio geral de direito recepcionado pelos arts. 113 e 422 do CC/02 como instrumento de interpretação do negócio jurídico e norma de conduta a ser observada pelas partes contratantes, exige de todos um comportamento condizente com um padrão ético de confiança e lealdade.

A boa-fé objetiva induz deveres assessórios de conduta, impondo às partes comportamentos obrigatórios implicitamente contidos em todos os contratos, a se-

rem observados para que se concretizem as justas expectativas oriundas da própria celebração e execução da avença, mantendo-se o equilíbrio da relação.

Essas regras de conduta não se orientam exclusivamente ao cumprimento da obrigação, permeando toda a relação contratual, de modo a viabilizar a satisfação dos interesses globais envolvidos no negócio, sempre tendo em vista a plena realização da sua finalidade social.

Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva exercer três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; e (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A esta última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e supressio.

*Para o deslinde da presente controvérsia interessa apenas a **supressio**, que indica a possibilidade de se considerar suprimida determinada obrigação contratual na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gerar ao devedor a legítima expectativa de que esse não-exercício se prorrogará no tempo.*

Em outras palavras, haverá redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do contrato, em exercer direito ou faculdade, criando para a outra a sensação válida e plausível – a ser apurada casuisticamente – de ter havido a renúncia àquela prerrogativa.

[...]

*Diante desse panorama, o **princípio da boa-fé objetiva** torna inviável a pretensão da recorrente, de exigir retroativamente valores a título de correção monetária, que vinha regularmente dispensado, frustrando uma expectativa legítima, construída e mantida ao longo de toda a relação contratual.*

Embora a correção monetária seja fator de reajuste intrínseco às dívidas de valor, aplicável independentemente de previsão expressa, nada impede o beneficiário de abdicar desse direito para garantir a renovação do contrato, sem que isso caracterize o enriquecimento sem causa da parte contrária.

[...]

No mais, qualquer conclusão em sentido contrário exigiria o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, inclusive a revisão de cláusulas contratuais, procedimento vedado pelos Enunciados 05 e 07 da Súmula do STJ.

Forte nessas razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso especial.

(STJ – Terceira Turma – REsp 1.202.514 - RS (2010/0123990-7). Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 21 de junho de 2011)¹²

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 pecuniária assumidas pelos contratantes, resta insigne de dúvidas a gravidade de conceder reajuste retroativo ao pleito da contratada.

4.3 REVISÃO

4.3.1 Conceito e características

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.

Para ser aplicada, a revisão prescinde de previsão no edital ou no contrato. Além disso, também não é preciso que se respeite periodicidade mínima. Logo, para que o contrato seja revisado basta a ocorrência do fato gerador.

¹² Nesse sentido, o TCU já teve a oportunidade de se manifestar: *Acórdãos 1827/2008 e 1828/2008*

4.3.2 Pressupostos

4.3.2.1 Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão surgiu no direito comparado, durante a Primeira Guerra Mundial. Foi uma forma encontrada pelos juristas à época para flexibilizar o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual os contratos eram imutáveis. Diante disso, consolidou-se o entendimento de que as condições estabelecidas no contrato não podem permanecer as mesmas se a situação sobre as quais se firmou o pacto não continuarem iguais.

A teoria da imprevisão tem incidência tanto no Direito Privado (arts. 478, 479 e 480 do Código Civil), quanto no Direito Público (art. 65, II, “d” da Lei nº 8.666/93). O instrumento da revisão do contrato, com base na teoria da imprevisão, incidirá quando sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

É preciso, portanto, que o fato gerador seja também extraordinário e extracontratual, ou seja, ainda que o fato imprevisível tenha ocorrido, para que seja possível a revisão do contrato, faz-se necessário que o fato desonere excessivamente uma das partes. Além disso, o fato gerador não pode ter sido causado por uma das partes. Se for, não será extracontratual, o que afastará a teoria da imprevisão, encaixando-se no fato da administração.

4.3.2.2 Fato da administração

Qualquer fato gerado pela Administração que tenha significativo impacto na equidade econômico-financeira do contrato, acarreta a revisão do contrato. O fato da administração, ao contrário do fato do príncipe, recai sobre uma das partes, e não a generalidade.

4.3.3 Efeitos

A parte fará jus à revisão do contrato a partir do momento em que ocorrer o fato gerador. Logo, ainda que pedido da contratada e aceitação da Administração corra tempos depois, sua concessão terá efeitos retroativos, retroagindo à data da realização do evento.

4.4 - 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 concedido, é preciso o transcurso do prazo de doze meses, a contar da proposta ou do orçamento a que se referir ou o fato gerador da última repactuação.

Esse instituto é implementado mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato. A repactuação foi criada no âmbito da Administração Pública Federal e, por isso, não se aplica às entidades que integram os Serviços Sociais Autônomos.

4.5 CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária, também denominada de atualização financeira, tem o objetivo de 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.

4.6 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, verifica-se que o intuito da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato mostra-se de fundamental importância para trazer segurança jurídica às contratações realizadas pela Administração Pública e pelas entidades que compõem o Sistema "S". Dentre os pontos polêmicos que abordamos, pode-se extrair as seguintes conclusões:

a) O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato pertence a ambas as partes;

b) O reajuste é um direito disponível, motivo pelo qual, para ser concedido, precisa: ter previsão no edital, respeitar a anualidade da proposta ou do orçamento a que se referir e se solicitado pela parte interessada, não podendo ser aplicado de ofício;

- c) No âmbito as licitações realizadas pelo SESI e pelo SENAI, a cláusula de reajuste não é obrigatória, face ausência de previsão legal que a imponha, assim como o direito ao equilíbrio contratual pode ser efetivado via outros institutos;*
- d) A revisão de preços independe de periodicidade mínima, tendo incidência desde a ocorrência do fato gerador, e de previsão editalícia. Contudo, sua concessão deve ser formalmente justificada;*
- e) A repactuação foi criada no âmbito da Administração Pública Federal, não sendo aplicável às contratações realizadas pelas entidades que compõem os Serviços Sociais Autônomos;*
- f) A correção monetária se assemelha ao instituto do reajuste. Todavia, sua incidência é apenas dentre o período que deveria ter sido adimplida a parcela até a data do efetivo pagamento.*

4.7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <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>. Acessado em: 16 ago. 2014.

BRASIL, Decreto Nº 2.271, De 7 De Julho De 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.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>. 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>. Acesso em: 16 ago. 2014.

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

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 pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**5 – A ADOÇÃO DE REQUISITOS
SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES
DO SESI E DO SENAI**

CAMILA GAESKI
DEPARTAMENTO REGIONAL DO PARANÁ

5.1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a necessidade atual de adequação dos procedimentos de compras de produtos e contratações de serviços ao consumo sustentável e consciente, de modo a proteger o meio ambiente e garantir o desenvolvimento nacional sustentável.

Considerando que as entidades integrantes do Sistema “S” são grandes consumidoras de produtos e contratantes de serviços em geral, e apesar de serem instituições de direito privado estão sujeitas à realização de licitações, se propõe a adoção de requisitos sustentáveis nos procedimentos licitatórios realizados pelo Serviço Social da Indústria - SESI e pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, embasados na ampla legislação pátria e nas normas internacionais relativas ao tema.

O objetivo desse estudo é demonstrar a relevância do tema na atualidade, e trazer a conscientização sobre a imprescindibilidade de adequação dos procedimentos licitatórios do SESI e do SENAI como forma de garantir os direitos das presentes e futuras gerações.

5.2 DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

O conceito de “desenvolvimento sustentável” surge da correlação entre economia e meio ambiente, sendo o princípio apresentado pela primeira vez pelo relatório de *Brundtland* como modelo de desenvolvimento que deveria atender as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades. Paulo Leme Machado diz que o conceito de desenvolvimento sustentável é uma locução verbal em que se ligam dois conceitos. Onde o conceito de sustentabilidade passa a qualificar ou caracterizar o desenvolvimento.¹

Canotilho e Morato Leite definem que o desenvolvimento sustentável reflete a ideia de justiça intergeracional, ou seja, a responsabilidade das gerações atuais perante as gerações futuras.² A partir desse conceito surge a consciência no consumo e produção de bens necessários para os seres humanos.

1 MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 69

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**, 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p.80

Sobre a definição do que seria o desenvolvimento sustentável, entende Daniel Ferreira:

Aqui se assume uma posição precisa e objetiva no sentido de que ou o desenvolvimento é triplamente sustentável – no viés econômico, social e ambiental – ou não é desenvolvimento. E mais, que a sustentabilidade combina regularidade com perenidade, de sorte a propiciar a manutenção do status quo ao longo do tempo. Ao desenvolvimento é que reserva papel especial, qual seja o de conferir à sustentabilidade o tom de avanço.³

Já Canotilho conceitua o caráter tríplice do conceito de desenvolvimento sustentável da seguinte maneira:

A vertente ambiental consubstancia-se no dever de gerir, de forma sustentável, a utilização dos recursos naturais e da capacidade de suporte dos ecossistemas, respeitando a sua capacidade de renovação, quando sejam renováveis, e preservando, sem esgotar, os que não sejam renováveis. A vertente social reconduz-se as ideias de democracia ambiental, pela participação do público nos processos ambientalmente relevantes e de justiça ambiental, pela eliminação das situações de injustiças resultantes de serem sobretudo os mais frágeis e os mais vulneráveis a sofrer, indefesos os efeitos dos impactos ambientais e da degradação dos recursos naturais. Por fim, a vertente econômica consiste na promoção de atividades econômicas duradouras (porque baseadas em recursos renováveis e respeitando a sua capacidade de renovação) e ainda a plena internalização dos custos ambientais e sociais das atividades econômicas ou, quando não seja possível, na redistribuição equitativa desses custos.⁴

Assim, a sustentabilidade econômica diz respeito à consideração da eficiência e do esforço com o objetivo de assegurar o desenvolvimento da economia nacional. Já a sustentabilidade social visa proporcionar a equidade, a manutenção dos micro-universos sociais de maneira a garantir a sua identidade e cultura. E, no que se refere à sustentabilidade ambiental é possuir a ética do cuidado, cuidado com o próximo, cuidado com nós mesmos e com as futuras gerações.

3 FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. Ed. Fórum. Belo Horizonte: 2012, p. 46

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato Leite. *Op. cit.* p.80

5.2.1 O desenvolvimento nacional sustentável como direito fundamental

O desenvolvimento nacional sustentável é um direito fundamental e foi primeiramente reconhecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotado pela resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1986. No segundo período do preâmbulo da declaração consta o conceito de desenvolvimento:

*É um processo global, econômico, social, cultural e político que visa melhorar continuamente o bem estar do conjunto da população e todos os indivíduos, embasado em suas participações ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na partilha equitativa das vantagens que daí decorrem.*⁵

A preocupação do legislador brasileiro com a promoção do desenvolvimento também pode ser vista já no preâmbulo da nossa Constituição:

*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*⁶

Além disso, é caracterizado como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, devidamente elencado no art. 3º da carta magna, o qual prevê não apenas a promoção ao crescimento econômico, como também lista alguns objetivos com alicerces sociais.

A partir dessa qualificação, entende-se que deixar de promover o desenvolvimento sustentável não significa descumprir um dever legal, e sim, revela o desrespeito a um direito fundamental.

A ratificação da sustentabilidade como imperativo constitucional fez o legislador reiterar a sua preocupação em diversos artigos no decorrer da Constituição, sendo o mais lembrado o art. 225 da CF, o qual prevê: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao

⁵ MACHADO, Paulo Leme. *Op. cit.* p. 67

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out de 1988

Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.⁷

Podemos concluir que o direito ao desenvolvimento sustentável é um direito fundamental ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, que destaca a garantia de uma existência digna com o mínimo de recursos vitais necessários para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano.

Canotilho entende que os direitos fundamentais podem ser chamados de direitos do homem e são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), direitos fundamentais do homem são os jurídico-institucionalmente garantidos e limitados temporalmente no espaço.⁸

São considerados direitos fundamentais por serem aplicáveis a todos de maneira igualitária, não merecendo apenas reconhecimento, mas sim, efetiva aplicação.

Além da previsão constitucional existem outras leis e tratados dos quais o Brasil é signatário e que trazem em seu conteúdo imposições relativas à garantia do desenvolvimento nacional sustentável, são exemplos a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (6.938/1981), Lei de Política Nacional sobre Mudanças do Clima (12.187/2009), Lei de Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/2010) e Instrução Normativa do Ministério do Planejamento (19/2010).

5.3 A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DAS LICITAÇÕES VERDES

As compras públicas equivalem a grande parte das aquisições realizadas no Brasil, movimentando de forma expressiva a economia do país. A partir da necessidade de adequação dos procedimentos licitatórios ao direito fundamental do desenvolvimento nacional sustentável surgem as licitações verdes, tendo como principal pilar o disposto no decorrer do texto constitucional.

Christiane de Carvalho Stroppa assim define as licitações sustentáveis:

Um processo por meio do qual as organizações, em suas licitações e contratações de bens e serviços e obras, valorizam os custos efetivos que consideram condições

⁷ *Idem*

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, **Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 7ª ed 2003. p. 393

*de longo prazo, buscando gerar benefícios à sociedade e à economia e reduzir os danos do ambiente natural.*⁹

Fundamentada nos três pilares do conceito de desenvolvimento nacional sustentável, a licitação tem por fim não apenas a seleção da proposta mais vantajosa, mas a obediência aos três fins que devem ser cumpridos simultaneamente, ainda que de forma parcial ou potencial, sob pena de nulidade do certame e do próprio contrato decorrente do processo licitatório.¹⁰

Lilium Castro de Souza assim conceitua as compras sustentáveis:

As compras públicas sustentáveis definem-se como a aquisição de produtos e serviços que se mostrem eficientes, incluindo aspectos socioambientais, a exemplo dos bens que se servem de menos recursos naturais: a água e energia; materiais menos tóxicos, recicláveis; com maior vida útil e geram menos resíduos, enquadrando-se, assim, no conceito de atividade econômica e sujeita aos ditames constitucionais.

Além dos reflexos diretos da efetiva utilização de requisitos sustentáveis na realização das licitações, das boas práticas adotadas pelas entidades, existem os reflexos indiretos, onde as empresas participantes dos certames passam a adotar critérios que atendam às exigências das ecoaquisições, estabelecendo assim uma nova cultura consciente ao mercado.

Em atividade recente do Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, entidade formada por cerca de 70 empresas que representam 40% do PIB nacional, ocorreu a apresentação de um documento com propostas que visam conciliar o desenvolvimento nacional sustentável com uma política de incentivos por parte do governo. Dentre as propostas, estão o privilégio aos produtos fabricados com baixo impacto ambiental, a criação de um bônus nas tarifas de água e de luz para as indústrias que obtiverem a redução de consumo e a criação de um selo que dê destaque no mercado internacional aos produtos fabricados no Brasil.¹¹

Diante desse novo panorama, há necessidade das instituições agirem como propulsoras na propagação da consciência ambiental, estabelecendo às suas licitações uma nova finalidade.

9 STROPPIA, Christiane de Carvalho, *Apud* ALVARENGA, Carolina Flávia Freitas, **Compras Sustentáveis na Empresa Brasileira de Telégrafos como um mecanismo de proteção ao meio ambiente equilibrado**. In A Revista de Estudo de Direito Postal da ECT, Brasília, p.106

10 FERREIRA, Daniel. *Op. cit.* p. 114

11 AGOSTINE, Cristiane. **Conselho que representa 40% do PIB propõe agenda de sustentabilidade**. Valor, São Paulo, 06 de agosto de 2014, p. A8

Sobre esse novo aspecto das licitações entende Daniel Ferreira:

É preciso atentar que as determinações constitucionais não se dirigem à efetivação (direta e imediata) do desenvolvimento nacional pelo Estado, apenas. Em várias oportunidades a Constituição indica deveres atribuídos aos legisladores e aos gestores públicos no sentido de estimular o desenvolvimento nacional.¹²

Com a importância e a contemporaneidade do tema, foi instituído no Brasil uma Comissão de Estudo Especial de Compras Sustentáveis pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – o ABNT/CEE – 277 – o qual tem por finalidade o auxílio à instituição internacional ISO na elaboração da nova norma mundial sobre compras sustentáveis, que visa estabelecer diretrizes para o setor privado na busca da efetiva garantia ao desenvolvimento sustentável.¹³

Já a Confederação Nacional das Indústrias coordena o Grupo de Trabalho Intersectorial sobre Produção e Consumo Sustentável, que com o apoio dos representantes do setor industrial e do governo federal busca propor estratégias para a implantação das compras sustentáveis no setor público, estabelecendo critérios, sugerindo parâmetros e indicadores que possam ser utilizados nas licitações.¹⁴

Dentre os objetivos do grupo de estudos da CNI se destacam:

Entre os objetivos do encontro, está o de definir formas de validar a veracidade das declarações de bens e serviços sustentáveis pelas empresas, fortalecer a participação de micro, pequenas e médias empresas na temática de produção e consumo sustentável e incluí-las nos processos de compras públicas sustentáveis. Influenciar as políticas públicas para regulamentação da produção e consumo sustentáveis, nas esferas federal, estadual e municipal também faz parte do trabalho do grupo.¹⁵

As licitações sustentáveis são uma preocupação geral das instituições públicas e privadas, além de ser um tema atual de discussão dos órgãos de controle, o Tribunal de Contas da União realizou em dezembro de 2013 um diálogo com o objetivo de discutir as dificuldades

12 FERREIRA, Daniel. *Op. cit.* p. 46

13 Disponível em: <<http://comprassustentaveis.com/iso-pc-277-compras-sustentaveis/>> Acesso em 13/08/2014

14 Disponível em: <http://www.ecoticiasbrasil.com/noticia/mma-defende-crita-copy-rios-sustenta-iexcl-veis-para-as-compras-do-setor-pa-ordm-blico_1034> Acesso em: 13/08/2014.

15 *Idem*

na efetivação das licitações sustentáveis, como também, para chamar a atenção dos gestores para a questão. E mais recentemente, em março de 2014, o órgão promoveu um *workshop* sobre compras sustentáveis e certificação.

Sobre o tema, o ministro do TCU, Aroldo Cedraz de Oliveira, manifestou-se dizendo que as licitações sustentáveis são importantes ferramentas para induzir mudanças nos padrões de produção e consumo, de modo a torná-los menos impactantes ambientalmente e socialmente mais incluídos.¹⁶

5.3.1 Formas de controle da promoção ao desenvolvimento nacional sustentável através das licitações

A ausência da adoção de critérios sustentáveis nos editais de licitação acarreta o desrespeito a um direito fundamental, o que pode implicar o controle preventivo e repressivo das instituições competentes.

Quanto à possibilidade de provocação dos órgãos competentes entende Daniel Ferreira:

Portanto, ao fim e ao cabo fica consignado que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade legal da licitação impõe ao agente administrativo um dever-poder e, por outro lado, um direito: de se exigir o cumprimento desse dever também como um direito fundamental: individual, coletivo e difuso – tanto administrativa como judicialmente.¹⁷

O controle preventivo pode ser exercido através da impugnação ao edital por parte dos interessados, como também, através do exercício de petição direcionado aos órgãos de controle, mais especificamente, às Cortes de Contas. Nesse exercício todos estão legitimados a peticionar aos órgãos de controle requerendo o desenvolvimento nacional sustentável como fim da licitação.

Já quanto ao controle repressivo, esse pode ser exercido também através do direito constitucional de petição, o Tribunal de Contas pode suspender contrato em andamento que esteja eivado de irregularidade. Já o controle jurisdicional pode ser provocado por meio dos Mandados de Segurança (individual e coletivo), do Mandado de Injunção, da Ação Popular,

16 Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=4927829
Acesso em: 13/08/2014.

17 FERREIRA, Daniel, *Op. cit.* p. 144

da Ação Civil Pública e até mesmo das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade.

5.4 A ADOÇÃO DE REQUISITOS SUSTENTÁVEIS NAS LICITAÇÕES DO SESI E DO SENAI

Conforme relatado, há uma recente preocupação com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, seja por meio das compras públicas ou das compras privadas.

Diante do atual cenário brasileiro, vislumbra-se a necessidade de adequação dos processos licitatórios do SESI/SENAI à essa nova realidade que se apresenta, incentivada inclusive pelos órgãos de controle.

Embora não exista expressamente no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI a obrigatoriedade de observância ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável, tal fato não exime as instituições de inserirem em seus procedimentos licitatórios os requisitos sustentáveis. Pois, trata-se de um direito fundamental garantido constitucionalmente, e de acordo com o princípio da supremacia da constituição, a imperatividade da Constituição Federal se sobrepõe aos regulamentos infraconstitucionais.

Além disso, o SESI e SENAI são instituições de grande representatividade nacional, possuindo inúmeros objetivos sociais em sua essência, desse modo, devem agir como exemplo, inclusive incentivando o setor industrial na promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Em reflexão sobre a questão ambiental atual disse Vladimir Passos de Freitas: “O tempo está passando rápido e os problemas ambientais se agravando. Temos um compromisso com as futuras gerações. Cabe-nos encontrar a via mais adequada, abrindo mão, por vezes, das aspirações pessoais”.¹⁸

Porém, cabe às instituições o dever de observar com cautela os critérios a serem inseridos nos editais, de modo que não colidam com os princípios cabíveis à licitação, ou seja, não venham a ferir a competitividade e sejam razoavelmente aceitáveis.

18 FREITAS, Vladimir Passos de, In: **Conferência Estadual dos Advogados**, Curitiba: OAB/PR, 2014

Corroborando com o entendimento, Brenia Diogenes G. dos Santos ressalta:

*Apresenta-se cogitável a definição de critérios de sustentabilidade nos certames das entidades do Sistema “S”, os quais devem ser indicados objetivamente, observando, para tanto, o mercado específico em que se insere o objeto almejado, de modo que a fixação de tais exigências não restrinja indevidamente a competição.*¹⁹

Uma alternativa é a confecção de uma cartilha a ser utilizada pelos departamentos de compras e suprimentos dos departamentos regionais, contendo os produtos e serviços mais adquiridos pelas instituições com a indicação dos critérios sustentáveis cabíveis e que possam ser adotados em um edital de licitação. No entanto, casos mais representativos devem ser analisados de maneira isolada.

Frise-se que os requisitos sustentáveis necessitam de fundamentação na fase interna do processo licitatório, muitas vezes merecem o auxílio de técnicos com *expertise* no ramo para justificar a escolha pelo produto ou serviço sustentável, ou ainda, por determinada certificação.

A adequação dos procedimentos licitatórios se faz necessária diante dos atuais rumos tomados com relação ao tema. A ausência da promoção ao desenvolvimento nacional sustentável pode acarretar o controle repressivo dos editais de licitação do Sesi/Senai por parte do poder judiciário, ou ainda, pelos órgãos de controle.

5.5 CONCLUSÃO

As licitações sustentáveis são uma nova tendência. Apesar da obrigatoriedade do respeito ao desenvolvimento nacional sustentável já existir há algum tempo, as instituições públicas e privadas ainda não se adaptaram a essa nova realidade e estão na busca pela adequação de seus procedimentos de compras com o intuito de garantir o pleno respeito ao preceito constitucional.

Muito além de uma obrigação legal, surge uma nova consciência da população e do mercado sobre a carência de ações para garantir o desenvolvimento sustentável para as presentes e futuras gerações.

¹⁹ SANTOS, Brênia, Diógenes G dos, É possível a fixação de critérios de sustentabilidade nas contratações realizadas pelo Sistema “S”? Disponível em: http://www.zenite.blog.br/e-possivel-a-fixacao-de-criterios-de-sustentabilidade-nas-contratacoes-realizadas-por-entidade-do-sistema-s/#.U-__wwvldVIE Acesso em: 16/08/2014.

As recentes tragédias ambientais contribuíram para a mudança de pensamento sobre essas questões, como também, as discussões internacionais sobre o tema, que acabam por expandir a ideia da necessidade de uma modificação comportamental.

Apesar de não haver nada expresso nos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai referente ao desenvolvimento nacional sustentável, considerando a representatividade do Sesi e do Senai na estrutura organizacional brasileira, se reconhece nas instituições a capacidade de contribuição ativa na nova ótica dos procedimentos licitatórios no Brasil.

5.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Carolina Flávia Freitas, **Compras Sustentáveis na Empresa Brasileira de Te-
légrafos como um mecanismo de proteção ao meio ambiente equilibrado**. In A Revista de
Estudo de Direito Postal da ECT, Brasília.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República
Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out de 1988

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito Constitu-
cional Ambiental Brasileiro**, 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes, **Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra. Almedina.
7ª ed, 2003.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal**. Ed. Fórum.
Belo Horizonte: 2012

MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEITE, Jospe Rubens Morato. **Inovações em Direito Ambiental**, Florianópolis: Fundação
Boiteux, 2000

DOCUMENTOS CONSULTADOS

AGOSTINE, Cristiane. **Conselho que representa 40% do PIB propõe agenda de sustenta-
bilidade**. Valor, São Paulo, 06 de agosto de 2014, p. A8

FREITAS, Vladimir Passos de, In: Conferência Estadual dos Advogados, Curitiba: OAB/PR, 2014.

SANTOS, Brênia, Diógenes G dos, **É possível a fixação de critérios de sustentabilidade
nas contratações realizadas pelo Sistema “S” ?** Disponível em: <<http://www.zenite.blog.br/e-possivel-a-fixacao-de-criterios-de-sustentabilidade-nas-contratacoes-realizadas-por-entidade-do-sistema-s/#.U-wwvldVIE>> Acesso em: 16/08/2014.

Disponível em: <<http://comprassustentaveis.com/iso-pc-277-compras-sustentaveis/>> Aces-
so em 13/08/2014



Disponível em: <http://www.ecoticiasbrasil.com/noticia/mma-defende-crita-copy-rios-sus-tenta-iexcl-veis-para-as-compras-do-setor-pa-ordm-blico_1034> Acesso em: 13/08/2014.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**6 – A REVOLUÇÃO SILENCIOSA
DAS OBRIGAÇÕES
TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS**

CHERYL BERNO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

*Aos meus pais,
ao Luciano e aos meus filhos, Leonardo e Rafael,
por me ensinarem a maior lição da vida: o amor.*

6.1 INTRODUÇÃO

A carga tributária no Brasil, em torno de 37% do PIB, é muito alta em relação aos serviços públicos prestados aos cidadãos, um problema que resulta, dentre outros, na falta de competitividade das empresas brasileiras no mercado internacional. Mas, não é só o peso dos tributos que tem preocupado os cidadãos, em especial os empresários brasileiros e o Sistema Indústria. A questão mais alarmante atualmente é que além de pagar muito, é preciso vencer a complexidade tributária.

Estudo do Banco Mundial concluiu que no Brasil cada empresa gasta 2.600 horas por ano só parar pagar os impostos. Em uma lista de 178 o Brasil ocupa a vexatória posição de 137º. São tantas as declarações e vem se multiplicando de uma forma, que quase toda a fiscalização foi repassada ao contribuinte.

Quem acha que com a Internet ficou mais fácil cumprir uma obrigação tributária acessória engana-se e não imaginava que a Receita Federal do Brasil poderia manter as declarações existentes, criar novas com mais de 2.400 campos a serem preenchidos mensalmente, e ainda cobrar multas exorbitantes não só pela entrega em atraso, mas por erros e omissões cometidos nas dezenas de declarações que precisam ser enviadas todo mês eletronicamente, para os fiscos. Atrasar e errar pode resultar até no fechamento da empresa.

E não adianta mais acreditar que diante do princípio da legalidade basta acompanhar as leis para conhecer todas as obrigações acessórias, porque elas são criadas a toda hora por atos de toda a natureza.

Exige-se que todos conheçam o arcabouço da legislação federal, as normas dos 27 Estados e Distrito Federal, que se contradizem e dos 5.564 municípios. São normas novas todos os dias, leis ordinárias, complementares, medidas provisórias, decretos, instruções normativas, portarias, resoluções. Só a Constituição Federal de 1988 já sofreu 83 emendas, sem contar as de revisão. Tudo para dizer o que pagar e de que jeito o governante quer que lhe sejam informados os dados.

Mas não paramos por aí. Estamos diante de um novo paradigma porque as obrigações passaram a ser eletrônicas e o fisco a cruzar todos os dados. Assim, o contribuinte sofre fiscalização “on line” e “on time”, um verdadeiro “Big Brother”.

É o caos. Mas, não podemos assistir passivos a esta *e*-burocratização e ao aumento do ônus para o pagamento dos tributos. Temos que tomar ações concretas para simplificar o Sistema

Tributário Brasileiro e encontrar um freio para tantas obrigações, além de adequar as multas e garantir direitos fundamentais como o da legalidade e ao sigilo de dados. Para tanto, o primeiro passo é debruçar-se sobre o tema, o que propomos com este trabalho.

6.2 OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS ELETRÔNICAS

A obrigação tributária pode ser principal e acessória nos termos do art. 113 do Código Tributário Nacional - CTN, instituído através da Lei Ordinária nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que regulamenta a matéria tributária. A principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento do tributário ou da penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

A obrigação acessória decorre da legislação tributária¹ e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas (de fazer e não fazer), nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. É chamada também de formal ou instrumental. A obrigação acessória descumprida converte-se em principal relativamente a penalidade pecuniária².

Esta divisão é importante porque o nosso estudo tem foco nas obrigações tributárias acessórias, opção que fizemos tendo em vista o aumento dessas e a mudança de paradigma, com a exigência de que sejam cumpridas pelo contribuinte em meio eletrônico, o que representa novos desafios para as empresas brasileiras, e, por consequência para o chamado Sistema Indústria.

Empresários de destaque no cenário internacional como Jorge Gerdau criticam o sistema brasileiro e, em reiteradas declarações, fazem comparações entre o Brasil e outros países. O empresário costuma dizer: “Eu trabalho no Canadá com três funcionários para atender a todo o gerenciamento fiscal. No Brasil, em uma única unidade, eu tenho que trabalhar com 30 pessoas para poder atender. São dez vezes mais, porque temos aí interesses políticos, medievais, etc. É preciso simplificar em benefício de todos”³. É muita gente porque é muita declaração, que vai muito além do custo do tributo em si.

1 Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. (Código Tributário Nacional)

2 Amaro, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, p. 243 e 244.

3 <http://g1.globo.com/bomdiabrazil/0,,MUL829846-16020,00-E+PRECISO+SIMPLIFICAR.html>

GIAS, Nota Fiscal Eletrônica, Emissor de Cupom Fiscal, Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, DISO, DIMOD, DIMED, etc. É tanta obrigação e tanta sigla que desafia-se os profissionais mais competentes a listarem todas. As obrigações acessórias se multiplicam e a cada dia é criada uma nova para o contribuinte cumprir, sob pena de não o fazendo, inclusive por falta de conhecimento de tantas medidas provisórias, leis, decretos, portarias, resoluções, etc., ser autuado para o pagamento de multas, cada vez mais elevadas e até confiscatórias.

Erros na prestação das inúmeras informações, declarações, que devem ser dadas aos fiscos federais, estaduais e municipais todos os dias, podem custar caro às empresas. Não dá para errar, neste caso errar não é humano. Na esfera federal um erro pode custar desde R\$ 165,74, no mínimo, a uma pessoa física que não entrega a declaração de imposto de renda no prazo, a 150% a mais do tributo devido se o fisco descobrir o erro. No Rio de Janeiro os erros são multiplicados pelos meses e a multa cresce tanto que em alguns casos a empresa fecha se for multada.

Segundo estudo do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT foram editadas mais de 3,7 milhões de normas, resultando numa edição de 766 normas por dia útil. Foram 13 “minirreformas tributárias”, com diversos tributos criados, como por exemplo, a CIDE-Combustíveis e a Contribuição de Iluminação Pública. Ainda segundo os números do IBPT, hoje as empresas precisam cumprir 3.207 normas tributárias, o que corresponde a um gasto de cerca de R\$ 38 bilhões por ano para manter pessoal, sistemas e equipamentos no acompanhamento da aplicação e das modificações da legislação tributária.

Neste contexto de crescimento exponencial das obrigações tributárias acessórias e da exigência de que sejam ainda cumpridas em meio eletrônico, indispensável analisar quem pode impor estes deveres e de que forma.

Ao menos pelo que consta na Constituição Federal do Brasil, somente a lei pode impor qualquer obrigação e neste diapasão, as obrigações, ainda que acessórias, deveriam ser criadas por lei, aquela nascida no Poder Legislativo e promulgada pelo Executivo.

Mas, infelizmente, em se tratando de obrigações tributárias acessórias, ainda mais as eletrônicas, o que se tem visto, é uma hemorragia de atos de toda natureza. Além do poder legislativo do CONFAZ, que já é discutível, até um tal de SINIEF - Sistema Nacional de Informações Econômicas e Fiscais, que não é autoridade ou órgão, mas um sistema, tem criado norma cobrando obrigação eletrônica.

Certamente estão sendo deixadas à margem desta sangria desatada de normas instituidoras de obrigações acessórias, as limitações constitucionais básicas. Mas, como estas obrigações estão custando caro, em todos os sentidos, a todos os obrigados, vale revisitar um princípio básico, o da legalidade, para trazer à tona os limites da imposição de obrigações, inclusive as tributárias, as acessórias e as eletrônicas.

6.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Um dos princípios basilares do ordenamento jurídico é o da legalidade *ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*⁴. Em matéria tributária esse princípio é ainda mais forte, pois o constituinte de 1988 o deixou consignado especificamente para a tributação. Diz o art. 150, I da Constituição Federal que “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar Tributo sem que o estabeleça*”⁵.

O CTN, nos termos exigidos pelo inciso III do art. 146 da Constituição da República Federativa do Brasil, também deixou muito claro que o tributo precisa ser instituído por lei⁶. Logicamente, não basta, para atender ao princípio da legalidade, a denominação “lei”. Entenda-se lei, a constitucional, válida, e, indo um pouco mais além, em consonância com o restante do ordenamento jurídico, especialmente com o CTN⁷. A questão da validade da norma é

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, inciso II do art. 5º.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Faz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 99.

6 BRASIL. Código Tributário Nacional: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

7 “Em suas origens mais remotas, surgiu o princípio da legalidade com o primeiro dos referidos significados, vale dizer, o do consentimento. Neste sentido o princípio é bastante antigo, como demonstra Uckmar, manifestando-se inicialmente sob a forma de consentimento individual, na Inglaterra, em 1906, para transformar-se pouco a pouco em consentimento coletivo. Sua origem, todavia, tem sido geralmente situada na Magna Carta, de 1215, outorgada por João Sem Terra, por imposição dos barões. O tributo deve ser consentido, vale dizer, aprovado pelo povo, por seus representantes nos parlamentos. No dizer de Cláudio Pacheco, para quem a base do princípio da legalidade reside no art. 14 da ‘revolucionária declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão’ ”. MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 17.

“Segundo Victor Uckmar: “Em geral, atribui-se à Magna Charta a primeira afirmação do princípio de que nenhuma prestação pecuniária pode ser imposta a não ser por deliberação dos órgãos legislativos; e, portanto, o Parlamentarismo nasce associado às instituições financeiras, à necessidade de adequar entradas e despesas públicas. Porém, na realidade, a origem remonta época anterior: por exemplo, na Inglaterra, o Rei, que já arrecadava impostos e obtinha subsídios pelo Direito Consuetudinário, exigia dos vassallos, para fazer frente a despesas extraordinárias, pagamentos em dinheiro, aos quais estes podiam recusar-se – embora fosse, na prática, bastante difícil.” UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Tradução e notas ao Direito brasileiro, Marco Aurélio Greco. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

importante à medida que pelo princípio da estrita legalidade tributária somente a lei válida, compatível com a Constituição Federal, ensejará a obrigação tributária⁸. Não é coerente que o contribuinte seja obrigado a recolher um determinado tributo, embora assim determine a lei, se essa não está de acordo com o restante do ordenamento jurídico, se não é válida⁹.

O princípio da legalidade é considerado um dos mais importantes do Estado Democrático de Direito e visa, em última instância, à segurança jurídica, tendo a lei relevante papel na consecução de ambos os princípios, como muito bem lembrado por Eusebio González García:

El reconocimiento del principio de seguridad jurídica entre “los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” por parte de la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, há tenido como lógica consecuencia conectar desde antiguo su estudio al nacimiento del Estado liberal de Derecho y, por añadidura, al conjunto de principios filosóficos, políticos y económicos que con base em el movimiento ilustrado conforman dicha concepción del Estado. Entre estos principios, interessa destacar, desde un ponto de vista jurídico, el relevante papel que se concede a la ley (tanto en su concepción de voluntad general, como de razón ordenadora) como instrumento garantidor de un trato igual (objetivo) de todos ante la ley, frente a las frecuentes arbitrariedades y abusos del antiguo régimen. Lo que equivale a afirmar, desde un ponto de vista positivo, la importancia de la ley como vehiculo generador de certeza (aspecto positivo del principio de seguridad jurídica); y desde un punto de vista negativo el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado (aspecto negativo del principio de seguridad jurídica).

De onde se infiere la íntima relación existente entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica¹⁰.

É importante frisar que é vedado a qualquer norma, seja da própria Constituição, seja infraconstitucional, diminuir ou anular os direitos constitucionalmente assegurados ao

8 “As leis só são válidas quando produzidas dentro da Constituição e, além disto, de acordo com seus grandes princípios”. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 148.

9 “Quando ainda não se havia chegado ao pleno conhecimento da natureza *ex lege* da obrigação tributária e os aplicadores da legislação fiscal, à míngua mesmo de dispositivos especificamente tributários, aplicavam erroneamente certos preceitos de Direito Privado para a solução de casos tributários, era exigido, para a restituição de tributo indevidamente pago, que o contribuinte fizesse prova de tê-lo pago por erro, sem o que via de regra era negada a restituição. Isto levava, habitualmente, o contribuinte, a toda vez que, coagido a pagamentos, procurasse fazê-lo sob protesto. Hoje estes aspectos estão inteiramente superados, pois o que vale é a *vontade da lei* e não a das partes. O tributo só é devido se legal”. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 285.

10 GARCÍA, Eusebio González. *Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad*. In: 1º Congresso internacional de direito tributário - IBET - Justiça Tributária. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 150.

contribuinte, como o da certeza do direito e o da segurança jurídica frente às obrigações tributárias. O princípio da certeza do direito é, na verdade, um sobreprincípio, porque é o pressuposto dos demais, constituindo-se em importante e imprescindível alicerce do Estado de Direito, como nos ensina Paulo de Barros Carvalho:

Trata-se, na verdade, de um sobreprincípio que está acima de todos os primados e rege toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como valor supremo do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja.

A certeza do direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deôntico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica.

Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que “A” possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não é sentenciar, diz o Mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o “certum” no conflito de condutas. E ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação A, B ou C, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inexorável da segurança das relações jurídicas, que é o equivalente nominal da certeza jurídica. Substanciando a necessidade premente da segurança do indivíduo, o sistema empírico do direito elege a certeza como postulado indispensável para a convivência social organizada¹¹.

Os princípios da legalidade e da segurança jurídica visam a assegurar o direito do cidadão-contribuinte de não ser compelido ao pagamento de tributos que não tenham sido instituídos ou aumentados por lei, e lei válida. E acreditamos que também as obrigações acessórias não possam ser criadas a esmo, à margem do princípio da legalidade. É mister que se observe, também para normas desta natureza, o princípio da legalidade, sob pena de total afronta à Constituição Federal brasileira.

Como ensinava o grande mestre Alfredo Augusto Becker, em sua clássica obra, Teoria Geral do Direito Tributário, o máximo que a norma regulamentadora pode fazer é dizer a cor do papel do formulário, mas criar obrigação em si, que não tenha sido prevista em lei, é ir além do que a Constituição Federal autorizou.

11 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 72 e 73.

Devemos resgatar o princípio da legalidade também para a instituição de obrigações tributárias acessórias, como uma forma de frearmos a corrida dos fiscos por novas obrigações acessórias, em especial as eletrônicas, que têm custos altos.

Sabemos que não é a posição que tem prevalecido, mas, é nosso dever exigir o respeito aos princípios constitucionais limitadores do poder estatal.

6.4 CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA - CONFAZ

Como muitas das obrigações tributárias acessórias eletrônicas têm sido criadas pelo CONFAZ, é oportuna uma crítica a este órgão, que tem atuado como verdadeiro legislador em matéria tributária.

A Carta Magna é clara em seus arts. 24 e 155 ao conceder poderes aos Estados, e não ao CONFAZ, para legislar. O Poder Legislativo que tem competência constitucional para editar normas no país e não um órgão fazendário. Isso não se coaduna com o princípio da legalidade e da tipicidade tributária. A Constituição Federal zela pela responsabilidade dos poderes legislativos na edição das normas e não delegou, até porque é a Constituição Cidadã, poderes a um órgão do qual só participam representantes dos próprios fiscos, o que macula a legitimidade das normas pelo ente emanadas.

A Lei Complementar nº 24/75 invocada para legitimar o poder do CONFAZ, a uma é dirigida para matérias muito especificadas como os incentivos fiscais e a duas sequer poderia ter sido recepcionada pela Constituição Federal, que contrariamente ao que vem sendo propagado, é clara, em seus dispositivos acima citados, quanto à necessidade de observância ao devido processo legal dando poderes aos Estados.

A Constituição chamada de “Cidadã”, privilegia o processo legislativo e exige que as regras tributárias sejam instituídas por lei e Convênio CONFAZ, Protocolo, Ajuste SINIEF, etc., não são leis, são atos administrativos emanados pelos próprios secretários de fazenda dos estados ou delegados, que não têm legitimidade para editar normas. É inconcebível que se mantenha o poder do CONFAZ para deliberar normas que são de observância obrigatória para todos os cidadãos, isto é uma afronta direta ao princípio da legalidade, valor máximo consagrado na Constituição Federal.

Aliás, por conta de se permitir tais absurdos que atentam contra a divisão dos poderes constituídos, os contribuintes estão se vendo de mãos atadas, haja vista que em um processo constitucional de elaboração das normas conseguem ter uma participação, mas nestas reuniões do CONFAZ que decidem o seu futuro ficam sabendo do que houve por reportagens de jornais.

Não há como se conceber, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a delegação de poderes ao CONFAZ para “legislar” em matéria tributária, função precípua do poder legislativo. O processo legislativo deve se dar nos termos do art. 59 da Constituição Federal e seguintes. Portanto, as obrigações tributárias, inclusive acessórias e as eletrônicas, precisam ser instituídas por lei, do que, certamente, depende a segurança jurídica.

6.5 SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL - SPED

Como as obrigações tributárias acessórias, inclusive as eletrônicas são criadas e modificadas todos os dias sem a observância sequer do devido processo legislativo, são infundáveis os exemplos que poderíamos trazer para o estudo. Porém, há uma que chama mais a atenção e tem um alcance maior, razão pela qual escolhemos para análise.

Trata-se do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instituído pelo Decreto nº 6.022, de 22/1/2007, que representa uma mudança de paradigma nas relações entre os fiscos, federal, estaduais e municipais e as empresas. A partir de sua instituição, que começou com a Nota Fiscal Eletrônica - NFe, as empresas têm a obrigação de preparar os documentos fiscais e contábeis nos moldes dados pelos órgãos técnicos das receitas de fazenda, assinar digitalmente, por certificação digital, e encaminhar, via Internet, para a Fazenda, nos programas e prazos estipulados, sob pena de multas pesadas, cobradas não só por atraso, mas também por eventuais erros e/ou omissões. Os fiscos recebem e processam tais informações de forma eletrônica e depois cruzam os dados para fins de controle e autuação.

Essas mudanças têm obrigado as empresas a terem profissionais altamente capacitados e com conhecimentos não só na área contábil-fiscal-tributária, como na área tecnológica, afinal, é comum o fisco promover alterações nos programas, formulários eletrônicos, versões, ou seja, alterar, a forma e o conteúdo a ser remetido eletronicamente, o que também gera custos de atualizações de processos nas empresas. Tais alterações, embora consideradas simples pelos fiscos, a dispensarem a sua instituição por lei, representam mais custos de capacitação e atualização de processos. A maior parte dessas “normas” que criam ou modificam obrigações eletrônicas não passa pelo processo legislativo e pela prévia discussão com a sociedade, como pudemos verificar nos capítulos anteriores.

Desta forma, o Sistema Indústria tem um papel ainda mais relevante, o de acompanhar e divulgar estas obrigações para tentar assim ajudar as empresas a reduzirem os riscos de autuações. É compreendendo a sistemática, inclusive os cruzamentos de informações fiscais, que as empresas poderão melhorar os seus processos internos, modernizando-os de acordo com o que vem sendo imposto pelos órgãos fazendários.

Como dentro do próprio SPED são muitas as obrigações, tendo em vista a limitação deste trabalho, vejamos algumas obrigações tributárias acessórias eletrônicas, a título exemplificativo:

- **NF-e:** é a nota fiscal em papel que passou a ser exigida de forma digital, eletrônica. É emitida e consultada pela *Internet*. Substituiu a nota fiscal em papel, modelos 1 e 1-A, utilizadas, em regra, para documentar transações comerciais com mercadorias entre pessoas jurídicas contribuintes. Vale para contribuintes de ICMS e IPI¹².
- **SPED – Contábil ou ECD – Escrituração Contábil Digital:** trata-se da obrigação de transmitir em versão digital os seguintes livros: I - livro Diário e seus auxiliares, se houver; II - livro Razão e seus auxiliares, se houver; III - livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.
- **SPED – Fiscal ou EFD – Escrituração Fiscal Digital:** é um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.
- **EFD-Contribuições:** é um arquivo digital a ser utilizado pelas pessoas jurídicas de direito privado na escrituração da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins, nos regimes de apuração não-cumulativo e/ou cumulativo, com base no conjunto de documentos e operações representativos das receitas auferidas, bem como dos custos, despesas, encargos e aquisições geradores de créditos da não-cumulatividade.
- **NFS-e:** é um documento de existência apenas digital, gerado e armazenado eletronicamente em ambiente nacional do fisco. Serve para documentar as operações de prestação de serviços, sujeitas ao ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. A obrigatoriedade

12 Portal da Nota Fiscal Eletrônica: www.nfe.fazenda.gov.br.

da emissão de nota fiscal eletrônica de serviços depende de cada município, não há um acordo ou padrão nacional em vigor, assim é preciso consultar as normas de cada município. No Rio de Janeiro vigora a Nota Carioca.

- **CT-e:** trata-se também de um documento de existência exclusivamente digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar uma prestação de serviços de transportes.
- **e-LALUR:** o objetivo do sistema é eliminar a redundância de informações existentes na escrituração contábil, no LALUR e na DIPJ.
- **eSocial:** é um programa que está sendo criado pela Receita Federal do Brasil, INSS, Caixa Econômica Federal e Ministério do Trabalho, com o objetivo de unificar o envio, pelos empregadores, das informações trabalhistas, previdenciárias, do FGTS e dos tributos incidentes sobre a prestação de serviços. A proposta da equipe governamental que trabalha no programa é unificar para simplificar obrigações, visando a futura extinção de outras declarações como RAIS, CAGED, SEFIP, GFIP, etc. As principais vantagens segundo o Governo serão o atendimento a diversos órgãos do governo com uma única fonte de informações, para o cumprimento das diversas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias atualmente existentes e a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas aos trabalhadores brasileiros.

Uma crítica geral a todos estes “sistemas” é o custo de implantação porque trata-se de uma mudança de paradigma que exige grandes esforços das empresas para adaptação. Há necessidade de mudança dos processos internos para atender a tudo que é exigido e treinamento dos empregados, além do indispensável investimento em programas para compilar todas as informações para envio na forma e prazo exigidos. Outro ponto de preocupação é o volume de informações a serem repassadas “on line” e “on time”.

Como se pode verificar as mudanças são relevantes e impactantes para o dia a dia de pessoas físicas e jurídicas, que além de terem mais a informar aos governos ainda são por eles cada vez mais “vigiadas”.

6.6 SIGILO FISCAL

Diante de tantas obrigações que precisam ser cumpridas diariamente e de forma eletrônica, é óbvio que se torna também imprescindível destacar o princípio fundamental ao sigilo de dados, uma vez que os governos estão cruzando todas as informações recebidas, o que resultará em inúmeras autuações. Assim, mister tratar, em especial face a natureza deste trabalho, do sigilo fiscal.

No Brasil o sigilo já constava no Código Comercial de 1850 e nesta época era inviolável e inquestionável. A Constituição Federal por sua vez assegurou o sigilo em diversos dispositivos, em especial, no art. 5º, inciso XII: *“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”*.

A Lei Complementar nº 105, de 10/1/2001, trouxe as hipóteses de quebra de sigilo nas operações financeiras, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso ou, ainda, no interesse das comissões parlamentares de inquérito. Criou também a obrigação das instituições financeiras informarem à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

O Estado do Rio de Janeiro foi mais longe, permitindo uma ampla quebra de sigilo por meio da Lei 5.075, de 17/8/2007, que alterou o Código Tributário Estadual, tendo determinado, que várias pessoas, naturais e jurídicas, quando intimadas por escrito, seriam obrigadas a prestar à autoridade administrativa todas as informações relativas a bens, negócios ou atividades de terceiros¹³.

O então Secretário de Fazenda foi além, e por meio de Resolução, nº 125 de 20/2/2008, (resolução não é lei e assim não poderia criar obrigação), instituiu a obrigação das administradoras de cartões de crédito ou débito entregarem à Secretaria de Estado de Fazenda, men-

13 “I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício; II - os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras; III - as empresas de administração de bens; IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais; V - os inventariantes; VI - os síndicos, comissários e liquidatários; VII - as empresas administradoras de cartões de crédito ou débito, relativamente às operações ou prestações de serviço realizadas por contribuinte do imposto; VIII - as empresas administradoras de *shopping centers* ou assemelhados; IX - as empresas de informática e profissionais autônomos que desenvolvem programas aplicativos para uso em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF e para emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados; X - quaisquer outras entidades ou pessoas que a Lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”.

salmente, informações relativas a todas as operações e prestações realizadas. Verifica-se que nem mais se exige a intimação e que a quebra do sigilo virou a regra, o que tem dado azo a inúmeras autuações fiscais de empresas cujos dados informados à Secretaria de Fazenda não conferem com os fornecidos pelas administradoras ao fisco, muitas vezes fica caracterizado o crime tributário de omissão de receita.

Mas não é só este dado que tem sido divulgado sem a autorização do interessado. A Secretaria de Fazenda também firmou convênio com a Receita Federal do Brasil e, portanto, são muitos os autos de infração que tramitam pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro para a cobrança do ITD - Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e por Doação de Quaisquer Bens e Direitos, pois muitos contribuintes informam na declaração de imposto de renda que declararam e esquecem, ou não sabem, que além do IR existe o imposto estadual, sobre a transmissão e doação, de 4% sobre o valor de mercado do bem ou direito.

Como todos os sistemas fiscais são eletrônicos e as declarações passaram a ser enviadas pela Internet, pelas pessoas naturais e jurídicas, o cruzamento de dados pelo fisco foi facilitado. A Nota Fiscal Eletrônica é um destes exemplos como vimos, e foi aperfeiçoada: mais campos foram criados para permitir novos cruzamentos, assim o fisco conseguirá acompanhar todas as operações, *on line*, *on time*. Saberá quando e por qual valor saiu uma mercadoria de um determinado estado e se entrou ou não no estabelecimento destinatário. Um verdadeiro “Big Brother” sem a autorização prévia do atingido.

É nesta nova realidade que os negócios acontecem e as empresas precisam estar preparadas e atentas aos novos procedimentos. Saúda-se os pontos positivos, como evitar a sonegação, a evasão e a corrupção, só espera-se que sob essa bandeira não se desrespeite direitos e garantias individuais, conquistados no Brasil ao longo de muitos anos e que se proteja um sigilo individual mínimo, para a preservação das relações pessoais e negociais, afinal, a princípio todos são honestos, até prova em contrário, e prova legal.

Caberá ao Supremo Tribunal Federal - STF, dizer os efeitos de uma regra. Neste caso deverá limitar a quebra de sigilo e esperamos que o faça, e logo, de maneira ampla, geral e equânime, para que todos, mesmo os que não têm acesso à Justiça, sejam protegidos pela sua interpretação da Constituição Federal. Neste sentido, aguarda-se o julgamento, dentre outras ações diretas de inconstitucionalidade, das ADI's nºs 2859-6, 2390-0, 2397-7, 2386-1 e da 4010, essa ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 25.1.2008, que contesta a autorização dada ao Poder Executivo para regulamentar o fornecimento de informações pelas instituições financeiras.

Além das ADI's há um Recurso Extraordinário, RE nº 601314 RG/SP, que aguarda julgamento no STF e cuja decisão se estenderá a todo o Brasil, conforme ementa que segue: "CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL".

Não obstante estes processos que aguardam julgamento, quando o STF se pronunciou sobre o assunto a decisão foi pela limitação da quebra do sigilo bancário, conforme demonstra a ementa da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 389.808-PR, julgado em 9.5.2011: "SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção - a quebra do sigilo - submetida ao crivo de órgão equidistante - o Judiciário - e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS - RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal - parte na relação jurídico-tributária - o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte". Ao que parece a tendência é restringir a quebra do sigilo, até lá é bom saber que os fiscos estão tendo acesso a informações que estariam protegidas pelo sigilo de dados.

6.7 CONCLUSÃO

Este estudo foi concebido em razão da demanda diária das empresas, das entidades que integram o Sistema Indústria e da escassa doutrina a tratar de assuntos "velhos", sob os novos prismas do Direito. Estamos diante de uma verdadeira revolução silenciosa, que nos leva a retomar conceitos, para revê-los à luz das novas exigências.

Escolheu-se um tema - *a obrigação tributária acessória* - dentre os muitos que estão a merecer reflexões por parte dos doutrinadores¹⁴. Esta opção se deu em virtude do crescimento

¹⁴ "... a estrutura jurídica só será instrumento de convivência social na medida de sua praticabilidade. Todo o esforço do jurista consiste precisamente em criar esse instrumento praticável... A estrutura jurídica é criada para resolver e harmonizar conflitos e situações sociais deste mundo real não para um mundo ideal". Alfredo Augusto Becker, op. citada, *Carnaval Tributário*, p. 125.

desproporcional do número de obrigações e da transformação da forma de prestá-las aos governos, *do papel para o meio eletrônico*, o que sem dúvida representa uma mudança de paradigma nas relações entre fisco e contribuinte.

É preciso que o advogado se envolva com estas questões, sob pena de não o fazendo, deixar para os desenvolvedores de sistemas a missão de definir *o que e como* pode ser exigido do contribuinte, tudo à margem da lei.

Não raras vezes as empresas são cerceadas de seus direitos por um problema de sistema – não do tributário – mas do sistema que não aceita que o contribuinte faça de acordo com o que está previsto em lei.

Assim, fica clara a necessidade de tomar as rédeas da questão no âmbito jurídico, pois uma obrigação acessória não nasce livre e não pode exigir mais do que a informação necessária para o cumprimento da obrigação principal. Não podemos aceitar a criação de obrigações ao bel prazer dos fazendários sob qualquer custo. É preciso refletir sobre o que fato é indispensável para que os fiscos arrecadem e fiscalizem, porque não podemos perder de vista que o governo está para servir a sociedade e não vice-versa.

Como este trabalho não esgota o tema, até por sua limitação de folhas, vale remetermos a duas obras que podem ajudar a entender melhor a problemática e inspirar caminhos: a primeira é o clássico “Carnaval Tributário”, na qual o grande mestre, Alfredo Augusto Becker, bem resume o caos tributário brasileiro e demonstra a premente necessidade de mudanças; a segunda é “1984”, de George Orwell, que embora publicada em 1949, dá a exata ideia do que é ser controlado pelo Grande Irmão, que agora tem todos os dados e informações “para ficar de olho em você”.

Pagar os tributos é um dever da sociedade, mas certamente não é sua obrigação faze-lo da forma cara e complexa.

São essas, em linhas gerais, as questões que se traz ao debate visando ao seu enriquecimento, pois somente o trabalho diário e incansável dos estudiosos e operadores do Direito contribuirá para o seu aperfeiçoamento, na busca da garantia dos direitos fundamentais do cidadão¹⁵.

“Sem luta não há direito”. (Rudolf Von Ihering)¹⁶

15 “... so nosotros los juristas quienes debemos estar en primeira línea reclamando día a día, hora a hora, la aplicación de la Constitución a todos los ámbitos y todos los ciudadanos y poniendo nuestros conocimientos al servicio de esta reclamación. Jose Juan Ferreiro Lapatza. *Justiça Tributária*, op. cit., p. 319.

16 VON, Ihering. *A luta pelo Direito*, op. cit., p. 87.

6.8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1999.

_____. **Teoria geral do direito tributário**. 3ª ed. São Paulo: Lejus, 2002.

BERNO, Cheryl. **Restituição de Tributo Inconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 5ª ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

BORGES, José Souto Maior. **Introdução ao direito financeiro**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988
Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988

BRASIL. Código Tributário Nacional.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

de Janeiro: Ediouro, 2002.

GARCÍA, Eusebio González. **Relaciones entre los principios de seguridad jurídica y legalidad**. In: 1º Congresso Internacional de direito tributário – IBET - Justiça Tributária. São Paulo: Max Limonad, 1998.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**, Trad. João Vasconcelos. 16ª ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1996.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. **El estatuto del contribuyente y las facultades normativas de la administración (Derecho Tributario y orden democrático)**. In: 1º Congresso Internacional de direito tributário – IBET - Justiça Tributária. São Paulo: Max Limonad, 1998.

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. **Justiça Tributária**. In Justiça Tributária. 1º Congresso Internacional de direito tributário – IBET. São Paulo: MAX Limonad, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988**. 4. Ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Rio de Janeiro, Editora Ediouro. Coleção Universidade de Bolso. Trad. Gabriela de Andrada Dias Barbosa. (s/ano)

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. **Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. In **Justiça Tributária**. 1º Congresso Internacional de Direito Tributário – IBET. São Paulo: MAX Limonad, 1998.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. Tradução e notas ao Direito brasileiro de Marco Aurélio Greco. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VON, Ihering. Trad. João Vasconcelos. **A luta pelo direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**7 – A INCLUSÃO DE PESSOAS COM
DEFICIÊNCIA PELOS SERVIÇOS
SOCIAIS AUTÔNOMOS**

CHRISTIAN SCHRAMM JORGE
DEPARTAMENTO REGIONAL DO PARANÁ

7.1 INTRODUÇÃO AO TEMA

A inclusão das pessoas com deficiência é matéria em voga tanto no mundo jurídico como na sociedade em geral. No aspecto jurídico temos a inserção dos chamados PCDs (pessoas com deficiência) no mercado de trabalho, o preenchimento da cota legal e a intensificação da fiscalização, tanto pelas Superintendências Regionais do Trabalho, como do Ministério Público do Trabalho.

SESI e SENAI também estão obrigados ao cumprimento da cota e, principalmente, são uma vitrine para as indústrias, servindo de *benchmarking*¹ em políticas inclusivas, formas de contratação e qualificação desta mão de obra.

Programas como o PSAI – Programa Senai de Ações Inclusivas, ou as consultorias do SESI, auxiliam as empresas na contratação e também na manutenção do contrato de trabalho desses indivíduos, cumprindo sua função social. Basta observar a missão² do SESI, que é:

Promover a qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes, com foco em educação, saúde e lazer, além de estimular a gestão socialmente responsável da empresa industrial.

O atendimento das pessoas com deficiência visa não só a inclusão em sociedade, mas principalmente fazer valer o princípio da liberdade, da igualdade e da dignidade, que na moderna visão de Boaventura de Sousa Santos³, pode ser definido como:

Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.

O presente estudo visa apontar aspectos práticos dessas contratações, cálculo da cota, enquadramento da pessoa com deficiência, e alternativas legais para o seu cumprimento.

1 Benchmarking é um processo de comparação de produtos, serviços e práticas empresariais, e é um importante instrumento de gestão das empresas. O benchmarking é realizado através de pesquisas para comparar as ações de cada empresa. O benchmarking tem o objetivo de melhorar as funções e processos de uma determinada empresa, além de ser um importante aliado para vencer a concorrência, uma vez que o benchmarking analisa as estratégias e possibilita a outra empresa criar e ter ideias novas em cima do que já é realizado. (fonte: significados.com.br/benchmarking acesso em 11/08/2014).

2 Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/sesi/institucional/2012/03/1,1791/missao-e-visao.html> acesso em 11/08/2014.

3 In Souza Santos, Boaventura de . Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

7.2 DAS BASES LEGAIS

A base legal mais lembrada quando se fala em inclusão no mercado de trabalho é o artigo 93 da Lei 8.213/91, que fixa a cota a ser preenchida pelas empresas para a contratação de pessoas com deficiência.

Entretanto, além deste dispositivo legal, que está vigente há mais de vinte anos no ordenamento jurídico pátrio, há vasta previsão legal sobre a matéria, não só para o enquadramento e preenchimento da cota, mas para a efetiva inserção dos PCDs no mercado de trabalho e na sociedade. Estas leis visam a INCLUSÃO das pessoas com deficiência, que é um conceito mais amplo, porquanto envolve tanto a acessibilidade, como a efetiva inserção no mercado de trabalho, além de políticas públicas e afins.

A Constituição Cidadã estabeleceu, no *caput* de seu artigo 5º, o direito à vida, à liberdade, à igualdade. Também, no inciso XXXI, do artigo 7º, prevê a proibição de qualquer forma de discriminação, no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Ainda há previsão de reserva de mercado no inciso VIII, do artigo 37, e a assistência social, com a habilitação e reabilitação e benefício de prestação continuada, nos incisos IV e V, do art. 203, dentre vários outros dispositivos.

Merece destaque o importante salto dado pelo Brasil na valorização da pessoa com deficiência, ocorrido em 2009, com a ratificação e incorporação à legislação pátria da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o chamado Tratado de Nova Iorque. A incorporação desta Convenção, aprovada pelo Decreto nº 6.949/2009, foi a primeira convenção sobre direitos humanos a ser votada após a Emenda Constitucional 45/05. Logo, por ter sido aprovada com o quórum mínimo de três quintos em dois turnos, em cada Casa do Congresso Nacional, ela possui *status* de emenda constitucional.

É importante aqui observar que a terminologia utilizada para a definição dessas pessoas evoluiu ao longo do tempo, enfrentando várias críticas, devido ao caráter muitas vezes pejorativo dos termos utilizados. Inválidos, doentes, encostados e afins, de caráter indiscutivelmente desabonador, evoluíram para pessoas com necessidades especiais, portadores de deficiência (termo que é largamente utilizado no ordenamento jurídico brasileiro anterior a incorporação da convenção internacional) até chegar a definição atual de pessoas com deficiência.

Esta terminologia é inclusive a mais aceita pelos grupos de defesa das pessoas com deficiência, por ser mais técnica e usual. Na linha do “politicamente correto” e todas as críticas que este movimento recebeu, procurou-se utilizar, muitas vezes, a expressão pessoas com necessidades especiais. Entretanto, esta expressão é muito abrangente e não define esta categoria específica de titulares de direitos. As gestantes possuem necessidades especiais durante a gestação. Obesos possuem necessidades especiais como espaço e acessibilidade. Mas estas necessidades não se enquadram naquelas dos PCDs, que tem caráter permanente⁴.

Diante dessas considerações, passa-se a abordar aspectos práticos do preenchimento da cota especificamente.

7.3 DO CÁLCULO DA COTA LEGAL

Conforme já apontado no tópico anterior, o principal dispositivo legal com a definição da cota para contratação de pessoas com deficiência está no artigo 93 da Lei 8.213/91:

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 - até 200 empregados_2%;

II - de 201 a 500_3%;

III - de 501 a 1.000_4%;

IV - de 1.001 em diante_5% (...)

É inevitável a comparação com outra cota legal, a de aprendizes, quando se traçam os parâmetros da quantidade de PCDs a serem contratados pelas empresas.

⁴ Silva, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica./ Diego Nassif da Silva. Curitiba: Juruá: 2013, p. 135-142.

Inicialmente, tem-se que a lei prevê um percentual mínimo, não existindo um percentual máximo a ser contratado pela empresa. Enquanto os aprendizes possuem um percentual entre 5% e 15% a ser contratado, uma empresa pode ser preenchida 100% com pessoas com deficiência.

Outro ponto a ser destacado é que a cota de PCD considera o número total de empregados na empresa, pelo seu CNPJ raiz, e não o número por estabelecimento. Se uma empresa possui matriz no Paraná, por exemplo, e filiais espalhadas por Acre, Goiás e Rio Grande do Sul, será tomado o número total de seus empregados para o cálculo da cota.

Novamente, diferentemente dos aprendizes, cujo Decreto 5.598/05 faz uma série de distinções para o cálculo da cota, como exclusão de cargos de confiança e nível superior, de funções que não demandam formação e afins, o artigo 93 da Lei 8.213/91 é direto ao apontar que o percentual será calculado sobre a totalidade dos empregados. E aqui se incluem os próprios PCDs já contratados.

Um erro comumente cometido pelas empresas é imaginar que a cota é um número a mais de pessoas a serem contratadas. Assim, em uma empresa com 1.000 (mil) empregados, deveria ser contratado o percentual de mais 4% (quatro por cento), ou seja, mais 40 (quarenta) PCDs. Engana-se a empresa que faz esta análise, pois o percentual diz respeito ao total de seus empregados, ou seja, dos 1.000 (mil) existentes, no mínimo 40 (quarenta) devem ser PCDs. A vigorar o primeiro exemplo, a empresa continuaria abaixo da cota, posto que acrescidos os 40 (quarenta) PCDs, ela ficaria com 1.040 (mil e quarenta) empregados, passando para a alínea seguinte do art. 93 e devendo contratar o mínimo de 5% (cinco por cento) de PCD's, ou seja, deveria ter um mínimo de 52 (cinquenta e dois) PCDs, estando com uma defasagem de 12 (doze) pessoas com deficiência a serem contratadas.

A ideia do legislador, deste modo, não é acrescentar contratações a empresa, mas sim propiciar o seu crescimento com a contratação gradativa e proporcional de PCDs. A substituição gradativa da mão de obra de pessoas sem deficiência para pessoas com deficiência é medida salutar quando o estabelecimento dispõe de tempo para esta prática (o que muitas vezes não é possível, devido à fiscalização em trâmite ou ao quadro enxuto).

Embora seja omissa a legislação a respeito, a prática tem demonstrado que os Auditores Fiscais do Trabalho e os próprios Procuradores do Trabalho têm aplicado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a apuração do cálculo da cota. Assim, os

aprendizes contratados e os aposentados por invalidez têm sido excluídos do cálculo. Os aprendizes devido à temporariedade e especificidade de seu contrato. Os aposentados por invalidez porque embora sejam considerados apenas com o contrato suspenso, nos termos do art. 475 da CLT, na prática é praticamente inviável o seu retorno ao trabalho, sendo considerados apenas para fins de RAIS e CAGED⁵.

Por fim, mais um aspecto prático em relação ao SENAI. Por ser uma entidade formadora de aprendizes, o SENAI está dispensado do cumprimento da cota de aprendizagem, por expressa disposição do § 1-A do artigo 429 da CLT. Entretanto, para fins da cota de PCD não há esta distinção, sendo obrigado a contratação do percentual mínimo do mesmo modo que o SESI.

7.4 DO ENQUADRAMENTO COMO PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O artigo 93 da Lei 8.213/91 estabelece a cota de PCDs a serem contratados pelas empresas, mas não define o que é pessoas com deficiência. Esta definição só é (ou era) encontrada no Decreto 3.298/99, que por sua vez regulamenta a Lei 7853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, e dá outras providências. Entretanto, no artigo 1º da Convenção Internacional sobre Pessoas com Deficiência é que encontramos a definição mais adequada:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O Decreto 3.298/89, por sua vez, traz conceitos de deficiência, deficiência permanente e incapacidade, já em seu artigo 3º, sendo que em seu artigo 4º divide as deficiências em física, auditiva, visual, mental e múltipla, que é aquela que associa duas ou mais deficiências. Este enquadramento do artigo 4º não é considerado *numerus clausus*, visto que o conceito de deficiência é um conceito em evolução, conforme se extrai do próprio preâmbulo da Convenção:

⁵ Curso de qualificação para enquadramento da pessoa com deficiência na lei de cotas. Adaptare. Dia 29 de março de 2014, Curitiba/PR, Instrutor: Auditor Fiscal do Trabalho Dr. José Carlos do Carmo (Kal).

(...) e) Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas,

(...) i) Reconhecendo ainda a diversidade das pessoas com deficiência,

j) Reconhecendo a necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio,

(...) n) Reconhecendo a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas,

(...) s) Ressaltando a necessidade de incorporar a perspectiva de gênero aos esforços para promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência, (...)

Este conceito, mais amplo, trazido pela Convenção Internacional, permite o enquadramento de casos que não se enquadrariam, a princípio, nas hipóteses do artigo 4º do Decreto. Um exemplo a ser citado é o do deficiente visual. O inciso III do art. 4º do Decreto 3298 assim define o deficiente visual:

Art. 4º (...)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

De referido inciso, extrai-se que apenas se enquadra na deficiência visual a cegueira bilateral. Entretanto, jurisprudencialmente, foi enquadrada a cegueira unilateral – a chamada visão monocular – no conceito de pessoa com deficiência. O entendimento foi inclusive consolidado na Súmula nº 377 do Tribunal Superior de Justiça:

O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Outras hipóteses também são contestadas jurisprudencialmente, como é o caso da surdez unilateral, que embora não consolidada em súmula, também é reiteradamente enquadrada no conceito de pessoa com deficiência pelos Tribunais, especialmente os trabalhistas.

Existem outros casos que não possuem entendimento pacífico, tais como as Ostomias, alterações do aparelho de fonação (fala), alterações articulares, entre outros. Entretanto, determinados casos vêm sendo regulados em legislação específica, como é o caso do transtorno do espectro autista, que passou a ser enquadrado como pessoa com deficiência pela Lei 12.764/2012.

7.5 DO CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho da pessoa com deficiência é igual ao de qualquer outro trabalhador, as diferenças são apenas algumas particularidades em relação a admissão e a rescisão.

Para admissão do PCD é necessária a apresentação de laudo médico atestando qual é a deficiência da pessoa. Este laudo não precisa ser necessariamente elaborado por um médico, mas pode ser de uma equipe multidisciplinar, mas sempre possuindo integrantes da área da saúde. Deficiências físicas com dificuldade de mobilidade podem ser atestadas por fisioterapeutas, por exemplo⁶.

Apresentado o laudo, é necessária também autorização expressa do empregado em ser contratado na condição de pessoa com deficiência. Este empregado possui a liberdade de ser ou não contratado nesta condição, e pode optar por uma contratação normal, até mesmo fugindo de eventual discriminação ou preconceito.

Considerando a busca de muitas empresas em apenas preencher a cota, sem qualquer preocupação com efetiva inclusão de seus PCDs na estrutura empresarial e na sociedade, não raros são os casos de discriminação e assédio moral em relação às pessoas com deficiência.

⁶ Curso de qualificação para enquadramento da pessoa com deficiência na lei de cotas. Adaptare. Dia 29 de março de 2014, Curitiba/PR, Instrutor: Auditor Fiscal do Trabalho Dr. José Carlos do Carmo (Kal).

Para o caso de pessoas reabilitadas pela Previdência Social, basta a apresentação de Certificado de Reabilitação Profissional emitido por aquele órgão, acompanhado da autorização do empregado, para a efetivação da contratação.

Justamente por visar a não discriminação, o empregado com deficiência possui todos os direitos que os demais empregados. O inciso XXXI⁷, do art. 7º, da Constituição é claro neste sentido e a própria Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência estabelece o princípio da não discriminação nas alíneas de seu artigo 27, quando trata dos direitos dos PCDs ao trabalho:

a) Proibir a discriminação baseada na deficiência com respeito a todas as questões relacionadas com as formas de emprego, inclusive condições de recrutamento, contratação e admissão, permanência no emprego, ascensão profissional e condições seguras e salubres de trabalho;

b) Proteger os direitos das pessoas com deficiência, em condições de igualdade com as demais pessoas, às condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo iguais oportunidades e igual remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho;

Há de se destacar, no entanto, que há uma diferença em relação aos demais contratos de trabalho em relação à limitação do poder potestativo de dispensar o empregado. O § 1º do art. 93 da Lei 8.213/91 concede uma espécie de garantia provisória de emprego à pessoa com deficiência:

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.

Como se observa, ultrapassado o contrato de experiência⁸ (caso este tenha sido firmado), só é possível a rescisão do contrato de trabalho do PCD após a contratação de substituto em situação semelhante. Este substituto em situação semelhante não significa necessariamente

7 Constituição, Art. 7º, XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

8 O parágrafo é claro ao estabelecer que só nos contratos por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, que é o limite do contrato de experiência.

uma pessoa com o mesmo tipo de deficiência e para a mesma função ou setor do empregado demissionário. Basta que seja contratado outro PCD na empresa.

Note-se, também, que esta limitação para a rescisão só ocorre nos casos em que a empresa esteja no limite do cumprimento da cota. Assim, se a empresa possui 1.000 (mil) empregados, dos quais 40 (quarenta) são PCD – exato limite de 4% - então a rescisão só poderá ser operada com a prévia contratação de outro PCD. Já se a empresa possui apenas 30 (trinta) PCD, não será possível a rescisão até que seja cumprida integralmente a cota. Por fim, no mesmo exemplo acima, se a empresa possui 50 (cinquenta) PCD, a rescisão pode ser operada normalmente, sem a prévia contratação de substituto, pois a cota já esta integralmente cumprida. Esta é a previsão do artigo 6º da Instrução Normativa nº 98 de 2012, do Ministério do Trabalho e Emprego:

Art. 6º Nas ações fiscais para aferição do cumprimento da reserva legal de cargos, o AFT deve verificar se as dispensas dos empregados reabilitados ou com deficiência, ao final de contrato por prazo determinado superior a noventa dias, ou as dispensas imotivadas, nos contratos a prazo indeterminado, ocorreram mediante contratação prévia de substituto de condição semelhante, salvo quando a empresa mantiver atendido o cumprimento da reserva de cargos.

A jurisprudência segue este entendimento, conforme podemos extrair da ementa abaixo:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO REABILITADO. LEI Nº 8.213/91. APLICAÇÃO O art. 93, §1º, da Lei nº 8.213/91 estabelece que a dispensa de empregado portador de deficiência ou reabilitado somente pode ocorrer mediante a contratação de empregado substituto, nas mesmas condições do dispensado. Trata-se de limitação do direito potestativo do empregador de promover a rescisão unilateral do contrato de trabalho, na medida em que estabelece uma condição para a dispensa imotivada. A inobservância da exigência de contratação de empregado substituto, em condições semelhantes, implica a nulidade da dispensa e, conseqüentemente, a reintegração do empregado reabilitado dispensado sem justa causa. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento. (TST, AIRR - 28340-07.2004.5.17.0004, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/12/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/03/2014).

7.6 DAS FORMAS DE FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA COTA

Atualmente, a fiscalização do cumprimento de cotas não é mais *in loco*, com a visita do Auditor Fiscal nas empresas. É feita uma seleção de empresas através de consulta ao CAGED e RAIS, sendo as mesmas oficiadas para comparecer diretamente na sede da Superintendência Regional do Trabalho local, para que comprovem o cumprimento da cota.

A praxe tem demonstrado, pelo menos no Estado do Paraná, que as empresas que comparecem na data marcada e não comprovam a contratação de sequer um empregado com deficiência (desde que possuam mais de 100 empregados), em sua maioria são imediatamente autuadas e o auto de infração remetido ao Ministério Público do Trabalho para as providências cabíveis. Empresas que comprovam o cumprimento, ao menos parcial da cota, possuem maior condescendência do Auditor Fiscal, sendo concedido prazo (em torno de 1 ou 2 meses) para que seja feita a contratação dos PCDs faltantes. Terminado o prazo, se a empresa ainda não estiver cumprindo a cota, então é feita a autuação.

É importante salientar que várias empresas acabam recorrendo desta autuação, sustentando que, embora enviassem esforços para a contratação de pessoas com deficiência, não foi possível o cumprimento devido à ausência de profissionais habilitados no mercado. Não são poucos os casos de Ações Anulatórias de Auto de Infração julgadas procedentes, ou mesmo Ações Civis Públicas julgadas improcedentes pelo judiciário trabalhista. A ementa abaixo bem ilustra esta situação:

AUTO DE INFRAÇÃO. PORTADORES DE NECESSIDADE ESPECIAL. LEI 8.213/91. NULIDADE. O artigo 93 da Lei 8.213/91, determina que 2% a 5% dos cargos nos quadros da empresa devem ser preenchidos por empregados portadores de necessidades especiais. Esta norma não é dispositiva, mas cogente, decorrendo da possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, consubstanciando ação afirmativa, determinante do cumprimento da função social da empresa. In casu, o fiscal do trabalho constatou que o número de empregados deficientes físicos se encontrava aquém da cota legal, mas a empresa logrou comprovar ter efetivamente ofertado e divulgado a existência de vagas nas mais variadas funções, desde as mais graduadas até as mais simples, e não tendo exigido pré-requisitos incabíveis, não sendo possível concluir que tenha dado causa às dificuldades em encontrar candidatos habilitados. Evidenciado que a empresa demonstrou a boa fé na tentativa de preenchimento das vagas destinadas aos

portadores de deficiência, não se sustentando o auto de infração em comento. (TRT-PR-02224-2013-092-09-00-8-ACO-21111-2014 - 3A. TURMA, Relator: ROSEMARIE DIEDRICHES PIMPÃO, Publicado no DEJT em 01-07-2014).

Importante destacar, deste julgado, que naquele caso concreto ficou demonstrado o efetivo interesse da empresa em contratar pessoas com deficiência, oferecendo vagas nos mais variados cargos, sem, contudo, que se apresentassem pessoas interessadas ou habilitadas para tanto. Não basta a simples alegação de que tentou contratar para conseguir a nulidade do auto de infração. A empresa precisa demonstrar medidas efetivas, como a busca por Organizações Não Governamentais ligadas a pessoas com deficiência, ofício ao setor de reabilitados do INSS e afins, bem como a promoção de cursos de aprendizagem⁹.

Conforme já destacado no item 01 do presente trabalho, uma vez que SESI e SENAI representam verdadeira vitrine para a indústria em seus diversos segmentos, inclusive a inclusão de pessoas com deficiência, entende-se que a via judicial, com a justificativa de impossibilidade de contratação face à ausência de mão-de-obra qualificada disponível, deve ser a última alternativa a ser buscada, uma vez que, existem outras possibilidades.

7.7 DA CONTRATAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PELOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Os Serviços Sociais Autônomos estão limitados em sua liberdade de contratar, devendo promover o processo seletivo público para o ingresso em seus quadros. Referida medida é necessária, tendo em vista que, embora sejam entidades privadas, exercem uma função pública e por isso não estão sujeitas ao artigo 37 da Constituição Federal, mas sim ao princípio da isonomia e publicidade, devendo ofertar igualdade de condições aos candidatos a suas vagas de emprego¹⁰. Mas surge o questionamento: como conciliar a obrigação legal do preenchimento da cota de pessoas com deficiência e ao mesmo tempo promover a igualdade de condições aos candidatos a suas vagas de emprego?

⁹ Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. Lei n. 8.213 – Obrigatoriedade de contratar a de criar meios eficazes para tanto. Revista LTr, Vol. 77, nº 02, Fevereiro de 2013, p. 159-160.

¹⁰ Vide Acórdão 369/2009, do Plenário do TCU referente aos autos 005.452/2008-7; Autos TST-RR-1893800-43.2009.5.09.0001, de Ação Civil Pública do Ministério Público do Trabalho contra o SESI, acórdão do TST publicado em 21/09/2012; Resoluções 374/09 do SENAI e 01/2009 do SESI.

O presente estudo está longe de apontar uma visão definitiva sobre o assunto, até mesmo pela falta de jurisprudência a respeito no Tribunal de Contas da União, mas pretende apontar algumas linhas de raciocínio.

Em primeira análise, poderia se imaginar pela reserva de vagas nos processos seletivos, nos moldes do artigo 37, VIII da Constituição¹¹. Porém, esta reserva não se mostra efetiva, visto que, em inúmeras ocasiões, é aberto processo seletivo para vaga única, então o que fazer neste caso? Uma saída seja abrir um processo seletivo público, exclusivamente para pessoas com deficiência, ou, ao menos, prioritário para PCDs. Se dentre as pessoas com deficiência, uma se mostrasse adequada para a vaga, seria contratada, caso contrário, passa-se, então, a seleção entre as pessoas sem deficiência.

O Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou no sentido de que não é discriminatória a exigência de qualificação mínima para a contratação da pessoa com deficiência. O caso analisado foi referente ao um hospital do Sergipe, que exigia certas qualificações para possibilitar a contratação das pessoas com deficiência:

RECURSOS DE REVISTA. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU REABILITADAS. NÃO CUMPRIMENTO DO ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91. IMPOSSIBILIDADE. I. O Tribunal Regional manteve a sentença, em que se declarou a nulidade do auto de infração, sob o fundamento de que o Autor da presente ação (São Lucas Médico Hospitalar Ltda.), mesmo agindo com diligência, não obteve êxito em atender ao comando inserto no art. 93 da Lei nº 8.213/91, bem como ao Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público do Trabalho, em razão da inexistência de pessoas portadoras de necessidades especiais interessadas nas vagas disponíveis para tal fim. II. Conforme se constata do quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, o Autor não adotou conduta discriminatória, recusando-se deliberadamente ao cumprimento das disposições contidas na lei. Pelo contrário, a documentação juntada aos autos, segundo consta do acórdão regional, demonstra a diligência da empresa na tentativa de cumprir as determinações mínimas previstas no art. 93 da Lei nº 8.213/91, sem, contudo, atingir êxito. III. A existência de vaga não garante à pessoa com necessidades especiais sua colocação em uma empresa, porque as exigências legais não retiram do em-

11 O art. 37 da Constituição está regulamentado pelo art. 37 do Decreto 3298/89, que prevê o percentual mínimo de 5% das vagas para destinação aos PCDs (sendo que as frações darão direito a uma vaga), e pelo § 2º do art. 5º da Lei 8.112/90, que estabelece o percentual máximo de 20% das vagas.

pregador seu poder de escolha quando da seleção de seus empregados. O empregador (hospital) possui a faculdade de cobrar requisitos mínimos, tais como: curso básico de informática e 2º grau completo para copeiro; 2º grau completo e curso para cozinheira; 1º grau completo para auxiliar de serviços gerais. Dessa forma, os requisitos exigidos têm a finalidade de assegurar o pleno exercício das atividades, sem que isso se torne um ato discriminatório. IV. Comprovado nos autos que o Autor não cumpriu a legislação, não de modo injustificado, mas sim, ante a impossibilidade de preencher a cota mínima necessária, não há violação dos dispositivos legais e constitucionais mencionados nos recursos. Recursos de revista de que não se conhecem. (TST, RR - 182300-97.2007.5.20.0002, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 04/12/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/12/2013)

Note-se que o Supremo Tribunal Federal¹² já se manifestou em caso de concurso público aberto para o preenchimento de duas vagas, entendendo que não seria possível a reserva de uma das vagas a PCD, pois seria ultrapassado o percentual de 20% da reserva de vagas, violando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A decisão, contudo, foi por maioria de votos, sendo 6 a favor e 2 contra.

Entretanto, tal dificuldade se torna mais relevante quando são distintas as deficiências apresentadas pelos candidatos, bem como quando envolve pessoas com deficiência intelectual.

Assim, considerando-se que de um lado há a obrigação legal de preencher a cota, de outro há a obrigação de fazer processo seletivo público para a contratação de empregados pelos Serviços Sociais Autônomos, e, acima de tudo, ainda existe a obrigação social de inclusão de pessoas com deficiência no trabalho, sem discriminações, o que seria justificável nestes casos, a dispensa do processo seletivo, com a contratação direta.

Lembre-se, por fim, que tanto a resolução do SENAI como a resolução do SESI a respeito do processo seletivo são omissas em relação à contratação de indivíduos com deficiência, merecendo a reflexão dos respectivos Departamentos Nacionais a respeito.

12 Vide STF, MS 26310 / DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 20/09/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ: 31/10/2007.

7.8 DAS ALTERNATIVAS PARA CUMPRIMENTO DA COTA

Conforme pôde ser observado ao longo do presente artigo, inúmeras são as dificuldades, tanto das pessoas com deficiência em conseguir se inserir no mercado de trabalho, como das próprias empresas em contratar pessoal com o mínimo de qualificação.

Some-se a este desafio o fato de que várias destas pessoas com deficiência possuem baixa renda e recebem o benefício previdenciário de prestação continuada, concedido pelo INSS, no valor de um salário mínimo mensal, conforme previsão do art. 20 da Lei 8.742/93. Para muitas famílias, infelizmente, este benefício é a única fonte de renda, sendo que se o deficiente é contratado e começa a trabalhar, o benefício é cortado.

Ciente desta condição e visando encontrar um meio não só de viabilizar o cumprimento da cota pelas empresas, mas principalmente de qualificar esta mão-de-obra de pessoas com deficiência, o Ministério do Trabalho apresentou uma alternativa na Instrução Normativa nº 98/2012.

Referida IN estabelece as regras e procedimentos para a fiscalização do cumprimento da cota. Porém, em seu art. 16 e seguintes, fixa a possibilidade de procedimento especial para ação fiscal, quando constatados motivos relevantes que impossibilitam ou dificultam o cumprimento à reserva legal. Neste procedimento, que possui respaldo no art. 627-A da CLT, é firmado um Termo de Compromisso, com a assunção de várias obrigações pela empresa, como proibição de discriminação, identificação de barreiras que porventura impeçam a acessibilidade dos PCDs, promoção de campanhas internas de inclusão, dentre outras.

Mas o principal compromisso que a empresa assume é o de promover a qualificação profissional da pessoa com deficiência ou reabilitada, preferencialmente sob a forma de aprendizagem. E este é o diferencial que beneficia os Serviços Sociais Autônomos, visto que o SENAI já possui esta expertise de qualificação profissional pela aprendizagem, inclusive de pessoas com deficiência, decorrente de programas já existentes como o PSAI – Programa Senai de Ações Inclusivas.

Contratados por meio de contratos de aprendizagem, as pessoas com deficiência são preparadas e qualificadas para o ambiente empresarial/industrial, dando-lhes o diferencial de competitividade para as vagas de trabalho. E aqui a grande vantagem é que, devido à previsão expressa do § 9º, do artigo 20, da Lei 8.742/92, sendo contratado como aprendiz o PCD não perde o direito ao pagamento do benefício de prestação continuada, o que é um incentivo a

sua qualificação profissional devido ao acréscimo de renda.

Lembre-se que o contrato do aprendiz com deficiência difere do contrato do aprendiz sem deficiência apenas em relação à duração, pois enquanto este está limitado aos 21 (vinte e um) anos de idade e até 02 (dois anos) de contrato, aquele não possui estas limitações, sendo aplicados todos os demais requisitos de remuneração, jornada e afins.

Importante salientar que no caso de a empresa optar por esta forma de contratação, ela continua cumprindo apenas e tão somente a cota de contratação de aprendizes, não servindo a mesma pessoa para demonstrar o cumprimento de ambas as cotas (aprendiz e deficiente). Porém, de acordo com o § 3º, do artigo 17, da Instrução Normativa 98, o prazo do termo de compromisso, nos casos de qualificação por aprendizagem, se estende por até 24 meses, prazo razoável para a formação destes aprendizes, e consequente contratação pela empresa de forma efetiva.

A prática tem demonstrado que, iniciada a ação fiscal pela Superintendência Regional do Trabalho, se já apresentados pela empresa um número razoável de pessoas com deficiência, contratadas como empregados efetivos, e outro número razoável, na modalidade de aprendizagem, isso basta para que o Auditor Fiscal encerre a fiscalização e prorogue o prazo de nova averiguação para mais 02 (dois) anos.

Isso atende o requisito básico buscado pelo Ministério do Trabalho de promoção, não só da inclusão, como da qualificação das pessoas com deficiência.

7.9 CONCLUSÃO

Como se pôde observar ao longo do presente artigo, a inclusão das pessoas com deficiência é tema de grande relevância não só para os Serviços Sociais Autônomos, como para todas as empresas. As formas de contratação e alternativas para o cumprimento da cota são variadas, sendo a aprendizagem um caminho importante a ser seguido, especialmente pela possibilidade de cumulação do salário de aprendiz com o benefício previdenciário da prestação continuada.

A particularidade do processo seletivo nos Serviços Sociais Autônomos é questão a ser discutida e aprofundada, face à ausência de jurisprudência a respeito e a existência de imposição

legal de cumprimento da cota.

O Departamento Regional do Paraná já possui a experiência de contratação de aprendizes com deficiência, bem como de empregados diretos, tendo exemplos muito bem sucedidos, como o de um professor do Colégio SESI que é deficiente visual, com plena adaptação a sua função, e ótimo recebimento por alunos e por demais empregados. Na sede do DR existem cerca de 04 (quatro) empregados com deficiência intelectual (Síndrome de Down), trabalhando como assistentes administrativos, já totalmente integrados aos demais empregados, com seu perfil falante e carinhoso, cativando a todos.

Por fim, ganham as pessoas com deficiência e ganha a sociedade com a possibilidade de convívio, inclusão e festejo a diversidade.

7.10 BIBLIOGRAFIA

Araujo, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência / Luiz Alberto David Araujo. - 2ª ed. - Brasília: CORDE 1996 - 122 p. - 3ª. Edição- Brasília-CORDE 2001- Originalmente apresentada como Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

Carmo, José Carlos do. Construindo a inclusão de pessoa com deficiência no trabalho: a experiência da indústria da construção pesada no Estado de São Paulo./ José Carlos do Carmo. São Paulo: Áurea Editora, 2011.

Carvalho-Freitas, Maria Nivalda de. Marques, Antônio Luiz. (Org.). O trabalho e as pessoas com deficiência: Pesquisas, Práticas e Instrumentos de Diagnóstico./ Maria Nivalda de Carvalho-Freitas./ Antônio Luiz Marques. (Organizadores). / 1ª e., 2008, 1ª reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

Curso de qualificação para enquadramento da pessoa com deficiência na lei de cotas. Adaptare. Dia 29 de março de 2014, Curitiba/PR, Instrutor: Auditor Fiscal do Trabalho Dr. José Carlos do Carmo (Kal).

Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. Lei n. 8.213 – Obrigatoriedade de contratar a de criar meios eficazes para tanto. Revista LTr, Vol. 77, nº 02, Fevereiro de 2013, p. 159-160.

Fonseca, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência, Revista LTr, Vol 72, nº 03, p. 263-270.

José, Claudio. Reserva de vagas para deficientes físicos em concurso público, disponível em http://www.euvoupassar.com.br/?go=artigos&a=jDmsmEM1MyZiR8GdNOy37dmiUnbFJQlCyuZz_P3Wco~ acesso em 16/08/2014.

Souza Santos, Boaventura de . Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

Scheurmann, Teresinha Helena. A inclusão do deficiente físico no mercado de trabalho. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11372 Acesso em fev 2014.

Silva, Diego Nassif da. Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica./ Diego Nassif da Silva. Curitiba: Juruá: 2013.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**8 – ADOÇÃO DAS PRÁTICAS
DE COMPLIANCE NAS
ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR**

CHRISTIANNE OLIVEIRA COLLYER
DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

8.1 INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho possui a finalidade de promover o estudo acerca da possibilidade de adotar-se as práticas do Compliance, enquanto um modelo de gestão, visando, sobretudo, a prevenção e a correção de fraudes nas entidades do Terceiro Setor, a exemplo do SESI e do SENAI, contribuindo para a sua proteção e para o aprimoramento do seu valor, bem como da sua reputação corporativa, fortalecendo cada vez mais a sua importante imagem junto à sociedade.

Este tema é por demais desafiador, visto que sua estruturação e colocação em funcionamento, muito embora não sejam suficientes para tornar uma empresa, uma entidade sem fins lucrativos ou até mesmo uma entidade pública à prova de desvios de conduta e das crises por elas causadas, apresenta-se como um programa estratégico de gestão que servirá como uma proteção da integridade, com a redução dos riscos, aprimoramento do sistema de controles internos e combate às fraudes, possibilitando ganhos intangíveis, exatamente por que possui como objetivo principal a proteção da reputação da empresa, em detrimento das demais que atuam de forma diversa.

De fato, implementar um programa de Compliance de forma efetiva e em bom funcionamento, requer tempo e investimento. Contudo, estudos apontam que empresas que adotam esta prática, têm ganhos imensuráveis, não somente junto aos *stackholders* internos, mas também junto aos externos.

A questão é que organizações que atuam com base na ética e na integridade, conquistam a simpatia, a confiança e a lealdade destes dois públicos, tornando-se o grande diferencial junto ao mercado, cada vez mais exigente, principalmente diante de um cenário nacional dotado de corrupção e fraude, em todos os âmbitos de atuação.

Sabe-se que levam anos para se construir uma imagem positiva, íntegra e honesta. No entanto, por um desvio ético praticado pela organização, seja por seus dirigentes, seja por seus funcionários, ou até mesmo parceiros, essa imagem pode restar fatalmente comprometida em fração de segundos.

Especialistas recomendam que o programa de Compliance deve ser implementado em todas as entidades de que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento.

Como o SESI e o SENAI, por gerirem verbas públicas, estão sujeitos ao controle externo, nos

termos do art. 70, parágrafo único da Constituição Federal¹, acredita-se que, a disseminação desta cultura possibilitará estas entidades a atingirem suas metas, a estarem cada vez mais em conformidade, bem como satisfazendo as necessidades de seus clientes.

Portanto, o que se pretende demonstrar aqui, sem a pretensão de esgotar o assunto, é que a implementação das práticas de Compliance remeterão o SESI e o SENAI cada vez mais às boas práticas de governança, pois, ao muni-los de procedimentos prudenciais na sua atuação, ainda os favorecerão na qualidade de suas decisões, bem como na redução do seu custo operacional.

8.2 CONCEITO DE COMPLIANCE

O termo Compliance vem do verbo inglês “to comply”, que significa cumprir, obedecer, executar, agir de acordo com uma regra, um comando, um preceito legal, enfim, realizar o que foi imposto.

Em simples palavras, Compliance é o conjunto de disciplinas para fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas e as diretrizes estabelecidas para o negócio e para as atividades a que as organizações se propõem, visando evitar, detectar e tratar qualquer risco legal ou desvio de inconformidade que possa vir a ocorrer.

Além desses tópicos, propicia uma coordenação interna forte que objetiva a mitigação do risco de perda da reputação.

Seu marco regulatório está ligado as intensas crises ocorridas no mercado mundial, a exemplo do atentado terrorista de 2001 nos EUA e os escândalos financeiros em Wall Street, em 2002, dentre outros, os quais despertaram a necessidade de criar-se regulamentações mais efetivas e rápidas em sua aplicabilidade, visando gerenciar e mitigar os riscos aos quais as instituições estão sujeitas.

Segundo o documento elaborado pela Associação Brasileira dos Bancos Internacionais -

1 “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, gereencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária”.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

ABBI e a Federação Brasileira de Bancos -FENABRAN², a função do Compliance possui a seguinte aplicabilidade:

“1. Leis – certificar-se da aderência e do cumprimento;

Princípios Éticos e de Normas de Conduta - assegurar-se da existência e observância;

Regulamentos e Normas - assegurar-se da implementação, aderência e atualização;

Procedimentos e Controles Internos - assegurar-se da existência de Procedimentos associados aos Processos;

Sistema de Informações - assegurar-se da implementação e funcionalidade;

Planos de Contingência - assegurar-se da implementação e efetividade por meio de acompanhamento de testes periódicos;

Segregação de Funções - assegurar-se da adequada implementação da Segregação de Funções nas atividades da Instituição, a fim de evitar o conflito de interesses;

Prevenção à Lavagem de Dinheiro - fomentar a cultura de Prevenção à Lavagem de Dinheiro, através de treinamentos específicos;

Cultura de Controles - fomentar a cultura de Controles em conjunto com os demais pilares do Sistema de Controles Internos na busca incessante da sua conformidade;

Relatório do Sistema de Controles Internos (Gestão de Compliance) – Avaliação dos Riscos e dos Controles Internos – elaborar ou certificar-se da elaboração do referido relatório com base nas informações obtidas junto às diversas áreas da instituição, visando apresentar a situação qualitativa do Sistema de Controles Internos em atendimento à Resolução n.º 2554/98;

Participar ativamente do desenvolvimento de políticas internas, que previnam problemas futuros de não conformidade e a regulamentação aplicável a cada negócio.

Relações com Órgãos Reguladores e Fiscalizadores – Assegurar-se de que todos os itens requeridos pelos reguladores sejam prontamente atendidos pelas várias áreas da Instituição

2 Função de Compliance, ago.2014. Disponível em: <www.fenabran.com.br>

Financeira assertivamente e com representatividade e fidedignidade;

Relações com Auditores Externos e Internos:

13.1. Assegurar-se que todos os itens de auditoria relacionados a não conformidade com as leis, regulamentações e políticas da Instituição Financeira sejam prontamente atendidos e corrigidos pelas várias áreas da Instituição Financeira;

13.2. Manter a sinergia entre as áreas de Auditoria Interna, Auditores Externos e Compliance;

14. Relações com Associações de Classe e importantes participantes do mercado para promover a profissionalização da função e auxiliar na criação de mecanismos renovados de revisão de regras de mercado, legislação e regulamentação pertinentes, em linha com as necessidades dos negócios, visando a integridade e credibilidade do sistema financeiro. “

E por fim, sua missão é a de “Assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição, procurando mitigar os Riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes”³.

8.3 COMPLIANCE COMO MODELO DE GESTÃO

O Compliance apresenta-se como uma importante ferramenta de gestão, em aderência às regras internacionais, vez que auxiliará a organização a adequar seus ambientes de controles internos de acordo com os riscos de seu segmento.

Além disso, estudos realizados pela ABBI⁴, junto aos países da Europa e Oriente Médio, Ásia, Oceania e América do Norte, apontam que 78% acreditam que o Compliance agrega valor, isto é, torna as organizações mais eficazes e mais próximas à conclusão de suas metas, os quais pontua-se, *ipsis literis*:

3 IDEM.

4 PricewaterhouseCoopers, Compliance em Instituições Financeiras, 10 de outubro de 2006. Disponível em <www.abbi.com.br>.

- “Qualidade e velocidade das interpretações regulatórias e políticas e procedimentos de Compliance relacionados;
- Aprimoramento do relacionamento com reguladores, incluindo bom retorno das revisões dos supervisores;
- Melhoria de relacionamento com os acionistas;
- Melhoria de relacionamento com os clientes;
- Decisões de negócio em Compliance;
- Velocidade dos novos produtos em conformidade para o mercado;
- Disseminação de elevados padrões éticos/culturais de Compliance pela organização;
- Acompanhamento das correções e deficiências (não conformidades)”.

Em que pese o custo elevado de se implementar uma cultura de Compliance, os seus ganhos são infinitamente superiores ao investimento. Não estar em Compliance, pode resultar, no dizer de COIMBRA & MANZI⁵:

- “danos à reputação da organização, dos seus funcionários e perda de valor da marca;
- má alocação de recurso e redução de eficiência e da inovação;
- cassação da licença de operação;
- sanções administrativas, pecuniárias e, dependendo do caso, criminais às organizações e aos indivíduos; e
- custos secundários e não previstos (exemplo: advogados, tempo da alta gerência etc)”.

Schilder, apud COIMBRA & MANZI(2010,p.05) aduz que estudos referente ao valor comercial do Compliance comprovam que US\$ 1,00 gasto significa a economia de US\$ 5,00, referente a custos com processos legais, danos de reputação e perda de produtividade.

⁵ Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações / Marcelo de Aguiar Coimbra, Vanessa Alessi Manzi Binder, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

A bem da verdade, não é tarefa de fácil resolução. Embora seja um dever de todos agir com ética, integridade e responsabilidade, nem sempre é o que acontece nas organizações.

A questão é que organizações que atuam em conformidade com as normas e as melhores práticas traz vantagens para a economia, para a comunidade, para o meio ambiente e por que não dizer, para o país como um todo?!

Por isso, acredita-se que vale o investimento.

8.4 A ESTRUTURAÇÃO DO PROGRAMA E SUA FRONTEIRA COM O JURÍDICO

A estruturação de um programa de Compliance é dotada de complexidade. Deve-se levar em conta a sua realidade da organização, a sua cultura, a sua missão, os valores, o seu ambiente, a sua atividade, enfim, as suas especificidades particulares. Em linhas gerais, a gestão de Compliance deve alinhar-se aos objetivos gerais e globais da instituição, mormente aqueles que são estratégicos.

Como modelo de gestão, o Compliance deve ser difundido entre os *stakeholders*, fazendo com que valores como a ética, a integridade e a honradez sejam incorporados aos valores e crenças destes. Este, a nosso ver, é o maior desafio. Implementar uma cultura requer mudança de paradigma e isso demanda tempo e muito investimento (pessoal e profissional).

Para o sucesso desse programa, é importante que as organizações sejam comprometidas, independentes e focadas na excelência de seus resultados, e, ainda, fundamentalmente, faz-se necessário que a Alta Direção ponha em prática todos os códigos de conduta e demais documentos elaborados.

De acordo com COIMBRA & MANZI⁶, existem vários modelos de Gestão de Compliance, contudo, as instituições têm dado preferência ao modelo mais rígido. Em linhas gerais, os profissionais de Compliance contam com maior liberdade para desenhar as ações do Programa, agindo com independência e autoridade, fazendo-se cumprir as normas, que é o seu desiderato, inclusive promovendo as devidas sanções quando as regras não são atendidas.

⁶ IDEM, p. 23.

Nesse sentido, é comum atribuir esta função aos profissionais da área Jurídica, dada a sua expertise. Portanto, especialistas recomendam que o Compliance seja uma área desmembrada, mas que permaneça atuando em caráter complementar ao do próprio Jurídico, vez que se propõe a fazer cumprir as normas, com imparcialidade e independência, o que nem sempre é possível às realidades dos Departamentos Jurídicos.

8.5 A IMPORTÂNCIA DO COMPLIANCE JUNTO AO SESI E AO SENAI

Como importantes entidades integrantes do Terceiro Setor, notoriamente reconhecidas por atuarem como um *longa manus* do Estado Brasileiro, o Serviço Social da Indústria (SESI) e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), entidades criadas e mantidas pela iniciativa privada, sem fins lucrativos, de cunhos sociais, existentes no mercado há mais de 60 anos, oferecem serviços sociais e de educação profissional de qualidade, voltados principalmente para atender aos trabalhadores da indústria e familiares.

A manutenção de tais serviços e / ou programas sociais e de treinamento pelas Entidades é custeada com base nas contribuições compulsórias que arrecadam da indústria, 1,5% e 1,0%, calculadas com base no bruto da folha de pagamento mensal dos empregados e destinados, respectivamente para SESI e SENAI, com base no disposto do Artigo 49, Parágrafo 2º, do Regulamento do SESI aprovado pelo Decreto Federal nº 57.375, de 02/12/1965; e do Artigo 50, do Regimento do SENAI, aprovado pelo Decreto Federal nº 494, de 10/01/1962.

Portanto, muito embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, por gerirem verbas públicas, subsumem-se à prestação de contas junto ao Governo Federal, nos termos acima já esposados.

De outro turno, para avaliar a importância das práticas de Compliance junto à estas entidades, recorreu-se à análise não somente de suas missões e objetivos, dadas as suas especificidades, mas também de suas visões, avaliando-se, assim, a perspectiva da empresa a longo prazo, ou seja, onde a empresa pretende chegar dentro de alguns anos, porém algo atingível. Vejamos:

Constitui visão do SESI⁷:

*“Ser o **líder nacional** na promoção da melhoria da qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes e da **gestão socialmente responsável** da empresa industrial.” G.N.*

Por sua vez, o SENAI possui como visão⁸:

*“Consolidar-se como a instituição **líder nacional** em educação profissional e tecnológica e ser reconhecida como indutora da inovação e da transferência de tecnologias para a indústria, **atuando com padrão internacional de excelência.**” G.N.*

Perceba que as duas entidades possuem a perspectiva de tornar-se líderes nacionais, sendo que o SENAI almeja o reconhecimento da atuação de suas práticas, pelo padrão internacional de excelência com que trabalha.

Pois bem. Não somente por gerir verba pública, mas também por almejar a liderança e a excelência em seus esforços, a utilização do Compliance apresenta-se como uma ferramenta de gestão estratégica capaz de auxiliar cada vez mais à estas instituições em alcançarem as suas metas, com resultados em conformidade, com alta performance, e, ainda, com colaboradores e clientes satisfeitos. A razão é simples: o Compliance, como foi visto, agrega valor, e ainda contribui para a proteção da reputação corporativa, fortalecendo cada vez mais a importante imagem do SESI e do SENAI junto ao Estado Brasileiro, e, portanto, à sociedade.

8.6 CONCLUSÃO

A intenção deste estudo foi a de apresentar – em linhas gerais - o Compliance, enquanto uma boa prática de governança, alinhada aos padrões internacionais, como uma ferramenta capaz de auxiliar o SESI e o SENAI tanto na prevenção de fraudes, quanto no alcance de suas metas, contribuindo para a sua proteção e para o aprimoramento do seu valor, bem como da sua reputação corporativa, fortalecendo cada vez mais a sua importante imagem junto à sociedade.

⁷ Disponível em <www.portaldaindustria.com.br>. Acesso em ago, 2014.

⁸ IDEM.

Como já foi dito em linhas anteriores, não houve a pretensão de esgotar o assunto, visto que o tema é por demais complexo, mas, a partir desse breve ensaio teórico, acredita-se que uma pequena semente de reflexão foi gerada, propiciando a comunidade jurídica a ponderar acerca nesta novel realidade que se apresenta.

A nosso ver, além de abrir mais mais oportunidades de trabalho aos operadores do Direito, o Compliance firma-se também como um grande aliado do Jurídico no enfrentamento de questões que se apresentam em desacordo com os padrões de ética, integridade e honestidade que, porventura, as entidades venham a incorrer.

8.7 BIBLIOGRAFIA

COLLYER, Christianne Oliveira. **A imunidade tributária nas instituições de educação e assistência social**. Monografia Acadêmica à Universidade Federal do Ceará, 2006.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. Vade mecum acadêmico de direito / 9. Ed.: Saraiva, 2010.

FUNÇÃO DE COMPLIANCE, ago.2014. Disponível em: <www.fenabran.com.br>

GOVERNANÇA Corporativa: internacionalização e convergência: os novos rumos das práticas de governança/coordenação Joaquim Rubens Fonte Filho, Ricardo Pereira Câmara leal. São Paulo: Saint Paul Editora, 2010.

MANUAL de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações / Marcelo de Aguiar Coimbra, Vanessa Alessi Manzi Binder, organizadores. São Paulo: Atlas, 2010.

MISSÃO e visão do Sesi e do SENAI: Disponível em www.portaldaindustria.com.br>. Acesso em agosto de 2014.

PRICEWATERHOUSECOOPERS, Compliance em Instituições Financeiras, 10 de outubro de 2006. Disponível em <www.abbi.com.br>.

REGIMENTO Interno do Sesi. Disponível em <www.sesi.org.br>. Acesso em agosto de 2014.

REGIMENTO Interno do SENAI. Disponível em <www.senai.org.br>. Acesso em agosto de 2014.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**9 – O INSTITUTO DA ARBITRAGEM
COMO FACILITADOR DOS NEGÓCIOS
EMPRESARIAIS E PROPULSOR DE
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

CYNTHIA CINARA CARVALHO LIMA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO GRANDE DO NORTE

9.1 INTRODUÇÃO

A globalização trouxe para o mundo a quebra das fronteiras estatais. Resta comprovado que nenhuma nação por mais forte que seja consegue sobreviver sozinha, sem interagir ou mesmo depender de outras.

As transações comerciais ultrapassam os limites territoriais, diminuindo as distâncias e unindo um planeta outrora dividido.

Com o crescente número de contratos comerciais se tornou imprescindível um meio mais célere que viesse solucionar as controvérsias naturalmente vindouras destas transações, visto que o meio judicial se mostrava cada vez mais assoberbado e conseqüentemente moroso.

Diante desta realidade que trazia consigo necessidades ávidas a serem atendidas, o Instituto da Arbitragem se mostrou mais que um meio alternativo, tornando-se uma constante no meio comercial, seja ele internacional ou próprio de cada país.

A realidade mundial não nega, atualmente, estima-se que 90% dos contratos internacionais de comércio possuem a cláusula arbitral. Os números aumentam mais quando se analisam contratos referentes à construção de complexos industriais e projetos de construções similares, chegando a perfazer 100% a presença da cláusula arbitral.

Se remetermos a realidade brasileira, ainda podemos encontrar outros motivos que levam à escolha da arbitragem. A conhecida e inevitável morosidade do Poder Judiciário em solucionar os litígios a ele encaminhados, a possível falta de conhecimentos técnicos dos magistrados em absorver a complexidade de uma transação comercial nacional ou internacional, bem como a inexistência no Brasil de Varas especializadas em assuntos mais complexos.

Com a instituição de um Tribunal Arbitral as partes abnegam seu direito de ver seu litígio resolvido pelo Estado, optando pela justiça privada, composto por um árbitro único ou a maioria deles, um grupo de profissionais, designados em princípio pelas partes, ou por uma entidade por elas indicada.

A ordem jurídica vislumbra na arbitragem um meio legítimo e eficaz de solução de litígios. Alicerçados na vontade das partes que estabelecem a convenção de arbitragem, o árbitro exerce suas atribuições como um juiz de fato e suas decisões possuem efeito de coisa julgada com força executória semelhante as desenvolvidas por tribunais estatais.

O que antes constituía em um terreno desconhecido e pouco explorado, hoje a arbitragem nacional e internacional é dotada de um amplo aparato legislativo transnacional, formado por convenções internacionais, leis internas, regulamentos sobre sua formação e manutenção, usos e costumes devidamente reunidos, órgãos e instituições com bases sólidas e confiáveis. Isso tudo somado ao amplo número de profissionais e operadores do direito que se dedicam ao aperfeiçoamento deste instituto, como árbitros, advogados, estudantes, doutrinadores, etc.

No Brasil, seu uso como método alternativo de resolução de conflitos remota ao primeiro reinado brasileiro, com registro na primeira constituição nacional, de 1824. Com o passar dos tempos sua presença foi crescendo na sociedade, todavia, de forma tímida, sempre assombrada pelas limitações nacionais legislativas impostas.

Somente com o advento da Lei de Arbitragem nº9.307 de 1996, também conhecida como Lei Marco Maciel, merecida homenagem prestada ao Senador que à época tanto valorizou, liderou e incentivou a provação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, e o subsequente julgamento e reconhecimento de sua constitucionalidade realizada em 2001 pelo Supremo Tribunal Federal, as estruturas basilares foram finalmente estabelecidas e firmadas no cenário nacional.

Diversas mudanças positivas foram alcançadas com a Lei de Arbitragem extirpando sua letargia e sedimentando seu uso nos mais diferentes segmentos cíveis e comerciais. Seja pela natureza de decisão judicial conferido às sentenças arbitrais, prescindindo assim de qualquer homologação, pelo caráter irrecorrível e a força vinculante das cláusulas compromissórias, a realidade é que arbitragem encontrou terreno fértil para prosperar no Brasil, contribuindo para a facilitação dos negócios e o expansionismo econômico.

Se os números de contendas solucionadas na arbitragem ainda são inexpressivos e, por hora, incapazes de desafogar o judiciário, a bem verdade seu atolamento processual e, por conseguinte, sua morosidade é fator determinante que impulsiona as partes procurarem um meio mais célere, especializado e definitivo que resolvam suas demandas.

Por seu turno, a agilidade e facilidade comercial é fator determinante do sucesso empresarial, apresentando-se a arbitragem institucional como melhor opção na condução dos processos originados de suas demandas. Nesta seara, inúmeras são as possibilidades de atuação da arbitragem, expressivamente utilizado nos contratos de construção civil, energia, infraestrutura, possuindo plena previsão nas leis de petróleo, das telecomunicações, nos contratos administrativos de parcerias público-privada, das concessões e permissões de serviços públicos.

Desta feita, ao facilitar as relações comerciais, solucionando as contendas de forma mais ágil e eficaz, o Instituto da Arbitragem se configura em um dos mais vigorosos expoentes do expansionismo econômico e desenvolvimento nacional.

Nesta esteira, o presente trabalho se propõe elucidar a presença da arbitragem nos mais diversos tipos de contratos comerciais e, por conseguinte, demonstrar sua importância para o desenvolvimento social e econômico do país.

9.2 INSTITUTO DA ARBITRAGEM: FACILITADOR DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS E PROPULSOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Meio privado de solução de conflitos, no qual um terceiro, de livre escolha dos litigantes, decide uma contenda e impõe sua sentença às partes, que deverão cumpri-la, sob pena de execução no Judiciário, o Instituto da Arbitragem vem crescendo vertiginosamente, demonstrando a aceitação cada vez maior da sociedade empresarial.

Segundo apontamentos levantados pelo aclamado doutrinador Sr. Carlos Alberto Carmona, na sua obra “Arbitragem e Processo”, resta conceituado de forma cristalina o Instituto, senão vejamos:

“A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebam seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial- é colocada a disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”

Com a promulgação da nova Lei de Arbitragem, nº 9307/96, inúmeras demandas nacionais e internacionais foram solucionadas sob sua égide, e segundo dados das principais câmaras do país, bilhões de reais foram movimentados no transcorrer dos anos, perfazendo mais de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), somente em 2013.

A mais diversa sorte de fatos encabeçam o crescimento do Instituto nos contratos empresariais, quais sejam: o indubitável apoio do Poder Judiciário com decisões pacíficas que reconhecem a competência da convenção de arbitragem e conseqüentemente do árbitro escolhi-

do pelas partes; a extensa regulamentação legislativa que deu amparo e seguimento a Lei de Arbitragem, inclusive com novas modificações já previstas pelo Projeto de Lei nº7108/2014; o crescente número de instituições sérias destinadas a administrar os processos arbitrais, aumentando cada vez mais o interesse de profissionais especializados e estudiosos no Instituto.

Destarte que a previsibilidade e a estabilidade presentes nos procedimentos arbitrais, com antevisão lógica de suas fases, dos seus prazos e limitação das controvérsias, termina por causar menos desgastes as partes, proporcionando mais segurança na continuidade dos negócios e oportunizando novos investimentos.

Ademais, quando bem analisado, a ideia de que o processo arbitral é dispendioso torna-se uma falácia. Afinal, a previsibilidade do procedimento oportuniza as partes um maior planejamento dos seus custos, concentrando suas despesas em um determinado momento, sem surpresas futuras desagradáveis.

Poucos são os casos registrados no país de não cumprimento espontâneo das sentenças arbitrais, necessitando para tanto da execução no Judiciário. Seja em razão da não exposição dos fatos e documentos discutidos no seu procedimento tornarem-se públicos, seja pelo propósito de dar continuidade a relação comercial, anteriormente atribulada e agora resolvida, é fato que a ética tem sido resguardada, com a valoração do procedimento escolhido livremente pelas partes, senão vejamos as palavras do doutrinador José Carlos Magalhães, em seu artigo sobre a Ética na Arbitragem:

“Ademais, a convenção arbitral contém o compromisso das partes de acatar a decisão que vier a ser proferida. Trata-se da observância do pacta sunt servanda, os contratos devem ser cumpridos. Se a parte aceitou o processo arbitral, como meio de composição de litígios, é de se esperar que cumpra o compromisso que assumiu de dar execução ao que vier a ser decidido.”

Por suas especificidades, a arbitragem tem função precípua de pacificar as relações empresariais, não conduzindo apenas a solução dos conflitos, mas também proporcionando a devida revisão, renegociação e atualização dos vínculos contratuais anteriormente firmados, proporcionando possibilidades negociais futuras.

Todos esses fatores tornaram realidade e sedimentaram o Instituto da Arbitragem no Brasil, colocando o país em posição de destaque no cenário mundial, vindo a ocupar o 4º (quarto) lugar mundial no que concerne o número de partes, sendo o maior expoente da América

Latina, segundo dados da Câmara de Comércio Internacional- CCI.

Desta feita, existe toda uma gama de possibilidades contratuais solucionáveis pela arbitragem, com objetos das mais diversas naturezas e especificidades. Por oportuno, serão analisadas as realidades contratuais econômico-comerciais mais comuns e, por conseguinte, que suscitam mais elucubrações dos pesquisadores e curiosidades dos estudiosos, em tudo objetivando corroborar a influência da arbitragem na economia do país e como fator propulsor do seu desenvolvimento.

9.2.1 A Arbitragem nos Contratos de Construção Civil

Seja por sua premente dependência de mão-de-obra ou dos fatores externos, como as condições climáticas ou formações geológicas não descobertas anteriormente, é certo que há sempre grande tensão entre construtora e cliente, a ponto de sobrecarregar os serviços que serão realizados. Dessa forma, por suas características e especificidades, os contratos de construção civil são grandes alvos de divergências entre as partes no curso de sua execução ou na sua consequente inexecução.

Insta colocar que, dado caráter de cumprimento continuado, os contratos de construção não se esgotam em uma única relação bilateral, mas se estendem em uma ininterrupta sequência de acontecimentos que terminam por ensejar sua conclusão. Por esse motivo, raramente as divergências contratuais limitam-se a apenas um litígio, abarcando problemas diversos com os mais diferentes temas e possibilidades, que dificultam ainda mais sua resolução.

Independente do tamanho e complexidade que apresentam, as obras que constituem os objetos contratuais não podem ser interrompidas por querelas supervenientes a sua realização, forçando a ocorrência de soluções céleres e eficazes, sob pena de restar comprometida toda a sua conclusão, com prejuízos incalculáveis e irreversíveis.

É para esta realidade complexa e desafiadora que o Instituto da Arbitragem se apresenta como a mais promissora proposta de resolução de conflitos, seja por seu caráter célere, sigiloso ou por seu desenrolar mais simplificado, a bem verdade que apesar de não ser tão longa, tal método vem acumulando resultados satisfatórios que só servem para enaltecer e incentivar sua prática.

Ademais, ainda reside o fato de, nos conflitos envolvendo os contratos de construção civil

tratar de matérias específicas, com frequente necessidade de provas perícias e exames mais detalhados, demandando conhecimento técnico e especializado do julgador, por vezes não encontrado nos tribunais estatais, o tribunal arbitral, ainda que não formado por engenheiros, demonstram mais facilidade de se aproximarem das obras, estabelecendo a correlação necessária entre estas e os instrumentos contratuais levados a litígio.

Dada a velocidade premente com que crescem os centros urbanos, a obras de engenharia adquiriram um papel primordial no seu desenvolvimento, apresentado no Resultado a sua maior obrigação, não sendo mais admissível que intempéries e problemas corriqueiros causem paralisações e atrasos em demasia que venham ao final inviabilizar suas negociações subsequentes, senão vejamos as palavras da especialista em arbitragem, Dra. Judith Martins-Costa:

“Da ampla gama de deveres anexos de cooperação, ressalta, nos contratos de construção, o dever de atuar com agilidade e utilidade para resolução dos problemas surgidos eventualmente ao longo da obra (boa-fé in executivis) e dos conflitos surgidos quando da entrega da obra e da constatação do resultado. Aqui imbricam-se fortemente contratos de construção e arbitragem.”

Dessa forma, finalizamos explanando a importância da recorrente utilização da Arbitragem nos contratos de construção civil com o fortalecimento e sedimentação do Instituto no país, contribuindo para o fiel cumprimento das obrigações assumidas, continuidade das transações comerciais já firmadas, possibilitando novos negócios e conseqüentemente permitindo o desenvolvimento econômico pretendido.

9.2.2 A Arbitragem no Setor Elétrico

As dificuldades e entraves vivenciados pelo Setor de Energia são inegáveis e amplamente noticiadas pela mídia nacional. Mesmo que recorrentemente negado pelo Governo Brasileiro, o risco de apagão é um fantasma que ronda e assusta os empresários e investidores, bem como toda a sociedade.

Os investimentos em energia sejam elas das mais diversas naturezas, elétrica, nuclear, biomassa, petróleo, solar, eólica, gás natural, oriundos do Poder Público ou do setor Privado, vem alicerçados por uma gama contratual complexa, que não raro suscitam divergências e equívocos, demandando resoluções judiciais ou extrajudiciais.

Com a reformulação do setor elétrico no Brasil, em 2004, extinguiu-se o Mercado Atacadista de Energia (MAE), presente no cenário nacional desde 2000, sendo criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Instituída pela Lei nº 10848/2004 e regulamentada pelo Decreto nº 5177/2004, a CCEE nasce como associação civil, estando sujeita a devida regulação realizada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), e possuindo como função precípua a promoção e comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e entes autorizados de realizar serviços e instalações de energia elétrica, assim como destes com seus respectivos consumidores.

A respectiva comercialização acontecerá meio dos leilões realizados em ambientes de contratação regulada ou livre, tornando-se obrigatória sua realização para efetivação das negociações neste ramo, com a disponibilização das operações de liquidação da Câmara disponibilizadas no seu sítio eletrônico, no qual também é visualizada toda a estrutura física e pessoal que a compõe.

Com os desafios enfrentados pelos setores competentes relacionados a área de infraestrutura, dada a escassez de chuvas e a preponderante dependência das hidrelétricas, tornam ainda mais preocupantes as questões que envolvem os setores de energia. Por seu turno, os investimentos concretizados, sejam públicos ou privados, nacionais ou estrangeiros, vem estruturados por contratos com conteúdos peculiares e natureza bastante complexa, exigindo que suas controvérsias sejam analisadas e solucionadas por julgadores detentores da lógica e especificidades próprias desse setor.

Foi com essa preocupação que o legislador, ao perfazer a Lei 10848/2004, seguida pela Resolução da ANEEL nº 109/2004, tornou obrigatória a inclusão da convenção de arbitragem em contratos que envolvessem o comércio de energia elétrica, como os processos que se refiram ao preço do Megawatt-hora (MWh), custo de construção de linhas de transmissão, descumprimento de obrigações ambientais, assim como disputas sobre direitos de mineração, submetendo dessa forma todos os seus agentes (integrantes da CCEE) aos preceitos da Convenção de Arbitragem, conforme ditames previstos nos parágrafos 5º e 6º do artigo 4º da Legislação supracitada:

“Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.”

(...)

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.”

Tal previsão terminou por elidir qualquer dúvida acerca da incidência da Arbitragem nesta área, com a sedimentação de direito disponível para os contratos que retratem o comércio de energia elétrica. Afinal, se por um lado a Lei 10.848/2004 tornou facultativa a adesão à CCEE e, por conseguinte à Convenção Arbitral, por outro findou por vedar a comercialização de energia elétrica por empresa que não fosse agente da CCEE, e conseqüentemente não tenha aderido suas regras.

Insta apontar que, no campo da geração de energia não há obrigatoriedade de inclusão da Cláusula Arbitral nos contratos, contudo, mesmo sob tal ausência impositiva, o Instituto tem sido amplamente utilizado nas resoluções de controvérsias, independente do tipo de investidor (fundos de pensão, consórcios de empresas, private equity...), há uma preferência pela inclusão da arbitragem nos atos contratuais. Até mesmo o Poder Público tem aderido a realidade da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, nos contratos de concessão firmados no que concerne ao setor elétrico.

A Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, entidade para onde são enviados os procedimentos arbitrais da CCEE, apontam números bastante satisfatórios nas controvérsias relacionadas aos preços dos MWh, aos custos de construção de Pequenas Hidrelétricas ou de linhas de transmissão e ainda conflitos envolvendo direitos societários das empresas que atuam no setor de energia.

Em 2013 os número de agentes da CCEE cresceu 14,5%, totalizando aproximadamente 2.615 empresas associadas, na sua maioria produtores independentes de energia, além de empresas de geração, distribuição e transmissão.

É neste cenário que a Arbitragem se apresenta como a solução mais rápida e eficiente sob a óptica econômica, técnico e jurídica, representando uma maior segurança jurídica aos negócios aqui firmado, estimulando o país a se tornar uma referência nesta área e, por conseguinte um polo de investimentos atraente e eficaz, com capacidade suficiente para se desenvolver e se manter firme mesmo sob a turbulência e percalços vivenciados.

9.2.3 A Arbitragem e o Direito Societário

Com as características e benefícios apresentados pela Arbitragem, tal Instituto tem se mostrado por demais eficaz nas demandas relacionadas com o Direito Societário. Dados advindos das principais Câmaras do país demonstram os litígios societários como uma das maiores incidências de processo arbitral.

Não raro, a ocorrência de conflitos e disputas societárias terminam por prejudicar em demasia os negócios, por vezes de forma irreversível, afetando, por seu turno, toda a estrutura de um país, haja vista as sociedades comerciais representarem importante instrumento nas economias de mercado.

Dessa forma, a possibilidade de dirimir controvérsias por ventura surgidas, de forma célere, em caráter sigiloso e através de especialistas na matéria discutida, estes designados pela livre vontade das partes, representa importante aspecto que deve ser considerado, para que possibilidades negociais não sejam perdidas e resultem inócuas iniciativas antes apresentadas como relevantes. É nesse ponto que renasce grande discussão no cenário jurídico-doutrinário da matéria. Se a inserção da cláusula de arbitragem no estatuto social ou contrato social das sociedades vinculariam todos os acionistas, e até mesmo o dissidente e o administrador.

Vale dizer que, no Brasil, a grande maioria das sociedades sociais comerciais é formada sob a estrutura de limitadas e dessa forma constituída por poucos sócios com participação pessoal relevante e dedicação direta destes. Quanto a sociedades anônimas observamos, desde companhias fechadas até grandes companhias, complexos estruturação, atração e alienação de capitais.

Sendo assim, com constante intermitente aumento da complexidade dessas relações que podem envolver interesses econômicos cada vez mais vultosos, a escolha pela arbitragem como método de resolução de conflitos, é o caminho mais plausível e vem se tornado cada vez mais constante.

Por tais motivos tem-se pela via arbitral a possibilidade de solucionar litígios específicos e envolvendo grandes importâncias monetárias julgadas e solucionadas por profissionais especialistas na matéria discutida, restabelecendo o equilíbrio nas relações societárias.

Sob esta ótica a grande discussão reside na submissão de terceiros que adentraram a relação suscitaria após a escolha da arbitragem ou mesmo aquele sócio que dissentiu da vontade espositada pela maioria que fez tal escolha.

Todavia, tendo em mente que todas as decisões tomadas no âmbito das sociedades empresariais são realizadas por maioria dos votos, sob raras exceções, e que nem a Lei das Sociedades Anônimas e nem o Código Civil obrigam a inclusão da cláusula da arbitragem ser realizada por quorum qualificado ou por unanimidade dos acionistas, entende-se que é pacífica a ideia de que essa ação deve ser interpretada como deliberação normal sem nem mesmo necessitar de autorizações específicas para a sua efetivação vinculando todos os acionistas sendo eles concordantes ou contrários a tal decisão.

Como bem explana Arnaldo Wald em seu artigo sobre Arbitrabilidade dos Conflitos Societários: “Assim é que a doutrina sustenta que a cláusula compromissória, uma vez regularmente inserida no estatuto, obriga todos os acionistas, tenham ou não comparecidos a deliberação que aprovou, tenham ou não votado favoravelmente.”

Idealizando terminar com quaisquer dúvidas sobre o tema aqui tratado, o Projeto de Lei Nº 7108/2014 já aprovado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados insere o artigo 136-A à Lei Nº 6404/76 que trata da sociedade por ações neste fica disciplinada a inserção da convenção de arbitragem no estatuto social sob o quorum previsto no artigo 136 senão vejamos sua íntegra:

Art. 3º : *A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, passa a vigorar acrescida do seguinte:*

art. 136-A na Subseção “Direito de Retirada” da Seção III de seu Capítulo XI:

“Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas da companhia, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações (art. 45).

§ 1º A convenção somente terá eficácia após o decurso do prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da ata da Assembleia Geral que a aprovou.

§ 2º O direito de retirada previsto acima não será aplicável:

I – caso a inclusão da convenção de arbitragem no estatuto social represente condição para que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação em segmento de listagem de bolsa de valores ou de mercado de balcão organizado que exija dispersão acionária mínima de 25% (vinte e cinco por cento) das ações de cada espécie ou classe;

II – caso a inclusão da convenção de arbitragem seja efetuada no estatuto social de companhia aberta cujas ações sejam dotadas de liquidez e dispersão no mercado, nos termos das alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 137 desta Lei.”

Dessa forma, seja pela instrução pátria já sedimentada ou pela modificação da lei de arbitragem, concluímos como pacífica a possibilidade de inclusão da cláusula de arbitragem no estatuto ou contrato social vinculado todos os acionistas assentes ou discentes ou mesmo os que adentraram posteriormente a escolha.

9.3 CONCLUSÃO

Há décadas a arbitragem é utilizada nos países desenvolvidos, e teve sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei 9.307 de 1996, a conhecida Lei da Arbitragem. Hoje ela é apontada como o método mais eficiente na resolução de conflitos, contribuindo demasiadamente para o descongestionamento do Poder Judiciário e principalmente para o descongestionamento do empresário no desenvolver de suas atividades.

A autonomia das vontades das partes é a base da arbitragem, manifestada na medida que são elas que decidem primeiramente pela instituição arbitral, definindo os procedimentos que regerão o processo, estipulando o prazo final para conclusão, assim como escolhem os árbitros que julgaram a lide.

A facilidade em se instituir um tribunal arbitral, a agilidade com que as controvérsias são solucionadas, a celeridade mediante a qual o tribunal pode atuar aliado ao baixo custo pro-

cessual, são alguns dos motivos que justificam a escolha da arbitragem. A possibilidade de se escolher seus julgadores confere à arbitragem um caráter seguro e confiável, em razão de se poder ter profissionais qualificados e peritos nos assuntos tratados, especialistas na solução dos litígios com conexões internacionais e relacionadas ao comércio.

O sigilo que envolve os litígios bem como todo o procedimento arbitral, vem como forma de evitar exposições desnecessárias que causem execrações públicas difíceis ou impossíveis de serem reparadas. Os infundáveis recursos presentes no sistema jurídico dificultam a resolução de uma lide, principalmente quando as causas são de grandes valores. Os prazos de conclusão de um processo arbitral são previamente estipulados, e a possibilidade de se recorrer contra um laudo perante a justiça estatal é limitado.

Hoje existe toda uma gama de convenções e Leis que servem de arcabouço para a arbitragem, definindo com a maior precisão a forma como deve ser conduzido seu processo.

A autonomia assegurada à cláusula arbitral, tanto na sua independência perante o compromisso arbitral, quanto na sua não vinculação a validade do contrato; a queda da exigência do duplo-exequatur; e a firmação do laudo arbitral como sentença extrajudicial plenamente executável, foram imprescindíveis para a sedimentação do instituto da arbitragem no universo comercial nacional e internacional.

Neste trabalho tratamos, em razão da sua limitação natural, apenas de três formas de incidência da Arbitragem nos Contratos, na Construção Civil, no setor de Energia Elétrica e no Direito Societário, contudo, a gama de possibilidades para o Instituto é extensa podendo aparecer nos contratos que tratem da Propriedade Intelectual, Seguros e Resseguros, de Concessão com a Administração Pública, de Franquias...

É neste cenário que o Instituto vem se desenvolvendo e se tornando uma constante nos mais diversos contratos firmado entre as empresas, sejam elas indústrias, prestadores de serviços, comércios... Objetivando sempre, além da resolução dos conflitos, o restabelecimento das relações contratuais, e por conseguinte, o desenvolvimento econômico da Nação.

9.4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Interna e Internacional: Questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Nádya de. **Contratos Internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira** - 4.ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e Processo. Um comentário a Lei N° 9307/96**- 3.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **A Ética na Arbitragem**. Revista Direito ao Ponto. São Paulo, ano 6, nº8, p. 15.

MARTINS-COSTA, Judith e BENETTI, Giovana Valentiano. **Arbitragem na Construção Civil, Algumas Notas**. Revista Direito ao Ponto. São Paulo, ano 6, nº 8, p. 53.

RECHSTEINER, Beat Walter, **Arbitragem Privada Internacional no Brasil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

WALD, Arnold. **Arbitrabilidade dos conflitos societários: considerações preliminares (I)**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, ano 4, vol. 12, p. 22, jan/mar.2007.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**10 – AS INCONGRUÊNCIAS E
INAPLICABILIDADE
DA SÚMULA 244 DO TST**

DANIEL QUINTINO TOSTES MARTINS
DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS GERAIS

10.1 INTRODUÇÃO

Recentemente uma alteração no posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho causou grande repercussão de cunho social e jurídico.

O TST alterou o inciso III da súmula 244, registrando posicionamento totalmente diverso do outrora pacificado através da mesma súmula. Com isso a empregada gestante, ainda que contratada por prazo determinado passou a contar com a garantia de emprego prevista no artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não obstante à importância fundamental da intenção do texto constitucional, a simples imposição, desrespeitando a hermenêutica, necessidades sociais e texto legal, pode causar descredito da segurança jurídica, ultimamente fragilizada em nosso país por razões diversas.

Infelizmente, aos olhos do autor do presente trabalho a questão foi pouco debatida, apesar de contar com diversos pontos que, de fato carecem dessa reflexão.

Em conversa com colegas de profissão foi possível concluir que grande parte deles sequer discute com afinco que a questão merece, pelo simples fato do assunto estar sumulado. Todavia a beleza do direito e das relações sociais está justamente na reflexão continua de assuntos relevantes, pois só assim reforçaremos os pilares do Estado Democrático de Direito.

A questão que será abordada conta com pontos que aparentemente são inéditos nesse debate e podem ajudar a promover um exame sob um novo prisma.

10.2 CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO: CONCEITO E FINS

O contrato de trabalho é ato bilateral, decorrente de livre manifestação de vontade entre as partes.

O contrato por tempo determinado é aquele em que as partes, quando da contratação, fixam seu termo final, ou seja, ajustam antecipadamente seu termo. Aliás, conforme

previsto pelo texto legal, a vigência desses contratos está condicionada “ao termo prefixado ou da execução de serviços específicos ou ainda de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”. – art. 443 da CLT.

Ou seja, o contrato por prazo determinado é uma exceção à regra que existe para um fim e para atender necessidades tanto do empregado quanto do empregador. Essas situações são variáveis, podendo-se considerar razões transitórias, bem como utilizado como período para avaliação probatória.

Uma das situações mais claras que demonstram a importância dessa modalidade contratual acontece anualmente quando ocorre um aumento expressivo de produção por parte das indústrias e conseqüentemente de atendimento e vendas por parte do comércio. Ora é evidente que esse aumento é do interesse de boa parte da sociedade a começar pelo consumidor que deseja encontrar seus objetos de consumo em uma época especial de grande procura.

A sustentação dessa necessidade é possível graças a alguns fatores, sendo que um dos principais é o aumento temporário de mão de obra que possibilita o atendimento dos setores.

Recentemente vivenciamos uma situação pontual no Brasil que foi responsável por alavancar nossa economia e pode-se dizer até que serviu como sobrevida para o fôlego e popularidade do governo, qual seja, a redução do IPI para a linha branca.

Nesse período foram publicadas várias reportagens sobre o aumento de contratação por parte do setor industrial, o que inclusive era visto como oportunidade para o emprego definitivo, dependendo do desempenho dos empregados temporários e, lógico, da capacidade do empregador em absorver essa demanda. Ou seja, é certo que essa modalidade contratual é extremamente proveitosa tanto pelo empregador quanto pelo empregado, tornando-se essencial nos dias atuais.

Todavia, por óbvio é imperioso considerar, quando falamos sobre contratos por prazo determinado, que a não observância e respeito dos seus objetivos podem inviabilizar a relação existente entre as partes e até a saúde financeira das empresas. Maiores considerações serão feitas em tópico específico.

As situações mais comuns são aquelas previstas no artigo 443, §2º, porém com o passar do tempo novas hipóteses foram surgindo, como o contrato de jogadores de futebol, artistas profissionais e outros. Não obstante a essas outras situações, no presente trabalho iremos nos

ater àquelas prevista no artigo supramencionado vez que essas guardam maior relação com a indústria.

Outra hipótese, posterior à CLT, foi através da Lei nº 9.601/98 (o que também será tratada em tópico específico) que possibilitou a contratação por prazo determinado hipóteses além daquelas previstas no artigo 443 da CLT, desde que estabelecidas através de convenções e ou acordos coletivos de trabalho.

Ressalta-se que através dessas exceções previstas tornou-se possível a criação de novas relações de empregos formais, ou seja, garantindo os direitos e deveres peculiares à essa relação.

Essa visão é fundamental para que não haja o entendimento confuso e equivocado de que essa modalidade de contrato seria uma precarização.

Aliás, pelo contrário, é uma forma de facilitar a geração formal de empregos, ainda que temporários, porém com a devida regulamentação com seus direitos e deveres, razão pela qual deve ser encarado como algo positivo.

Reforça essa argumentação o fato da lei, por si só, prever algumas acontecimentos que transformarão o contrato por prazo determinado em contrato por prazo indeterminado, quais sejam: estipulação de prazo maior do que aquele previsto em lei (2 anos ou 90 dias), estipulação de contrato por prazo determinado fora das hipóteses elencadas pelo 443 da CLT, mais de uma prorrogação e a sucessão por outro contrato por prazo determinado em prazo inferior a seis meses.

Com a conversão do contrato dessa forma, verificamos que o legislador já cuidou de dar a segurança jurídica necessária para coibir eventuais abusos da utilização dessa modalidade.

O contrato de trabalho por prazo determinado guarda algumas peculiaridades pontuais, sendo que para essa análise, uma, especificamente, demandará atenção especial, tendo em vista o foco do trabalho. O Ministro Maurício Godinho a ressaltou com as seguintes palavras:

*Distinguem-se por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos próprios à interrupção e à suspensão e às garantias jurídicas de emprego, em contraponto aos contratos de duração indeterminada.*¹

1 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 13. ed - São Paulo: LTr, 2014, p.555.

De certo que, conforme já tratado em momento anterior, o instrumento contratual em questão vige condicionado ao prazo estipulado quando da contratação entre as partes. Dessa forma, alcançando-se a data limite ocorrerá, naturalmente, o término do contrato. Dessa forma, caso não ocorra a rescisão antecipada, por iniciativa de uma das partes, ocorrerá o término da vigência ocasionado em razão, tão simplesmente, do alcance do prazo estabelecido, ou seja, a data firmada entre as partes.

A exceção ao que foi exposto será se o contratante, aqui empregador, demonstrar interesse em proceder com a manutenção da relação, situação em que, com a concordância do empregado, o contrato se indeterminará; caso contrário ocorrerá o encerramento natural do contrato.

Feitas essas breves considerações sobre o conceito e características do contrato por prazo determinado, passa-se a uma objetiva citação de quais seriam as principais hipóteses em que ocorre a contratação por prazo determinado, sendo que todas estão previstas no artigo 443 da CLT:

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;*
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;*
- c) de contrato de experiência.*

Passa-se então para uma breve análise de cada caso:

Serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo – é aquela situação em que se faz necessária a substituição de empregados permanentes que esteja durante o gozo de férias ou licença, bem como em caso de aumento extraordinário, como por exemplo, vendas no período natalino. pg 556

As atividades empresariais de caráter transitório – como o próprio nome se refere à sazonalidade em razão da própria atividade da empresa ser passageira como em casos de feiras industriais, comerciais ou agropecuárias, atividades circenses e etc.

Contrato de experiência: Trata-se de um período em que, segundo Maurício Godinho:

“as partes poderão aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstanciais relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício. É contrato empregatício cuja delimitação temporal justifica-se em função da fase probatória por que passam geralmente as partes em seguida à contratação efetivada”²

Ora, essa fase probatória servirá para a análise desde pontos mais complexos como eficiência e desenvoltura no cumprimento das atividades até questão bem mais simples como, por exemplo, a viabilidade da obediência aos horários, considerando o deslocamento e a simpatia com o ambiente de trabalho. Esse período é de grande importância para ambos os lados, seja empregado, seja empregador.

10.3 CONTRATO A TERMO E AS GARANTIAS DE EMPREGO DA EMPREGADA GESTANTE

O contrato a termo, conforme, já colocado é aquele em que as partes, quando da contratação, fixam o termo final, ou seja, aquele que possui desde o princípio, data para início e data para o encerramento.-

Segundo o Ministro Maurício Godinho Delgado, a garantia de emprego:

É a vantagem jurídica de caráter transitória deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador³

² DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 13. ed – São Paulo: LTr, 2014,p.572.

³ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 13. ed – São Paulo: LTr, 2014,p.1321

Desse modo, pela simples análise dos dois conceitos transcritos acima, percebe-se que são institutos jurídicos com grande potencial de contrariedade. Tem-se isso pois, caso ocorra um evento que traga consigo o benefício da garantia de emprego ao trabalhador e o tempo ainda restante no contrato a termo seja inferior àquele concedido como estabilidade provisória, de certo que um terá que se sobrepor ao outro.

A grande discussão existente hoje é justamente essa, ou seja, qual desses institutos irá prevalecer: o contrato a termo ou a garantia de emprego?

Durante o tempo o que se viu foi uma mudança da ótica sobre a questão, o que justifica a alteração brusca de entendimento dominante.

Para o enriquecimento do debate ora proposto é fundamental que a análise seja feita sempre considerando o texto do artigo 10 do ADCT, que é o responsável por conceder o benefício, e a súmula 244 do TST, inclusive com comparação da evolução do entendimento.

Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Até o marco temporal aqui utilizado (alteração da súmula 244), o entendimento do TST era traduzido pela súmula 244 da seguinte forma:

Súmula nº 244

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O entendimento anterior do TST, transcrito acima, era fundamentado tecnicamente, constando expressa justificativa daquele posicionamento. O texto sumular mostrava, corretamente, que o término do contrato de experiência não caracterizava a rescisão arbitrária ou sem justa causa, razão pela seria situação diversa daquela contemplada pelo artigo 10 do ADCT.

Nesse sentido era o entendimento majoritário da jurisprudência:

EMENTA: ESTABILIDADE GESTACIONAL. CONTRATO DE TRABALHO FIRMADO A TÍTULO DE EXPERIÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE. Celebrado e regularmente prorrogado um contrato de trabalho a termo, a título de experiência, ainda que a empregada contratada tenha comprovado que ficou grávida na sua vigência, não se lhe reconhece o direito à estabilidade provisória, conforme preconiza a Súmula nº 244 do c. TST, verbis: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. – (RO 0002231-81.2011.5.03.0138, TRT 3ª Região, oitava turma, Des. Rel. Marcio Ribeiro Alves, publicação 03/08/2012)

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. INEXISTÊNCIA. A estabilidade provisória assegurada à empregada gestante é incompatível com a relação jurídica fulcrada em contrato de experiência, porquanto o término do prazo pré-determinado no aludido instrumento não constitui dispensa imotivada, conforme posicionamento sufragado pelo C.TST na Súmula nº 244. – (RO 0001472-15.2010.5.01.0040, TRT 1ª Região, segunda turma, Des. Rel. Maria Aparecida Coutinho Magalhães, publicação 09/07/2012)

EMENTA: GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE. Não tendo a reclamante produzido qualquer prova a infirmar a prorrogação do contrato de experiência celebrado com a reclamada, deve ser mantido o indeferimento do pedido de estabilidade provisória da gestante e seus reflexos. Nos termos da Súmula 244, III, do TST “não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”. – (RO 0002092-20.2011.5.03.0110, TRT 3ª Região, quarta turma, Juiz Rel. Ana Maria Amorim Reboucas, publicação em 23/07/2012)

Em setembro de 2012 veio novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho formalizado assim:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

O novo texto se dignou apenas a afirmar que o benefício previsto seria aplicado às empregadas mesmo que admitidas por contrato determinado.

Ainda que não tenha restado qualquer fundamentação na súmula, o que, aliás, não ocorre na grande maioria das vezes, a fundamentação das decisões adequadas ao novo entendimento tem sido sobre a prevalência do direito constitucional sobre a forma contratual.

Todavia, o que se verifica hoje é que a maioria das decisões vem fundamentada simplesmente com base na redação atual da súmula 244 do TST, ou seja, são vazias de fundamentação.

Essa forma de decisão, ou seja, adstrita ao entendimento de uma súmula recém alterada, atenta-se, que até há pouco tempo orientava em sentido contrário, causa um esvaziamento de fundamentações concretas o que, além de resultar no enfraquecimento da discussão sobre o tema, provoca insegurança jurídica.

Ao que parece a tendência vem sendo de abdicar da reflexão sobre o tema, mas pura e simplesmente acatar o entendimento sumular, ainda que o assunto exija uma maior discussão, considerando a riqueza de argumentação contrária a ela.

Observe-se como tem sido as decisões:

Estabilidade. Gestante. Contrato por tempo determinado. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (Súmula nº 244, III, do T.S.T.) – (RO 0000228-41.2012.5.01.0053, TRT 1ª Região, Quarta Turma, Des. Rel. Alvaro Luiz Carvalho Moreira, publicação 18/02/2013)

GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. Nos exatos termos do inciso III da Súmula nº 244 do C. TST, recentemente alterado pela Resolução nº 185/2012 de 14.09.2012, tratando-se de contrato de trabalho a prazo determinado, a trabalhadora gestante tem direito à garantia provisória no emprego como previsto na alínea -b- do inciso II do artigo 10 do ADCT da Constituição da República. Recurso a que se nega provimento. (RO 00001240-16.2011.5.01.0283, TRT 1ª Região, Terceira Turma, Des. Rel. Marcos Palacios, publicação 05/03/2013)

Todavia, ainda que aparentemente minoritariamente, alguns juristas continuam defendendo a incompatibilidade existente entre os institutos, seja por meio de decisões judiciais, seja por doutrina:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. No contrato de experiência não há falar em estabilidade provisória, porquanto incompatível tal instituto com a determinação de prazo. A regra prevista na letra “b”

do inciso II do art. 10 do ADCT não se aplica aos contratos a prazo determinado. Sentença de improcedência que se confirma. (TRT da 4ª Região, 10a. Turma, 0000507-34.2011.5.04.0811 RO, em 17/01/2013, Desembargador Emílio Papa-léo Zin - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Wilson Carva-lho Dias, Juiz Convocado Fernando Luiz de Moura Cassal).

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DE-TERMINADO. O reconhecimento da estabilidade no contrato por tempo de-terminado, ressalvada a ocorrência de fraude, o que não é o caso dos autos, desnatura e torna sem sentido tal contrato especial, que tem como característica básica o fato de encerrar, em si mesmo, um prazo que faz com que a relação de emprego existente termine no tempo indicado no contrato. Recurso a que se dá provimento. – (RO 0001400-30.2012.5.01.0049, 9ª Turma, Des. Rel. Claudio de Souza Gomes Freire, publicação 11/07/2013)

Nos contratos de trabalho por tempo determinado, o empregador não terá de ob-servar a garantia de emprego, mesmo que, por exemplo, a empregada fique grávi-da no curso do pacto laboral, pois as partes sabiam desde o início que o contrato de trabalho terminaria no último dia acordado. Nesse dia, o pacto laboral estará encerrado. O TST entende de forma contrária (S. 244, III). – MARTINS, Sergio Pinto – Direito do Trabalho, 30ª edição – 2014, Editora Atlas, fls. 124⁴ - grifo nosso

Tanto o empregador como o empregado sabiam desde o primeiro dia do pacto quando este terminaria. Assim, o empregador não está impedindo o empregado de trabalhar, nem violando da lei, apenas há a cessação do contrato de trabalho no último acordado⁵

Esse último entendimento, qual seja, pela incompatibilidade dos institutos ora analisados, guarda um viés mais técnico. Ora, chegado o último dia do contrato de trabalho por prazo determinado, seria no mínimo estranho se falar em prorrogação do contrato por mais um ano em razão de estabilidade da gestante, por exemplo, pois as partes tinham ciência prévia do início e fim do contrato. Assim, ocorrerá a rescisão do contrato, ou seja, nada além do cum-primento do que foi contratado e acordado entre as partes, não havendo que se falar em im-pedimento ou dificuldade por parte do empregador, nem tampouco desrespeito à legislação.

4 MARTINS, Sergio Pinto – Direito do Trabalho, 30ª edição – 2014, Editora Atlas, fls. 124

5 MARTINS, Sergio Pinto – Direito do Trabalho, 30ª edição – 2014, Editora Atlas, fls. 124

10.4 DA INCONGRUÊNCIA DO ARTIGO 10º, II, b DO ADCT COM A SÚMULA 244 DO TST

Um outro ponto, até o momento parece não ter tido a análise e crítica necessária, vejamos:

O artigo constitucional prevê a vedação da **dispensa** arbitrária ou sem justa causa.

Conforme já demonstrado pelas jurisprudências anteriores à alteração da súmula 244 do TST, era pacífico que o término do contrato por prazo determinado não configurava dispensa arbitrária ou sem justa causa.

O presente trabalho ousa ir além. O término do contrato por prazo determinado, não só não representa dispensa sem justa causa ou arbitrária, como sequer representa dispensa.

Ora a dispensa é proveniente da uma ação em que uma das partes desobriga a outra de permanecer o cumprimento de determinada obrigação.

O significado da palavra constante no dicionário Michaelis ajuda a elucidar:

dispensa

dis.pen.sa

sf (de dispensar) 1 Ato de dispensar ou de ser desobrigado. 2 Licença para não fazer alguma coisa a que se estava obrigado: Pedir dispensa da revista, no quartel. 3 Autorização que isenta do cumprimento de um preceito legal. 4 Requerimento ou ato em que se pede dispensa. 5 Documento ou ato em que se concede dispensa.⁶

Ora, conforme já exaustivamente exposto no presente trabalho, bem como no texto legal, na doutrina aplicável e na jurisprudência que abarca o assunto, as partes, quando da pactuação do contrato a termo, já têm conhecimento da data final.

A existência do contrato está condicionada àquele período estabelecido entre as partes, assim, alcançada a data final, não há qualquer dispensa naquela relação, mas sim o encerramento natural dela.

⁶ <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=dispensa>

Atenta-se que a súmula 244 faz expressa menção em seu inciso III que o benefício tratado é exatamente aquele previsto no artigo 10 do ADCT.

O artigo constitucional veda a **dispensa do contrato e não a rescisão ou encerramento daquele**. Dessa forma inaplicável a garantia de emprego da gestante em contratos por caso determinado, vez que a aplicação da referida súmula vem extrapolando o que prevê a sua origem legal, ou seja, o artigo constitucional, base do entendimento por ela defendido.

Feita essa observação fica claro o quanto alterações como a sofrida pela súmula 244 pode representar insegurança jurídica, princípio esse, um dos mais importantes em um estado democrático de direito.

10.5 CONFRONTO ENTRE O INCISO III DA SÚMULA COM A LEI FEDERAL 9.601/98

Não bastassem as razões já expostas, a aplicação da Súmula 244 do TST afronta a Lei 9.601/98 que dispõe sobre o contrato por prazo determinado.

A referida lei autoriza a instituição de contratos de trabalho por prazo determinado, além daquelas hipóteses previstas no artigo 443 da CLT desde que previstas em Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho.

Logo no artigo 1º, quase como boas vindas, o texto legal no parágrafo 4º garante a estabilidade provisória da gestante durante a vigência do contrato por prazo determinado:

“§4º São garantidas as estabilidades provisórias da gestante, do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para o cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.”

O texto legal é objetivo e claro ao prever a concessão do benefício da estabilidade provisória da gestante, enquanto viger o contrato a termo, ou seja, a lei federal é restritiva ao conceder a garantia provisória de emprego até o término do período pactuado entre as partes.

Não obstante a expressa previsão legal, a súmula 244 do TST tem sido aplicada, mais uma vez, de maneira mais abrangente do que prevê o texto legal.

10.6 CONCLUSÃO

Após análise dos pontos trazidos à baila no presente trabalho, quais sejam: a análise do objetivo jurídico e social dos contratos por prazo determinado, a fundamentação legal, a evolução do entendimento jurisprudencial, conflito legal e a insegurança jurídica com base em interpretações equivocadas por parte dos tribunais, conclui-se pela inaplicabilidade do atual entendimento.

Essa conclusão não ocorre por uma razão, mas por várias, o que resulta em prejuízo social maior do que o benefício por ela pretendido.

Façamos aqui verificação analítica para que seja possível um exame isolado dessas razões.

Conforme exposto no início deste trabalho, o contrato por prazo determinado é responsável por sustentar necessidades da sociedade, seja do ponto de vista do empregado, seja do ponto de vista do empregador e tem sido assim graças ao respeito que vinha ocorrido até então.

A mudança desse entendimento pode, em médio e longo prazo, resultar na alteração do comportamento do empregador, alteração essa, inclusive de cunho discriminatório senão, veja-se: o empregador precisará contratar mão de obra extra em sua linha de produção em determinado período. Considerando que esse aumento na demanda possui prazo de validade, por que ele (empregador) contrataria mulheres assumindo o risco de ser obrigado a arcar com a manutenção do contrato de trabalho caso ela venha e engravidar no período inicialmente contratado?

Outro ponto se refere à segurança jurídica, ou a falta dela com entendimentos como esse. A jurisprudência e a doutrina eram pacíficas quando afirmavam que o benefício da garantia de emprego não era aplicado à gestante quando vigia o contrato por prazo determinado, pois não se enquadrava em dispensa sem justa causa ou arbitrária.

Esse entendimento que, aliás, ignora outras previsões legais, como o artigo 443 da CLT e a Lei 9.601/98. O primeiro prevê a dependência do contrato quanto ao período previsto entre

as partes e a segunda estabelece a garantia de emprego até o término da vigência do contrato a termo.

Necessária a observância quanto ao texto legal e ao o que ele realmente prevê. Ficou claro que o artigo constitucional proíbe a dispensa e não encerramento contratual, pois se assim o fosse, a redação não mencionaria “dispensa”.

Ademais nessa oportunidade aproveita-se, inclusive, para um breve alerta sobre a atuação dos tribunais que muitas vezes insistem em legislar, sem que tenham legitimidade para tanto. Esse mesmo ponto foi bem alarmado pelo professor José Pastore:

Mas súmula não é lei, pois não é discutida e aprovada pelo Poder Legislativo. Ao contrário é uma deliberação isolada dos ministros do TST, da qual as partes não participam – nem sequer são ouvidas. A despeito disso as súmulas disso as súmulas se tornam ainda mais fortes do que as próprias leis. Sim, porque toda lei pode ser questionada no Judiciário quanto à sua legalidade ou constitucionalidade.⁷

Feitas as observações acima fica claro o quanto as alterações como a sofrida pela súmula 244 pode representar insegurança jurídica, princípio esse, um dos mais importantes em um Estado democrático de direito.

O instituto da estabilidade no emprego é incompatível com o contrato por tempo determinado, por todas as razões expostas.

A fundamentação central para a defesa da aplicação da segurança de emprego é o direito à vida e a dignidade, o que não sequer entramos em discussão sobre o valor desses bens. Todavia deve prevalecer o direito e a segurança jurídica, que tanto se repete, pois é a pedra fundamental da democracia.

Sendo assim, se a intenção do estado é garantir esse direito à mulher que seja feito por vias próprias e por que não estudando formas alternativas para o empregador não seja único a arcar com o custeio dessa concessão.

⁷ PASTORE, José – A dimensão econômica das decisões judiciais - 2014

10.7 BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho - 13. ed – São Paulo: LTr, 2014

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho, 30. ed – São Paulo – Editora Atlas - 2014

PASTORE, José. A dimensão econômica das decisões judiciais – 2014. Disponível em: <http://www.relacoesdotrabalho.com.br/profiles/blogs/no-correio-braziliense-a-dimensao-economica-das-decisoes-judiciais>

Sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – www.trt3.jus.br

Sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – www.trt1.jus.br

Sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – www.trt4.jus.br

Sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho – www.tst.gov.br

Sítio eletrônico do Palácio do Planalto:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19601.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Sítio eletrônico do Dicionário Michaelis – www.michaelis.uol.com.br

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**11 – A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA
DO SESI E DO SENAI**

ELISA LEÃO DE ANDRADE
DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS GERAIS

11.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar a imunidade tributária a que fazem jus os Serviços Sociais Autônomos, em especial, o Serviço Social da Indústria - SESI e o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, nos termos do art. 150, VI, “c” da Constituição Federal de 1988.

Essa escolha decorre do fato de que, frequentemente, essas entidades deparam-se com exigências tributárias ou executivos fiscais por parte de órgãos municipais, estaduais e federais.

Para ilustrar a situação, recentemente, na cidade de Patos de Minas/MG, a Fazenda Pública Municipal indeferiu, administrativamente, o pedido de imunidade efetuado pelo SESI relativamente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, sob o fundamento de que se trata de instituição privada. Em Betim/MG, no início de 2014, foi ajuizada ação de execução fiscal pelo Município, para cobrança do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU do imóvel da entidade.

Percebe-se, muitas vezes, a ausência de conhecimento acerca da natureza jurídica destas entidades, o que gera a cobrança de determinados tributos.

Destaque-se que nem a Constituição Federal de 1988, nem o Código Tributário Nacional incluem, expressamente, os Serviços Sociais Autônomos no rol de instituições que gozam de tal benefício constitucional.

Assim, é comum o ingresso de ações judiciais para o reconhecimento da imunidade tributária do SESI e do SENAI, quanto ao seu patrimônio, à sua renda e aos serviços prestados.

Pretende-se aqui demonstrar que, mesmo diante da ausência de expressa previsão legal na CF/88 e no CTN, existem dispositivos legais que garantem tal benefício, sendo que tanto a doutrina, como a jurisprudência têm se mostrado pacíficas, com vistas à imunidade tributária dos Serviços Sociais Autônomos.

Para tanto, será abordado o conceito de imunidade tributária, assim como seu fundamento constitucional. Também serão analisados a natureza jurídica do SESI e do SENAI, a legislação infraconstitucional, a extensão dos tributos contemplados pela imunidade, assim como entendimentos jurisprudenciais.

Não se pretende esgotar o tema, mas, sim, fomentar a discussão, para fins de que a imunidade tributária de tais entidades seja amplamente reconhecida, em todas as unidades da federação.

11.2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E SEU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A imunidade tributária pode ser definida como limitação ao poder de tributar, contida no texto da Constituição Federal de 1988, que estabelece, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos.

Segundo o Professor Paulo de Barros Carvalho, imunidade tributária é:

“A classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas¹”.

Entenda-se que a imunidade tributária ocorre quando o legislador constituinte veda a criação e a cobrança de tributos sobre determinadas situações ou sobre determinados sujeitos.

É preciso cautela para não se confundir imunidade tributária com isenção fiscal. Na imunidade tributária, não há ocorrência do fato gerador, enquanto na isenção, a obrigação tributária existe, mas o pagamento do tributo é dispensado pelo legislador. Salienta-se que a imunidade é matéria constitucional, enquanto a isenção é regra infraconstitucional.

Conforme será demonstrado no presente trabalho, tal distinção se faz importante na medida em que o legislador, ao criar o SENAI, utilizou o termo “isenção”, quando na verdade pretendeu tratar de “imunidade”. O mesmo ocorreu por ocasião da criação do Serviço Social Rural. Em ambos os casos, deve-se fazer uma interpretação teleológica da legislação infraconstitucional e da Constituição Federal de 1988, considerando as finalidades institucionais de tais entidades e a forma pela qual foram criadas.

A redação contida no art. 150 da CF/88 veda a tributação do patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos, dos templos, dos partidos políticos, sindicatos dos trabalhadores e entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos, desde que atendidos os requisitos em lei.

Percebe-se que a intenção do legislador, ao criar a imunidade tributária, foi resguardar valo-

1 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed. Saraiva, 2005, p. 185

res e garantir deveres próprios do Estado, além de garantir o equilíbrio federativo, a educação, a liberdade política, religiosa, de associação, do livre pensamento e de expressão. Nesse sentido, Ives Gandra da Silva Martins ensina que:

“As imunidades foram criadas estribadas em considerações extrajurídicas, atendendo à orientação do Poder Constituinte em função das ideias políticas vigentes, preservando determinados valores políticos, religiosos, educacionais, sociais, culturais e econômicos, todos eles fundamentais à sociedade brasileira. Dessa forma, assegura-se, retirando das mãos do legislador infraconstitucional, a possibilidade de, por meio da exação imposta, atingi-los².”

Tratam-se, portanto, de garantias constitucionais que traduzem o estado democrático de direito, estimulando os setores que atuam ao lado do Estado.

Constata-se ainda que, relativamente às entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos, o mencionado art. 150 expressamente prevê a necessidade de atendimento aos requisitos preenchidos em lei. Além disso, estabelece que a imunidade deve contemplar apenas o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Conforme será demonstrado no presente trabalho, tanto o SESI, como o SENAI preenchem os requisitos previstos no Código Tributário Nacional, atendendo assim ao disposto no art. 150, IV, “c” da Constituição Federal de 1988.

11.3 A NATUREZA JURÍDICA DO SESI E DO SENAI

O Serviço Social da Indústria – SESI, criado pela Confederação Nacional da Indústria consoante o Decreto-Lei n.º 9.403/1946, tem por escopo *“estudar, planejar e executar medidas que contribuem diretamente para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, bem assim para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes”*.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, criado pelo Decreto-Lei nº 4.048/1942, é uma instituição educacional que organiza e administra, em todo o País, escolas

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*, Belém: CESUP, 1995

de aprendizagem para industriários.

Tanto o SESI, como o SENAI constituem os Serviços Sociais Autônomos e integram o denominado Sistema S, merecendo destaque as lições de Diógenes Gasparini:

“Essas entidades, entes privados de cooperação da Administração Pública, sem fins lucrativos, genericamente denominadas Serviços Sociais Autônomos, foram criadas mediante autorização legislativa federal, mas não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública Federal direta ou indireta, ainda que dela recebam reconhecimento e amparo financeiro. Exercem, isto sim, atividades privadas de interesse público. São dotadas de patrimônio e administração próprios. Não se subordinam à Administração Pública Federal, apenas se vinculam ao Ministério cuja atividade, por natureza, mais se aproxima das que desempenham, para controle finalístico e prestação de contas. São associações, sociedades civis ou fundações criadas segundo o modelo ditado pelo Direito Privado, mas delas distinguem-se pelo poder de exigirem contribuições de certos obrigados (industriais e comerciantes), instituídas por lei conforme o previsto no art. 149 da Lei Magna³.

Como se pode inferir do excerto acima e da legislação mencionada, os serviços sociais autônomos são instituídos por lei, possuem personalidade de direito privado e não têm fins lucrativos. São paraestatais, atuam ao lado do Estado, oferecendo serviços de interesse coletivo e social. Recebem contribuições parafiscais e devem aplicar a integralidade de seus recursos no custeio e manutenção de suas finalidades institucionais. Por tal motivo, estão sujeitas a algumas normas públicas como, por exemplo, o dever de licitar e de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

Acerca da relevância dos serviços prestados, Thiago Bueno de Oliveira ensina que:

“Em apertada síntese, podemos afirmar que os serviços sociais autônomos (concepção antiga) já tiveram sua justificação fundada no dever assistencial genérico do Estado. Hoje, em sua faceta moderna (como entidades de colaboração governamental), mais do que uma atividade meramente educacional e assistencial, elas se justificam como atividades de fomento público, em que o Estado tenta promover e desenvolver uma plena aptidão técnica, física ou mental do homem

³ GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, pág. 404.

para progredir no trabalho.

A lógica está na efetivação dos direitos econômicos e sociais, que ganham evidência e reforço pela instauração de um processo hermenêutico legitimado pelos princípios e pelos direitos fundamentais, voltados à sua própria concretização. Com isto, resguardam-se os valores juridicizados no texto constitucional, que consubstanciam o aspecto teleológico do Estado Democrático de Direito, e que se confundem com a realização da própria Constituição.

(...)

Nestes termos, os entes de colaboração governamental impactam sobremaneira na busca do pleno emprego, na medida em que maximizam, por meio de ações concretas estabelecidas em seus objetivos institucionais, as oportunidades de emprego produtivo, seja por meio do comércio, indústria, cooperativismo, micro e pequenas empresas, transporte, agricultura e exportação, visando à justiça social e ao desenvolvimento nacional.

Com efeito, verifica-se que as ações das entidades de colaboração governamental revestem-se, indubitavelmente, de elevados objetivos de ordem pública, podendo ser qualificadas como sendo benemerentes e de assistência social, na medida em que materializam a consecução do ideário consagrado no art. 203, inciso III, da Constituição Federal, ou seja, a promoção da integração ao mercado de trabalho⁴.

Desde sua criação, o SENAI formou 55 milhões de profissionais. Atualmente conta com 809 unidades móveis e fixas espalhadas pelo País que recebem cerca de 2,5 milhões de matrículas em cerca de 3 mil cursos que preparam trabalhadores para 28 áreas industriais. Os cursos oferecidos contemplam aprendizagem industrial, ensino técnico de nível médio, formação superior e pós-graduação⁵.

O Sesi possui 1.304 unidades espalhadas pelo Brasil e oferece educação básica, educação de jovens e adultos, educação continuada e acompanhamento pedagógico para trabalhadores da indústria e seus dependentes⁶.

4 OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Os serviços sociais autônomos e a vedação ao retrocesso social. Revista JML de Licitações e Contratos n.º. 25, dezembro de 2012, Seção Coluna Jurídica do Sistema S, p. 45

5 <http://www.portaldaindustria.com.br/senai/institucional/2012/03/1,1773/o-que-e-o-senai.html>

6 <http://www.portaldaindustria.com.br/sesi/institucional/2012/03/1,1789/o-que-e-o-sesi.html>

Desta forma, considerando que a imunidade tributária foi criada para preservar valores e direitos, tais como a educação e o trabalho, percebe-se que, tanto o SESI como o SENAI, ao exercerem suas atividades institucionais, promovem o desenvolvimento e a integridade da pessoa, o exercício da cidadania e o acesso ao mercado de trabalho.

Ocorre que, para que a imunidade seja reconhecida, é necessário verificar também o atendimento aos requisitos previstos em lei (Código Tributário Nacional).

11.4 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Conforme determina o art. 150, inciso VI, alínea “c”, da CF/88, as entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos devem atender às condições previstas em lei, para que a imunidade tributária seja reconhecida.

Nesse sentido, o art. 14 do Código Tributário Nacional estabelece que tais entidades devam observar os seguintes requisitos: (i) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; (ii) aplicar integralmente, no País, seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais; (iii) manter escrituração completa de suas receitas e despesas, em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão.

Ora, da leitura do art. 38 do Decreto 57.375/65 e do art. 34 do Decreto 494/1962, é possível observar que os membros do Conselho Nacional do SESI e do SENAI reúnem-se periodicamente, para deliberação de assuntos das entidades e atuam e/ou representam órgãos ou setores distintos.

Verifica-se, também, que os citados decretos não preveem remuneração para os membros do Conselho Nacional. Assim, é possível afirmar que os conselheiros das entidades exercem suas funções em caráter honorífico, sem direito à contraprestação, sendo as mesmas consideradas como relevantes serviços prestados à indústria e à sociedade.

Constata-se que a remuneração de empregados não retira a condição de entidade imune, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. ENTIDADE PARAESTATAL. SENAI. IMPORTAÇÃO DE IMPRESSORA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ENTIDADE

EDUCACIONAL E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. CONFIGURAÇÃO. REMUNERAÇÃO DE SEUS DIRIGENTES. IRRELEVÂNCIA. DIRETOR-EMPREGADO QUE APENAS CUMPRE ORDENS EMANADAS DO CONSELHO REGIONAL CUJOS MEMBROS NÃO SÃO REMUNERADOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. No presente caso, por força da importação de uma impressora offset, o SENAI foi autuado pela Receita Federal, em razão do não recolhimento do imposto de importação, da COFINS-importação e do PIS/PASEP-importação sobre a operação.

2. Ocorre que a jurisprudência dos Tribunais do País já firmou orientação no sentido de atestar a condição do SENAI como entidade educacional e de assistência social, o que, inclusive, encontra-se previsto nos arts. 11 e 12 da Lei 2.613/55.

3. Da análise do Decreto 494/62 que aprovou o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, verifica-se que o Diretor do SENAI, trata-se, na verdade, de um diretor-empregado, eis que apenas cumpre ordens emanadas do Conselho Regional, seguindo as diretrizes do Conselho Nacional, sendo que para os membros dos Conselhos não há previsão de remuneração.

4. Assim, o fato de o SENAI remunerar seus diretores-empregados (fls. 175/178) não desvirtua a sua natureza de entidade imune. É esse o entendimento da própria União, exarada através do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF: Processo 13851.001325/2002-19, recurso 134383, Sessão de: 15 de outubro de 2002, Acórdão: 107.0734

5. Apelação a que se nega provimento (TRF 5 APELAÇÃO CÍVEL 556.403-CE (0008226-79.2011.4.05.8100) - Relator Manoel Oliveira Erhardt DJU 09/05/2013) (grifo nosso)

Destaque-se que em todos os relatórios de gestão do SESI/DRMG e SENAI/DRMG, é enfaticamente esclarecido que nenhum tipo de remuneração ou benefício é concedido aos seus conselheiros.

Relativamente à aplicação de recursos, não há dúvidas de que tanto o SESI, como o SENAI

devem destiná-la ao custeio e manutenção de suas finalidades institucionais.

Os Decretos-Lei n.º 9.403/46 e n.º 4.048/1942 e os Decretos n.º. 57.375/65 e n.º. 494/1962 são claros nesse sentido, sendo que a essência dos Serviços Sociais Autônomos é a aplicação integral de seus recursos na consecução de seus objetivos fixados em lei.

Sobre o tema, não é outro o entendimento do Tribunal de Contas da União, como se vê:

“No âmbito das entidades paraestatais, o TCU exerce o controle sobre as despesas da espécie considerando principalmente os princípios que resguardam o interesse público. É que, em função da autonomia concedida a tais organizações pelo regime jurídico a que estão submetidas, não se tem aí norma de caráter geral que discipline a matéria em seus vários aspectos, diferentemente do que ocorre na Administração Direta, Autárquica e Fundacional. O que se exige dos Administradores é que suas normas internas previnam contra o desrespeito a tais princípios e tenham sempre em vista os objetivos sociais da entidade” (Decisão n.º 117/1997, da 1ª Câmara, de 13/5/1997) (grifo nosso)

Acerca da necessidade de manter escrituração completa, é fundamental consignar que nos termos do art. 9, §1º do CTN, o reconhecimento da imunidade não retira a condição de responsáveis pelos tributos que lhes caibam reter na fonte, e não dispensa da prática de atos, previstos em lei, assecuratórios do cumprimento de obrigações tributárias.

Ou seja, a imunidade não exclui do contribuinte a necessidade de apresentar declarações, nem dispensa o cumprimento de obrigações acessórias, de forma que tais entidades são obrigadas a manter escrituração completa.

Desta forma, conclui-se que o SESI e o SENAI atendem aos requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN, fazendo jus, portanto, à imunidade tributária.

Nesse contexto, é importante esclarecer o equívoco incorrido pelo legislador, por ocasião da criação de tais entidades. Isso porque o art. 7º do Decreto-Lei n.º 4.048/1942, o art. 9º do Decreto 494/1962, o art. 12º, parágrafo único do Decreto 57.375/1965 e os arts. 12 e 13 da Lei 2.613/1955 tratam de isenção fiscal, não fazendo qualquer menção à imunidade.

Embora tenha o legislador utilizado o termo “isenção”, é possível constatar, através de uma interpretação teleológica, que estamos diante de “imunidade tributária”, na medida em que o

benefício foi concedido em razão do reconhecimento do Estado da relevância e do interesse do serviço que é prestado, adicionado ao fato de que tais entidades obedecem aos requisitos previstos no Código Tributário Nacional.

A inadequada denominação do instituto (“isenção”, ao invés de “imunidade”) não afeta sua natureza jurídica. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, reconhecendo “*a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965*” (STF - RE 22.192-9, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/11/1995).

Salienta-se ainda que a Lei Federal nº 9.532/1997 também elencou, em seu artigo 12, requisitos que devem ser cumpridos pelas instituições de educação ou de assistência social, para fins do reconhecimento da imunidade prevista na alínea “c” do inciso VI do artigo 150 da Carta Magna.

Entretanto, o citado texto legal é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1802, sendo que o Supremo Tribunal Federal suspendeu a vigência do § 1º e da alínea “f” do § 2º, ambos do art. 12, do art. 13, caput e do art. 14 até a decisão final.

Não obstante, verifica-se que os requisitos previstos no art. 12 da Lei nº 9.532/1997 possuem relação direta com as condições previstas no art. 14 do CTN, as quais, conforme demonstrado acima, são observadas tanto pelo SESI, como pelo SENAI.

Contudo, é necessário verificar ainda quais os tributos estariam compreendidos na imunidade constitucionalmente prevista.

11.5 OS TRIBUTOS CONTEMPLADOS PELA IMUNIDADE E ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Embora exista, na doutrina, discussão acerca da interpretação da norma, para que a imunidade alcance outras espécies tributárias, o entendimento majoritário constitui-se no sentido de que apenas os impostos são contemplados por tal benefício fiscal. Por tal motivo, esta análise será restrita a tais tributos.

O § 4º do artigo 150 da Constituição Federal ressalva que, para fins de reconhecimento da

imunidade, o patrimônio, renda e serviços devem estar relacionados com as finalidades essenciais das entidades.

Conforme esclarecido no capítulo anterior, por expressa determinação legal, os recursos do SESI e do SENAI devem ser aplicados integralmente no custeio e manutenção de seus objetivos institucionais.

Desta forma, é fácil identificar os tributos incidentes sobre o patrimônio (IPTU, IPVA, ITCMD), renda (IRPJ e IOF) e serviços (ISSQN), de forma que não deveria haver dificuldade no reconhecimento da imunidade tributária.

Sobre o tema, merece destaque o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. INEXIGIBILIDADE. SESI. IMUNIDADE. LEI Nº 9.532/97. APLICAÇÕES NO MERCADO FINANCEIRO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.

1. A impetrante atende aos requisitos do artigo 55 da Lei nº 8.212/91, uma vez que não distribuem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título (I); aplicam integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais (II); bem como mantêm a escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão (III), fazendo jus, portanto, à imunidade do Imposto de Renda, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea c, da Constituição. A simples leitura do artigo 54, da cópia de seu Regulamento, revela que “nenhum recurso do SESI, quer na administração nacional, quer nas administrações regionais, será aplicado, seja qual for o título, senão em prol das finalidades da instituição, de seus beneficiários, ou de seus servidores”.

2. O fim institucional a que se presta a impetrante não fica afetado pela obtenção de recursos econômicos financeiros positivos, o que não se confunde com o fim lucrativo de distribuição de dividendos ou bonificações. Não tem procedência a suposição que a imunidade em causa (Carta Magna, art. 150, VI, c) não se estenderia às aplicações financeiras, porquanto somente compreenderia o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades de assistência social e de assistência educacional (Carta Magna, art. 150, § 4º), uma vez que, como reiteradamente afirmado pelo STF, a aplicação de

recursos no mercado financeiro não significa atuação fora do previsto no ato de sua constituição.

3. Neste sentido, assim votou o eminente Ministro GILMAR MENDES (AGR-G-RE 219.477-1/CE): “Esta Corte tem reconhecido a imunidade do art. 150, VI, c, da Constituição Federal, por considerar que a aplicação de recursos não significa atuação fora do previsto no ato de sua constituição. Nesse sentido: AgRg no RE 232.080/PR, 2ª Turma, rel. Ministro Nelson Jobim, DJ de 31.10.01; Emb. Decl. em AgRg em RE 183.216/RJ, 2ª Turma, rel. Ministro Março Aurélio, DJ de 2.6.00 e RE 241.090/SP, 1ª Turma, rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 26.2.02.”

4. *Apelação e remessa oficial não providas. 5. Peças liberadas pelo Relator, em 11/03/2008, para publicação do acórdão.*(TRF1 AMS 2000.01.00.040757-6/MG, Rel. Juiz Federal Rafael Paulo Soares Pinto, Sétima Turma, e-DJF1 p.358 de 07/11/2008) (grifo nosso)

Entretanto, ainda é grande a discussão da imunidade relativamente aos tributos relacionados ao comércio exterior (Imposto de Importação e Imposto de Exportação), além do ICMS e IPI, tributos incidentes sobre a mercadoria em circulação e o produto industrializado.

Como sabido, tais tributos são repassados ao consumidor final do produto, sendo que o SESI e o SENAI, inexoravelmente, arcam com o ônus decorrente dos impostos em questão, na aquisição de mercadorias destinadas à consecução de seus objetivos institucionais.

Nesse contexto, é importante evidenciar que a abordagem interpretativa jurisprudencial ampliou os conceitos de patrimônio, renda e serviços, no sentido de que não há que se distinguir bens de patrimônio para efeitos de restrição da imunidade.

Destaca-se que o Supremo Tribunal Federal firmou a aceção de que se o bem adquirido integrar o patrimônio protegido pela imunidade, passa a ser contemplado por tal benefício:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS. C.F., art. 150, VI, “c”. I. - Não há invocar, para o fim de ser restringida a aplicação da imunidade, critérios de classificação dos impostos adotados por normas infraconstitucionais, mesmo porque não é adequado distinguir entre bens e patrimônio, dado que este se constitui do conjunto daqueles. O que cumpre perquirir, portanto, é se o bem adquirido, no mercado interno ou externo, integra o patrimônio da entidade

abrangida pela imunidade. II. - Precedentes do STF. III. - R.E. não conhecido. (STF, RE nº 203755-9, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, 17.09.1996, DJU 23.10.1998) (grifo nosso)

Transcrevam-se excertos do voto proferido pelo Ministro Carlos Mário Velloso:

“Como o ICMS, tal qual o IPI e o IOF, são classificados, no CTN, como impostos sobre a produção e a circulação (CTN, Título III, Capítulo IV, arts. 46 e segs.), costuma-se afirmar que não estão eles abrangidos pela imunidade do art. 150, IV, ‘c’, da Constituição.

A objeção, entretanto, não é procedente.

É que tudo reside no perquirir se o bem adquirido, no comércio interno ou externo, é do patrimônio da entidade coberta pela imunidade. Se isto ocorrer, a imunidade tributária tem aplicação, às inteiras.

Assim decidiu o Supremo Tribunal no RE 87.913-SP, relator o Sr. Ministro Rodrigues Alckmin, ao não acolher a tese sustentada pela União, de que a imunidade em apreço não abrangeria o imposto de importação. O Supremo Tribunal Federal reconheceu, então, à Santa Casa de Misericórdia de Birigui, a imunidade do imposto de bem por esta importado. Assim a ementa do acórdão:

Imposto de importação. Bem pertencente ao patrimônio da entidade de assistência social, beneficiada pela imunidade prevista na Constituição Federal. Não incidência do tributo. RE não conhecido”.(grifo nosso)

Neste mesmo sentido, verificam-se os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - ART. 150, VI, “C” DA CF - SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL. SENAC E SENAC - ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL SEM FINS LUCRATIVOS - IPI - ISENÇÃO.

1. A norma de imunidade contida no artigo 150, inciso VI, “c” da Car-

ta Magna reflete limitação constitucional ao poder que tem o Estado de instituir impostos “sobre o patrimônio, a 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.” Destina-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que têm sua competência delimitada para criar e exigir impostos das entidades citadas.

2. A instituição de assistência educacional goza de imunidade tributária, em conformidade com o texto da Constituição Federal, art. 150, VI alínea “c, quando atende aos requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional, nos incisos I a III.

3. Nessa perspectiva, a jurisprudência dominante é no sentido de que “a imunidade (constitucional) das instituições de educação e de assistência social (além de outras), restrita a impostos, necessita de comprovação do atendimento dos requisitos legais. A imunidade de entidade do sistema “S” possui previsão expressa na Lei n . 2.613, de 23 SET 1955: “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)”. (AGTAG 2008.01.00.026673-1/PI, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma,e-DJF1 p.349 de 14/11/2008).

4. De outra parte, a Corte Suprema já pacificou o entendimento de que, em relação aos impostos, deve ser interpretada amplamente a imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, “c”, da Constituição Federal, admitindo a não incidência de tributos como o IPI e o Imposto de Importação sobre mercadorias adquiridas por entidade de assistência social, que se destinam à consecução de seus fins institucionais. (RE 243807/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/04/2000) (grifo nosso)

5. Presentes os requisitos autorizativos da liminar/ tutela antecipada. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário pertinente (CTN, art. 151).

6. Agravo regimental não provido. (TRF 1ª Região, AGA nº 0002200-29.2011.4.01.0000/DF, 7ª Turma, Relator Desembargador Federal Reynaldo

Fonseca, 15.08.2011, eDJF1 26.08.2011 p. 305)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. INTEGRAÇÃO AO ATIVO FIXO. SENAI. SISTEMA S. ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. DESTINAÇÃO DA MERCADORIA. 1. A concessão da medida liminar em mandado de segurança exige relevante fundamento de direito e prova do risco de ineficácia da medida. Art. 7º, III, da Lei n.º 12.016/09. 2. A imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea c, alcança a operação de ICMS relativa à importação de mercadoria destinada a integrar o ativo fixo de entidade integrante do sistema S sem fins lucrativos. Precedentes do STF. (TJ-R, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Data de Julgamento: 08/07/2011, Vigésima Segunda Câmara Cível) (grifo nosso)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PIS - IMPORTAÇÃO. COFINS - IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO DAS IMPORTAÇÕES FEITAS PELO SENAI. VIGÊNCIA DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI N. 2.613/55. 1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 2. As importações feitas pelo SENAI gozam da isenção prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55. 3. Irrelevante a classificação do SENAI como entidade beneficente de assistência social ou não, pois sua isenção decorre diretamente da lei (arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55) e não daquela condição que se refere à imunidade constitucional (art. 195, § 7º, da CF/88). O raciocínio também exclui a relevância de se verificar o cumprimento dos requisitos do art. 55, da Lei n. 8.212/91 (agora dos arts. 1º, 2º, 18, 19, 29 da Lei n. 12.101/2009), notadamente, a existência de remuneração ou não de seus dirigentes. 4. Recurso especial não provido. (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA) (grifo nosso)

Destaca-se que, apesar do fato de que alguns departamentos regionais já tenham ingressado com ações judiciais objetivando o reconhecimento da imunidade tributária na aquisição de determinado produto (e tenham obtido êxito), verifica-se que se trata de casos isolados, sendo necessário adotar uma posição mais sólida sobre o tema, para fins de que periodicamente, sejam contabilizadas as aquisições das entidades, com vistas ao reconhecimento da imunidade tributária.

E mais, é certo que o reconhecimento da imunidade, na aquisição de equipamentos e produtos, seguramente representaria grande economia às entidades, considerando-se que é notória a elevada carga tributária em nosso País.

11.6 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, não restam dúvidas de que o SESI e o SENAI constituem-se entidades imunes, uma vez que cumprem os requisitos estabelecidos no art. 14 do CTN, já que não remuneram os membros de seus Conselhos Nacionais, aplicam seus recursos integralmente na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais e mantêm escrituração completa de suas receitas e despesas, em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão.

Ademais, é notório o reconhecimento e a relevância dos serviços prestados como forma de desenvolvimento e integridade da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para mercado de trabalho.

Salienta-se que o conceito de patrimônio, renda e serviços deve ser interpretado de forma ampla, não se fazendo distinção entre bens e patrimônio para efeitos de reconhecimento da imunidade.

Desta forma, tributos incidentes sobre a circulação e industrialização de mercadorias e produtos deixariam de onerar as aquisições do SESI e do SENAI, o que implicaria em grande economia às entidades, já que é evidente a elevada carga tributária brasileira.

Isso posto, considerando as finalidades institucionais das entidades, a forma pela qual foram criadas e o objetivo do legislador, ao criar tal benefício, é indispensável a mobilização do SESI e do SENAI, para que, efetivamente, adotem medidas que assegurem o reconhecimento da imunidade tributária, em relação ao seu patrimônio, renda e serviços, em todos os entes da federação, nos termos do 150, VI, “c” da Constituição Federal de 1988.

11.7 BIBLIOGRAFIA

ALVES, João Roberto Moreira. Imunidade tributária das instituições de educação. São Paulo: Edicon, 1981. 67 p.

ANDRADE, Valéria Brites. Imunidade Tributária das Entidades do Sistema “S” http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1474/Artigo_VALERIA%20BRITTEZ%20ANDRADE.pdf?sequence=1

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 17ª ed. Saraiva, 2005, p. 185

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário, Linguagem e Método. 2ª. Ed. São Paulo: Noeses, 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: LúmenJúris, 2009

GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, pág. 404.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Curso de Direito Tributário, Belém: CESUP, 1995

OLIVEIRA, Thiago Bueno de. Os serviços sociais autônomos e a vedação ao retrocesso social. Revista JML de Licitações e Contratos nº. 25, dezembro de 2012, Seção Coluna Jurídica do Sistema S, p. 45

SANTANA, Sara Santos. A Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos(Ssas) e a Imunidade Tributária http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1459/Artigo_SARA%20SANTOS%20SANTANA.pdf?sequence=1

ZICA, Viviane Angélica Ferreira Imunidade Tributária às Contribuições Sociais das Instituições de Educação Particulares sem Finalidade Lucrativa <http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/vivianeferreirazicaimunidade tributaria contribuicoes sociais instituicoes educacao particulares finalidade lucrativa.pdf>

<http://www.portaldaindustria.com.br/senai/institucional/2012/03/1,1773/o-que-e-o-senai.html>

<http://www.portaldaindustria.com.br/sesi/institucional/2012/03/1,1789/o-que-e-o-sesi.html>

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**12 – A IMPENHORABILIDADE DOS
RECURSOS DO SESI E SENAI EM
RAZÃO DE SUA ORIGEM E APLICAÇÃO**

FLÁVIO DA SILVA POSSA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO ESPÍRITO SANTO

“A nossa geração não vai se arrepender pelas ações e os gritos das pessoas más, mas pelas indiferenças das pessoas boas.” (Martin Luther King)

12.1 INTRODUÇÃO

Diante do grande número de batalhas judiciais travadas com a União Federal que insistentemente fere a imunidade tributária do Serviço Social da Indústria - Sesi e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI efetuando lançamentos tributários ilegais, inúmeras se tornam as ações de Execução Fiscal que se fazem necessárias a apresentação de garantia.

Apesar da grande liquidez que possuem instituições como Sesi e o SENAI, a Fazenda Pública Nacional vem se negando a aceitar as garantias dadas nos processos de Execução Fiscal contra os Departamentos Regionais Estado do Espírito Santo, buscando de forma voraz os ativos financeiros das entidades de forma a impedir a consecução plena de seus objetivos sócio-educacionais.

O regime legal brasileiro apresenta hipótese que limita os direitos dos credores penhorarem ativos do devedor quando a origem desses recursos é pública e a destinação for empregada em educação, saúde e assistência social.

Neste contexto, diante da natureza jurídica do Sesi e do SENAI e pela importância dessas instituições não só para as indústrias e seus trabalhadores, mas com para sociedade, se faz necessário estudos de medidas que possam interromper e mitigar a atuação agressiva da Fazenda Nacional nas Execuções Fiscais.

Sendo assim, o ponto central da discussão e objeto do estudo tange-se em demonstrar a possibilidade de aplicação do art. 649, IX do CPC no entendimento de que os recursos do Sesi e o SENAI provenientes da contribuição compulsória são absolutamente impenhoráveis, não podendo ser por tal motivo objetos de penhora nas ações de execução fiscal.

12.2 A NATUREZA JURÍDICA DO Sesi E DO SENAI

A primeira investigação que deve ser empreendida a fim de se verificar o regime da impenhorabilidade dos recursos do Sesi e do SENAI é a de identificar a natureza jurídica dessas entidades, de modo a ser estabelecida a relação de suas naturezas com a regra de impenhorabilidade de recursos prevista no art. 649, IX do CPC.

Antes de se insculpir a natureza jurídica do Sesi e do SENAI, no entanto, se faz necessário situar estas instituições dentro da organização político-administrativa.

Tipicamente a organização político-administrativa brasileira está ligada aos poderes políticos executivo, legislativo e judiciário abraçados por suas funções típicas e atípicas.

Residualmente é possível identificar a função administrativa que dentre todas as funções pode ser considerada a mais ampla, uma vez que é por meio dela que o Estado cuida dos seus próprios interesses e dos da coletividade¹.

No sentido subjetivo onde se entende a administração pública como um conjunto de órgãos cujo objetivo é atingir uma finalidade, a organização administrativa subdividi-se na administração pública direta e indireta. Na primeira se tem as pessoas federativas atuando de forma organizada pelos seus órgãos, como titular e executor do serviço público, de forma centralizada conforme suas competências; na segunda, não se tem órgãos, mas sim pessoas jurídicas exercendo a função administrativa sob determinadas atividades estatais, de forma descentralizada, fora do próprio eixo da administração pública e a exemplo disso tem-se as autarquias, empresas públicas, sociedades e economia mista e fundações públicas.²

Perante tais conceitos, observada resumidamente a estrutura típica da organização político-administrativa brasileira, onde se enquadrariam os serviços sociais autônomos?

A primeira vista, pela atividade que exercem de ensino e assistência social, serviços tipicamente exercidos pelo Estado, apesar de não exclusivos, bem como pela formalidade legal que se dá a criação dessas entidades, autorizadas sua criação ou criadas por lei, seria possível cogitar que o SESI e o SENAI poderiam integrar a estrutura da administração pública, contudo, diversamente subsistem de forma paralela a esta.

Nesse sentido, pode-se verificar que o SESI e o SENAI estariam enquadrados em uma estrutura definível como paraestatais, uma verdadeira formação híbrida, de modo a atuar ao lado e em colaboração com o Estado³.

1 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 362.

2 Ibid., p. 364-368

3 Carvalho Filho, ensina que não é raro haver a divergência sobre o sentido da expressão paraestatal à exemplo do entendimento de Celso Antonio e Cretella Junior a cerca do tema, contudo sob o ponto de vista do autor pela expressão e o significado do termo paraestatal deveria abranger toda a pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa de forma a receber desta os mecanismos estatais de controle, enquadrando-se neste ponto de vista as pessoas da administração indireta e serviços sociais autônomos.(FILHO, op. cit. p. 371-372)

Conforme conceituou Helly Lopes Meireles, o paraestatal não é nem estatal, nem o particular é o meio termo entre o público e o privado, dessa forma classificou a natureza jurídica dos sistemas sociais autônomos:

“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 parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação como o poder público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (...) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências”⁴.

Observa-se que as entidades do chamado Sistema “S”, tais como o SESI e o SENAI possuem características singulares que as diferencia de outras instituições de educação e assistência social.

Sendo assim, enquanto instituições de educação e assistência social com personalidade jurídica de direito privado podem, por exemplo, optar por serem com ou sem fins lucrativos, pela sua extinção, forma livre de administração e gerenciamento dos recursos, amplitude do serviço oferecidos, entidades como SESI e o SENAI não possuem tal autonomia.

Vinculados aos objetivos para os quais foram criados, geralmente por meio de leis ou decretos, os serviços sociais autônomos apesar de não estarem no corpo da administração pública, possuem atribuições específicas e são mantidos por contribuições parafiscais, cujos atos são fiscalizados por órgãos dessa mesma administração a exemplo do Tribunal de Contas da União – TCU, que exerce controle finalístico sobre a prestação de contas das contribuições recebidas para sua manutenção.

Sendo assim, é possível constatar que a atividade exercida pelo SESI e o SENAI, está vinculada diretamente a seus objetivos impostos na forma da espécie normativa competente por sua criação ou autorização, a qual lhes atribui a competência originária de exercer as atividades de educação e assistência social sem fins lucrativos e nesse sentido já se manifestou o TCU:

“(...) embora as entidades do Sistema “S” sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado, são entes que prestam serviço de interesse público e social,

4 MEIRELLES, op. cit., 366.

*beneficiadas com recursos oriundos de contribuições parafiscais pelas quais não de prestar contas a sociedade. (...)*⁵

Não bastasse o entendimento crítico da doutrina sobre as entidades do Sistema “S” pertencerem a espécie das paraestatais, bem como de restar claro no pronunciamento do órgão fiscalizador (TCU) de que estas entidades prestam serviços de interesse público e social, o judiciário já teve oportunidade de decidir⁶ acerca do reflexo da natureza jurídica destas entidades em suas imunidades:

“APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. SESI. INSTITUIÇÃO BENEFICENTE E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. ART. 150, VI, LETRA ‘C’, CF.

O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE apela da sentença que julgou procedentes os embargos do devedor opostos à execução fiscal movida contra o SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI.

Em resumo, pretende a modificação da sentença que reconheceu a imunidade da embargante, porque esta não se desincumbiu da prova quanto ao cumprimento dos requisitos do art. 14 do CTN, para gozo do benefício da isenção constitucional.

O apelado apresenta resposta, onde se bate pela correção da sentença, porque o SESI é uma entidade de assistência social, e, por isso, goza da imunidade do art. 150, VI, letra ‘c’, da CF.

O Ministério Público manifesta-se no sentido do desprovimento do recurso, forte em entendimento desta Corte.

É o relatório.

(...)

O fundamento do reconhecimento da imunidade da entidade embargante é seu caráter beneficente.

5 VARESCHINI, 2012 apud TCU, Acórdão 7/2002 – Plenário. Min. Rel. Lincoln Magalhes Rocha, p. 16

6 Precedentes - TJ-SC; AC-MS 2009.021760-2 / TJ-SP; APL 994.09.304372-3; Ac. 4267020 / TACSP 1; Proc. 875136-2 / TJSP, Apelação Cível n.º0161028-70.2006.8.26.0000.

O próprio Decreto-Lei que o instituiu o define como entidade de assistência social, regulamento devidamente aprovado pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, dispensada qualquer outra prova de sua finalidade específica, por isso goza da imunidade prevista no art. 150, VI, letra 'c', da Constituição Federal.

A Constituição, ao conceder imunidade às entidades beneficentes de assistência social, o fez, para que fossem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios auxiliados nesse terreno de assistência aos carentes por entidades que também dispusessem de recursos para tal atendimento gratuito, estabelecendo que a lei determinaria as exigências necessárias.

O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimentos anteriores, adotou a lição de Rui Barbosa Nogueira, no sentido de que a razão de ser da imunidade constitucional está, em primeiro lugar, na viabilização da própria atividade que respalda a disciplina da matéria, em segundo lugar, é decorrência da capacidade econômica do contribuinte.

Em caso semelhante, a Suprema Corte, no julgamento do AG (AgRg) n. 155.822, Rel. Min. Ilmar Galvão, concluiu:

A renda obtida pelo SESC na prestação dos serviços de diversão pública, mediante a venda de ingressos de cinema ao público em geral, e aproveitada em sua finalidades assistenciais, está abrangida na imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'C' da Carta da República". Precedente RE n. 116.188-4.

Sendo assim, correta a sentença que reconhece a imunidade do SESI, relativamente ao IPTU incidente sobre imóvel de seu patrimônio. Nego provimento ao recurso.⁷⁷ (Grifei)

Facilmente se observa que a linha de raciocínio utilizada no Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, não diverge do entendimento alinhado pela doutrina e pelo TCU.

Diante da investigação delineada sobre a natureza jurídica dos Sistemas Sociais Autônomos, é possível concluir claramente que estas entidades, apesar de se submeterem ao regime de

⁷⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Marco Aurélio Heinz. Apelação Cível Nº 70028007425, Julgado em 15/04/2009.

direito privado, são criadas ou autorizadas suas criações especificamente para exercerem atividades típicas de **educação e assistência social** para atuar ao lado e de forma supletiva ao Estado, contendo neste prisma, características singulares e sujeitando-se a regramentos diferenciados e são por isso consideradas entidades paraestatais.

12.3 A ORIGEM E DESTINAÇÃO DOS RECURSOS DO SESI E DO SENAI

Conforme discutido e definido no tópico anterior, o SESI e o SENAI pertencem a classe dos serviços sociais autônomos, com personalidade jurídica própria, sendo qualificado como entidade de educação e assistencial sem fins lucrativos.

O digitado entendimento acima observa, por óbvio, as funções do SESI e do SENAI estatuídas nos decretos que os regulamentam.

Nessa didática verifica-se que no caso do SESI, o Decreto nº 57.375/65 que o regulamenta, determina qual é a sua finalidade e quais são os seus objetivos institucionais:

“Art. 4º 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).

Art. 5º São objetivos principais do SESI:

- 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.”

No mesmo sentido o Decreto nº 494/62 que regulamenta o SENAI traça seus objetivos como uma instituição de promoção da qualificação técnica da mão-de-obra para indústria:

“Art. 1º O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), organizado e administrado pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos do Decreto-lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, tem por

objetivo:

a) realizar, em escolas instaladas e mantidas pela Instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição, nos termos de dispositivo constitucional e da legislação ordinária;

b) assistir os empregadores na elaboração e execução de programas gerais de treinamento do pessoal dos diversos níveis de qualificação, e na realização de aprendizagem metódica ministrada no próprio emprego;

c) proporcionar, aos trabalhadores maiores de 18 anos, a oportunidade de completar, em cursos de curta duração, a formação profissional parcialmente adquirida no local de trabalho;

d) conceder bolsas de estudo e de aperfeiçoamento e a pessoal de direção e a empregados de excepcional valor das empresas contribuintes, bem como a professores, instrutores, administradores e servidores do próprio SENAI;

e) cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividades assemelhadas.”

Para que cumpram com os objetivos traçados em seus regulamentos, o SESI o SENAI possuem como principal fonte de sobrevivência financeira as Contribuições Sociais Gerais devidas pelas indústrias conforme requisitos da lei.

Nota-se, no entanto, que não só as contribuições compõem as receitas do SESI e do SENAI, pois também podem advir de doações, subvenções, prestação de serviços, alugueis entre ou-

tras previstas em seus regimentos, mas que não fazem parte do objeto ora estudado.

Na ótica deste estudo, é possível observar a verdadeira importância do papel desempenhado pelos sistemas sociais autônomos na preocupação da Constituição Federal de 1988 em receber de forma expressa em seu art. 240, as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical:

“Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

Não se tem dúvida que as contribuições compulsórias definidas no art. 240 possuem natureza tributária, pois se revestem das características de tributo previsto no art. 3º do CTN, porém não é de fácil definição seu enquadramento quanto a qual categoria de contribuição pertence se contribuições sociais gerais, ou da seguridade social, se se configuram como contribuições sociais voltados para categorias profissionais, ou ainda, se são contribuições de intervenção no domínio econômico.

Filiando-se ao entendimento de Leandro Paulsen⁸, no sentido de que as contribuições existentes na ocasião do advento da Constituição são consideradas como de assistência social é possível concluir que tais contribuições têm natureza social⁹ macro, nesta incluindo-se por óbvio a educação em todos os níveis por quais são responsáveis o Sesi e o Senai.

Cabe ressaltar que as contribuições sociais têm como ideia indissociável a destinação¹⁰, ou seja, os recursos ingressos advindos da arrecadação destes devem necessariamente ser destinados à viabilização, ou ao custeio das atividades finalísticas para qual o tributo foi criado,.

Nessa conotação é possível visualizar a lógica existente entre a origem e a destinação dos recursos do Sesi e do Senai que tem como principal elo as contribuições sociais gerais.

Resumidamente, o que se pode extrair de tal entendimento é que quanto a origem, por se tratarem de tributos, as Contribuições sociais recebidas compulsórimante pelo Sesi e pelo Senai são recursos de natureza pública, mas que passam a integrar ao patrimônio privado

8 PULSEN, Leandro. **Direito tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência**. 16.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.709.

9

10 CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 623.

dessas intuições, porém sem afetar a destinação que continua ser específica, possível de aplicação somente naquelas atividades às quais se ligam com os objetivos educacionais e assistências dessas entidades.

12.4 IMPENHORABILIDADE DOS RECURSOS PÚBLICOS E A APLICAÇÃO DO ART. 649, IX DO CPC

Realizadas as considerações necessárias sobre a origem dos recursos compulsórios do SESI e do SENAI, bem como suas destinações considerando tratar-se de um tributo cuja espécie é uma contribuição social, é possível demonstrar a razão da impenhorabilidade destes no mundo jurídico.

A penhora no direito brasileiro nada mais visa do que dar início a transmissão forçada de bens de um determinado devedor de forma a garantir que a dívida seja paga ao credor, tendo como característica a responsabilidade patrimonial e a transmissibilidade dos bens.¹¹

A regra geral para satisfação da dívida do credor, portanto, é de que a penhora recaia sobre aqueles bens que possam ser revertidos em valor econômico e portanto ser alienados ou objetos de uma transação.

Há de se observar, no entanto que por razões que não econômicas, a lei preocupou-se em estabelecer regras relativas a impenhorabilidade de bens que mesmo revertidos em valor econômico não podem ser objeto de penhora.

A impenhorabilidade pode se dar por diversas razões, seja ela ético-social, humanitária, política ou técnico-econômica e nesse sentido a Lei 1.382/06 inseriu, no art. 649, IX, do CPC, a previsão de impenhorabilidade absoluta dos “recursos públicos recebidos por instituições privadas par aplicação compulsória em educação, saúde, ou assistência social”.

Conforme se verifica, o art. 649, IX do CPC trouxe alguns requisitos para que o recurso recebido por pessoas jurídicas de direito privado sejam absolutamente impenhoráveis.

11 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de execução e Cumprimento da Sentença Cautelar, Processo cautelar e Tutela de urgência*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, P. 283.

O primeiro requisito é quanto a origem de o recurso recebido dever ser totalmente público e o segundo requisito ocorre com relação a destinação do recursos, ou seja, aplicação deve ocorrer necessariamente para educação, saúde ou assistência social.

No tópico anterior foi possível constatar que os recursos do SESI e do SENAI quanto às contribuições sociais compulsórias das indústria, têm origem pública considerando natureza tributária desses recursos porem são privados quando incorporados ao patrimônio.

No mesmo sentido foi possível entender que com relação a destinação SESI e o SENAI, considerando a natureza do recurso, bem como a sua própria natureza jurídica devem aplica-los somente nos seus objetivos, que ressalve-se mais uma vez são educacionais e de assistência social.

Paralelamente, os recursos recebidos das contribuições compulsórias do SESI e SENAI são fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União / Controladoria Geral da União na forma que determina a Lei 4.320/64, o Artigo 70 da Constituição Federal, além das disposições da Instrução Normativa TCU nº 63/2010, das Decisões Normativas TCU nº 108/2010, 117/2011 e da Portaria TCU nº 123/2011 e das orientações do órgão de controle interno nº 2546, de dezembro de 2010.

Apesar de aparentemente bem definida a origem dos recursos do SESI e do SENAI, pesa saber, no entanto, se mesmo após a integração do patrimônio dessas entidades paraestatais a regra do art. 649, IX poderia ser aplicada.

A questão aqui se dá sob o prisma de que existe o entendimento da Suprema Corte de que os recursos do SESI e do SENAI após o ingresso em seus cofres passar a ser de natureza privada:

“(...) Os serviços sociais autônomos do denominado sistema ‘s’, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não

integrantes da administração pública. Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos serviços sociais autônomos perde o caráter de recurso público. (...)”¹²

12 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Agravo regimental na Ação Cível nº 1.953 Espírito Santo, Julgado em 18/12/2013.

A análise ao art. 649, IX do CPC de ser feita não de forma restrita mais sim da forma mais ampla, e, portanto o que se tem como fator principal como requisito não é a situação do estado do recurso recebido pela entidade, mas sim sua origem quando do recebimento, bem como a forma que ocorreu ou irá ser aplicado o dinheiro.

Observe-se que por razões não econômicas, a lei preocupou-se em estabelecer a impenhorabilidade dos recursos públicos recebidos pelas instituições privadas destinados especificamente para setores cuja atuação do Estado é essencial, mas que por razões de incapacidade da máquina estatal atender as demandas sociais, esta prestação de serviço acaba sendo autorizada a particulares.

É possível observar na retórica interpretativa que se quis com a introdução da regra de impenhorabilidade de recursos públicos destinados a instituições privadas para a educação, saúde e assistência social, não foi tornar os recursos privados em recursos públicos, mas sim impedir que os recursos públicos que entram nos cofres de instituições privadas sejam penhorados, uma vez que passam a ter natureza privada, tal reflexão inclusive já foi objeto de debate no Superior tribunal de Justiça aos discutir a aplicação do art. 649, IX do CPC:

“(...)No sistema anterior, embora a impenhorabilidade dos recursos públicos, enquanto pertencentes ao patrimônio de algum ente público, já estivesse garantida pelo disposto no art. 649, I do CPC, quando eram repassados à entidades privadas, estes recurso passavam a integra o patrimônio privado, qual, em rega, está sujeito à penhora.

Nesse contexto, a inserção do inciso IX no art. 649 do CPC visa garantir a efetiva aplicação dos recurso públicos recebidos pelas entidades privadas às áreas da saúde, educação e assistência social, afastando a possibilidade de sua destinação para a satisfação da execuções individuais promovidas por particulares.

Nas palavras de DANIEL AMORIM ASUNÇÃO NEVES:

“O que certamente norteou legislador nessa escolha foi a natureza dos recursos recebidos pela instituição privadas e a obrigatoriedade de sua aplicação em importantes áreas, tais com a educação, saúde assistência social. Ainda que esse valores estejam temporariamente em poder da instituição privada, o legislador levou em conta que essa instituição é meramente intermediária entre

o governo e a população que precisa de seus serviços. *Esse sistema criado pela nova visão de ajuda das instituições privadas em atender às demandas que deveriam ser cumpridas diretamente pelo Estado, faz com que os valores que tenham esse fim não possam ser penhorados” (Reforma do CP 2, São Paulo: RT, 207, p.25) (sem destaque no original)*

Assim, o simples fato da recorrente se tratar de uma instituição privada, constituída sob a forma de sociedade anônima e, posteriormente, transformada em sociedade limitada, com destaque pelo acórdão recorrido às fl. 617 (e-STJ), não constitui justificativa suficiente para que seja admitida penhora dos recursos públicos que recebe.(...)”¹³ (Grifei).

Nesse contexto, a inserção do inciso IX no art. 649 do CPC visa garantir a efetiva aplicação, nas **áreas da saúde, educação e assistência social**, dos recursos públicos recebidos pelas instituições privadas, afastando a possibilidade da destinação desses recursos para a satisfação das execuções promovidas por credores.

12.5 IMPENHORABILIDADE DOS RECURSOS DO SESI E SENAI E O CASO CONCRETO

O Serviço social da indústria, departamento Regional do Espírito Santo foi alvo da Execução fiscal nº 0007557-29.2010.4.02.5001, em tramite no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Para garantir a execução fiscal, o SESI-DR/ES ofereceu bem imóvel cuja avaliação se deu em R\$ 2.728.440,00 (dois milhões setecentos e vinte oito mil, quatrocentos e quarenta reais) o qual foi recusado pela Fazenda Nacional que em seguida a penhora dos ativos financeiros.

Na oportunidade após o deferimento do pleito da Fazenda Nacional o SESI-DR/ES alegou a impenhorabilidade de seus recursos, contudo a razões da decisão se deu no seguinte sentido:

“O art. 649, IX do CPC reputa impenhoráveis os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social. Todavia, devem ser comprovados dois requisitos para a impenhorabilidade: i) a origem dos recursos e ii) a finalidade do dinheiro.

¹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Nancy Andrighi. Recurso Especial Nº1.324.76 -RJ , Julgado em 18/12/2013.

No entanto, no presente caso, não há qualquer comprovação de que o recurso bloqueado originou-se de contribuições decorrentes de recursos públicos, uma vez que a embargante auferiu receitas que estão excluídas da impenhorabilidade prevista no art. 649, IX do CPC.

Como se pode aferir do art. 48 do Decreto nº 57.375/65, os recursos recebidos pelo Sesi não decorrem apenas de recursos públicos, advindos de contribuições dos empregadores da indústria dos transportes, das comunicações e de pesca, como alega a embargante, mas, também, de outras fontes, como: doações e legados, rendas patrimoniais, multas arrecadadas por infração de dispositivos legais, regulamentares e regimentais, rendas oriundas de prestações de serviços e de mutações de patrimônio, inclusive as de locação de bens de qualquer natureza e rendas eventuais, receitas essas sujeitas à penhora.”¹⁴

A referida decisão teve como fundamentação de sua negativa a inexistência de comprovação dos requisitos previstos nos art. 649, IX do CPC, ou seja, origem do recurso e finalidade do dinheiro.

Conforme já ressaltado anteriormente o Sesi e o SENAI não são providos apenas dos recursos compulsórios das contribuições sócias, mas também de outros recursos, tais como serviços prestados a terceiros previsto em seus regulamentos.

De fato na referida Execução Fiscal não foi possível comprovar a origem dos recursos objetos da penhora uma vez que os recursos provenientes das contribuições se confundem após suas entradas nos cofres do Sesi-DR/ES.

Diante das considerações realizadas é possível extrair como ponto positivo da decisão inicial na Execução fiscal nº 0007557-29.2010.4.02.5001 que ficou evidente a plausibilidade da tese levada a apreciação do judiciário que a princípio não logrou êxito, por não estarem evidentes as provas de que os recursos objetos da penhora eram verdadeiramente originários do recurso compulsório recebido pelo Sesi-DR/ES restando preservada, assim a possibilidade de sua arguição se existentes as provas dos requisitos.

14 BRASIL, 2ª Vara Federal de Execuções Fiscais – Seção Judiciária do Espírito Santo. Juiz: Alceu Mauricio Junior. Execução Fiscal nº 0007557-29.2010.4.02.5001, Julgado em 13/08/2012.

12.6 CONCLUSÃO

O direito brasileiro de modo a proteger interesses não econômicos, mas sim sociais se preocupou em prever por meio do art. 649, IX CPC, a possibilidade da impenhorabilidade de recursos públicos recebidos por instituições privadas para educação, saúde e assistência social.

É possível observa na norma processual, para que os recursos da instituição privada sejam declarados pelo juízo como impenhoráveis, esta deverá comprovar os requisitos presentes no art. 649, IX do CPC, quais sejam: origem do recurso e a finalidade do dinheiro.

Para que seja possível concluir se o SESI e o SENAI atendem aos requisitos supracitados é fundamental entender sua natureza jurídica quanto serviço social autônomo.

Conforme definido no primeiro tópico deste trabalho o SESI e o SENAI são criadas ou tem sua criação autorizada por Lei cujo texto normativo expressa claramente as atividades desenvolvidas de ensino e assistência social já determinando seus propósitos.

Da mesma forma o SESI e o SENAI são mantidas por contribuições sociais cuja finalidade destes recursos é a manutenção e o desenvolvimento dos objetivos destas entidades.

Por se tratarem de contribuições sociais, tais recursos possuem natureza tributária e por esse motivo tem sua aplicação vinculada e a fiscalizada dos recursos se dá pelo Tribunal de Contas da União.

Quanto a origem, portanto, inegável o reconhecimento que o recursos recebidos das contribuições sociais são públicos independente de que se tornem privados quando da entrada nos cofres do SESI e SENAI.

No mesmo sentido, conforme já definido, seja pela natureza jurídica do SESI e do SENAI, seja pela própria natureza dos recursos recebidos que se tratam contribuições sociais, o dinheiro dessas contribuições só podem ser destinadas ao emprego das atividades de educação e assistência social definidas nos regulamentos dessas entidades.

Importante observar que tais recursos não podem ser confundidos com outros recursos também recebidos pelo SESI e SENAI a exemplo dos rendimentos com serviços prestados, devendo para tal se valer de artifícios contábeis definidores da origem de cada recurso ou ainda, delimitar uma conta bancária para os recursos das contribuições compulsórias.

Conclui-se, pois, que os recursos decorrentes das contribuições compulsórias recebidos pelo Sesi e Senai contemplam os requisitos previstos no art. 649,IX, do CPC, tanto na origem quanto na destinação, primeiro porque conforme comprovado são originariamente públicos, mesmo que posteriormente se tornem em bens privados, não perdendo sua natureza jurídica finalística e segundo, porque uma vez sendo os recursos originários das contribuições compulsórias só podem ser destinados a execução de atividades de educação e assistência social desempenhadas pelo Sesi e Senai.

12.7 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Recurso Extraordinário n. 596.024-2/RS. Publicado em 03/09/2009.

_____. Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: junho 2014.

_____. Constituição e o Supremo. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/constituicao_interpretada_pelo_STF.pdf. Acesso em: junho 2014.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito tributário**. 30 ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros. 2009.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Disciplina Legal Tributária do Terceiro Setor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 366.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PULSEN, Leandro. **Direito tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência**. 16.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014, p.709.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Processo de execução e Cumprimento da Sentença Cautelar, Processo cautelar e Tutela de urgência**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006, P. 283.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**13 – ASPECTOS JURÍDICOS DO
PROCESSO DE INTERVENÇÃO
NOS ÓRGÃOS DO SESI E DO SENAI**

JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA
DEPARTAMENTO REGIONAL DO AMAPÁ

13.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar os aspectos jurídicos que norteiam o processo de intervenção nos órgãos regionais do SESI e do SENAI.

Para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos as seguintes questões:

- a) O Sistema Indústria;
- b) Dos princípios jurídicos que norteiam a intervenção;
- c) Da missão e do fundamento jurídico do processo de intervenção;
- d) Consequências do ato interventivo;
- e) Questões polêmicas.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar alguns dos aspectos jurídicos mais relevantes inerentes ao processo de intervenção nos órgãos do SESI e do SENAI.

13.2 O SISTEMA INDÚSTRIA

A **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA**, entidade sindical de grau superior representante da indústria brasileira. É o órgão máximo do sistema sindical patronal da indústria e, desde a sua fundação, em 1938, defende os interesses da indústria nacional.

O **SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA**, criado pela Confederação Nacional da Indústria, consoante o Decreto-lei nº 9.403/46, é uma entidade privada sob a forma de serviço social autônomo, com o encargo de prestar assistência social aos trabalhadores da indústria e atividades assemelhadas, segundo a metodologia prescrita no seu Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 57.375/65.

Por sua vez, o **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL**, organizado e administrado pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos do Decreto-lei nº 4.048/42, é uma entidade privada de ensino que tem por objetivo realizar a aprendizagem industrial.

O artigo 9º do Estatuto da CNI dispõe que:

“O Sistema Indústria é formado:

I – pelo Sistema Confederativo da Representação Sindical da Indústria;

II – pelo Sistema Serviço Social da Indústria (SESI), órgãos nacionais e regionais;

III - pelo Sistema Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), órgãos nacionais e regionais;

IV – pelo Sistema Instituto Euvaldo Lodi (IEL), entidades nacional e regionais.”

A colaboração com o Poder Público no trabalho de promoção social no país, levada a efeito pelo denominado “**Sistema S**”, que compreende, dentre outras instituições, 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 arts. 37, 38 “a” e 44 do Regulamento do SESI e arts. 31, 32 “a” e 39 do Regimento do SENAI.

Tal funcionamento integrado (SESI – SENAI – CONFEDERAÇÃO/FEDERAÇÃO) requer planejamento estratégico bastante complexo, que mereceu do TCU¹, as lúcidas considerações que se seguem:

“Há uma preocupação no sentido de planejar políticas de curto, médio e longo prazos, 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

1 Ministro Lincoln M. da Rocha

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.

(...)

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, não integram a Administração Pública direta nem indireta.

Os Serviços Sociais autônomos, como o SESI e o SENAI possuem natureza jurídica de entidade de direito privado. Entretanto, pelo fato de receberem recursos ditos parafiscais das folhas de pagamento, suas contas ficam sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. O saudoso Hely Lopes Meirelles² 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 parafiscais. 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,

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

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 parafiscais, quando não subsidiadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.”

Diante disto, podemos afirmar que estas entidades se submetem a um regime jurídico híbrido, na medida em que sofrem também, o impacto de normas de direito público, devendo o **Sistema Indústria** funcionar, em regra, de forma harmônica.

13.3 DA INTERVENÇÃO

Intervenção é o substantivo feminino que significa o **ato ou efeito de intervir** e indica uma **intercessão** ou **mediação** em alguma situação adversa.

No âmbito do direito constitucional, a intervenção federal consiste na quebra da independência de um Estado, através de uma interferência nos seus assuntos internos. O Supremo Tribunal Federal ³ao tratar da matéria entende que:

“O instituto da intervenção federal, consagrado por todas as Constituições republicanas, representa um elemento fundamental na própria formulação da doutrina do federalismo, que dele não pode prescindir – inobstante a excepcionalidade de sua aplicação –, para efeito de preservação da intangibilidade do vínculo federativo, da unidade do Estado Federal e da integridade territorial das unidades federadas.”

A intervenção federal só pode ser declarada para cumprir alguns objetivos (manutenção da integridade nacional) ou quando são verificadas algumas situações (desordem pública), que estão contempladas no artigo 34 da Constituição da República.

A intervenção no SESI e no SENAI também é possível, sendo uma medida de exceção e só podendo ser determinada nos estritos termos de seus Regulamento e Regimento.

³ MS 21.041, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-6-1991, Plenário, DJ de 13-3-1992.

13.4 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A INTERVENÇÃO NO SESI E SENAI

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”⁴. 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”⁵

A palavra, desse modo, carrega consigo a força do significado de proposição fundamental. Nesta linha, o professor Canotilho⁶ 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 compreensão global do Direito, e no caso específico do tema tratado, impõe, é claro, a compreensão acerca dos princípios específicos aplicáveis ao processo de intervenção.

13.4.1 Do princípio da legalidade

O **Princípio da legalidade** é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no Estado Democrático de Direito, com origem no fim do século XVIII e cujo significado político se traduz no paradoxo entre regra/exceção que instaura.

Diz respeito à obediência às leis. Por meio dele, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.⁷

No Direito administrativo, esse princípio determina que a Administração Pública, em qualquer atividade, está estritamente vinculada à lei. Assim, **se não houver previsão legal, nada pode ser feito**. No princípio genérico, a pessoa pode fazer de tudo, exceto o que a lei proíbe. No princípio específico, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, estando engessada, na ausência de tal previsão. Seus atos têm que estar sempre pautados em alguma

4 Houaiss, Antônio, *et alii*. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p.2299.

5 Houaiss, Antônio, *et alii*, loc.cit.

6 Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. - Coimbra: Almedina, 1998, p. 1035.

7 BRASIL. Constituição Federal, art. 5º, II.

norma. Tudo tem que estar normatizado, e cada um dos agentes públicos estará adstrito ao que a lei determina.

A permissão para a prática de atos administrativos expressamente autorizados pela lei, ainda que mediante simples atribuição de competência, pois esta também provém da lei, é expressão do princípio da legalidade⁸.

A permissão normativa para a determinação do processo de intervenção encontra-se previsto no Regimento do SENAI, art. 19, “i” e no Regulamento do SESI, art. 24, “p”.

“Art. 19. Compete ao Conselho Nacional:

i) determinar, depois de verificação realizada por comissão especial que designar, a intervenção na administração regional que descumprir disposição legal, regulamentar, regimental ou resolução plenária, ou em caso de comprovada ineficiência;”

.....

“Art.24. Compete ao Conselho Nacional:

p) determinar, com fixação de prazo e condições que estabelecer, a intervenção no Departamento Nacional e nos órgãos regionais, nos casos de falta de cumprimento de normas de caráter obrigatório, ou de ineficiência da respectiva administração, como de circunstâncias graves que justifiquem a medida;”

Resta nítido que o processo de intervenção tem previsão normativa, e, portanto, atende ao princípio da legalidade.

13.4.2 Do princípio da moralidade

O princípio da moralidade, na norma em abstrato, é de extrema fluidez e subjetividade. Para Lúcia Valle Figueiredo⁹ há que se delimitar a moralidade administrativa no âmbito do ordenamento jurídico aplicável, como se observa:

⁸ CADENAS, Leandro. *Princípio da Legalidade*. <http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-legalidade.html>. Acesso em 15.jul.2014.

⁹ Vale Figueiredo, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.56.

“O princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são standards comportamentais que a sociedade deseja e espera.

Claro está que para exame das condutas administrativas realizadas, tendo como suporte parcela de discricionariedade, a atenção deverá ser maior para a aferição do cumprimento do princípio.”

Não obstante, assevera-se consagrada doutrina de Sirey¹⁰:

“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 pouvoir”.

13.4.3 Do princípio da eficiência

A eficiência funcional está diretamente ligada ao desempenho das atividades pelos agentes da Administração, esperando-se de cada um deles a obtenção dos melhores resultados no espectro das suas atribuições.

Nesta linha é a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹:

“O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração

10 Sirey. *Droit Administratif et Droit Public*. 11ª ed. 1927, pp. 346-347.

11 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* - 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.84.

Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”

A eficiência empresarial está ligada ao êxito da entidade no desenvolvimento da sua atividade-fim. O foco da sua atuação deverá ser a permanente busca do cumprimento das finalidades que ensejaram a sua criação.

13.4.4 Do princípio da unidade

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial é regido pelo Decreto n. 494/62, enquanto o Serviço Social da Indústria é regulamentado pelo Decreto n. 57.375/65.

Ambas as entidades se submetem ao **regime de unidade normativa** e de descentralização executiva, nos termos do artigo 13 de seus Regimento e Regulamento, respectivamente.

“Art. 13. O SENAI, sob regime de unidade normativa e de descentralização executiva, atuará em íntima colaboração e articulação com os estabelecimentos contribuintes, através dos respectivos órgãos de classe, visando ao estabelecimento de um sistema nacional de aprendizagem, com uniformidade de objetivos e de planos gerais, adaptável aos meios peculiares às várias regiões do País.”

.....

“Art. 13. O SESI, sob regime de unidade normativa e de descentralização executiva, atuará em íntima colaboração e articulação com os estabelecimentos contribuintes, através dos respectivos órgãos de classe, visando a propositura de um sistema nacional de serviço social com uniformidade de objetivos e de planos gerais, adaptável aos meios peculiares às várias regiões do País.”

Desta forma, tanto o SENAI como o SESI corporificam órgãos normativos e órgãos de administração, de âmbito nacional e regional: Conselhos Nacionais e Departamentos Nacionais; Conselhos Regionais e Departamentos Regionais (artigos 14, 15 e 16 do Regimento SENAI e artigos 18, 19 e 20 do Regulamento SESI).

13.5 DA MISSÃO E DO FUNDAMENTO JURÍDICO DO PROCESSO DE INTERVENÇÃO

A missão do processo de intervenção é a **reestruturação da gestão**, inclusive administrativa e financeira, e da operação técnica, **de forma a garantir o pleno e eficaz cumprimento da missão do SESI e do SENAI**.

O Regimento do SENAI em seu artigo 19, “i” dispõe que:

“Art. 19. Compete ao Conselho Nacional:

.....

i) determinar, depois de verificação realizada por comissão especial que designar, a intervenção na administração regional que descumprir disposição legal, regulamentar, regimental ou resolução plenária, ou em caso de comprovada ineficiência;” (Grifos nossos)

O Regulamento do SESI em seu artigo 24, “p” dispõe que:

“Art. 24. Compete ao Conselho Nacional:

.....

p) determinar, com fixação de prazo e condições que estabelecer, a intervenção no Departamento Nacional e nos órgãos regionais, nos casos de falta de cumprimento de normas de caráter obrigatório, ou de ineficiência da respectiva administração, como de circunstâncias graves que justifiquem a medida;” (Grifos nossos)

No SENAI, a intervenção na administração regional depende de: a) verificação realizada por comissão especial que designar; b) descumprimento de disposição legal, regulamentar, regimental ou resolução plenária *ou em caso de comprovada ineficiência*.

Já no SESI, a intervenção pode ser determinada tanto no Departamento Nacional, como nos órgãos regionais, sejam órgãos normativos (Conselhos Regionais) ou de administração (Departamento Regional), nos casos de falta de cumprimento de normas de caráter obrigatório,

ou de ineficiência da respectiva administração, como de circunstâncias graves que justifiquem a medida. No caso do SESI, também se faz necessária a fixação de prazo e condições em que se dará a intervenção.

13.6 CONSEQUÊNCIAS DO ATO INTERVENTIVO

Com a determinação de intervenção decidida pelo respectivo Conselho Nacional e normatizada por resolução, temos como conseqüências imediatas:

- O envolvimento direto dos órgãos nacionais até a completa estabilização da gestão;
- A suspensão das atividades dos Conselhos Regionais e o afastamento dos responsáveis pela Federação local da gestão do Departamento Regional do SESI e/ou do SENAI (art. 28, “a” e 45 do Regulamento do SESI e art. 32, “a” do Regimento do SENAI);
- Nomeação de interventor, por portaria do Conselho Nacional, que passa a ter as competências administrativas de Diretor do Departamento Regional (art.45 do Regulamento do SESI e art. 41 do Regimento do SENAI);
- Suspensão do repasse para administração superior da federação de indústrias local (SESI: 7% - art. 53 do Regulamento; SENAI: até 1% mediante autorização do CR – art. 34, “q” do Regimento).

13.7 QUESTÕES POLÊMICAS

Determinada a intervenção no Departamento Regional e assumida a gestão pelo interventor nomeado, algumas questões polêmicas devem ser enfrentadas, tais como: o **descompartmentamento das áreas comuns** (pessoal, serviços e espaço), a **gestão do IEL local** e a **responsabilização dos gestores afastados pela intervenção**, quando esta se deu por motivo de irregularidade praticada pela gestão, com a conseqüente **avaliação por parte da CNI, quanto à manutenção, suspensão ou desfiliação da federação local**, cujos gestores deram causa à determinação da intervenção.

Além disso, a suspensão das atividades dos Conselhos Regionais desloca a competência destes, prevista no artigo 39 do Regulamento do Sesi e no artigo 34 do Regimento do SENAI, para o Conselho Nacional do Sesi e do SENAI respectivamente, não havendo previsão regulamentar/regimental da possibilidade de uso do ato *ad referendum* por parte do interventor nomeado, salvo, se houver previsão expressa neste sentido nas resoluções que determinaram a intervenção.

13.8 CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões:

1. A missão do processo de intervenção é a reestruturação da gestão, inclusive administrativa e financeira, e da operação técnica, de forma a garantir o pleno e eficaz cumprimento da missão do Sesi e do SENAI.

2. O Regimento do SENAI em seu artigo 19, “i” e o Regulamento do Sesi em seu artigo 24, “p” reconhecem a possibilidade do processo de intervenção, desde que respeitados seus pressupostos.

3. Com a determinação da intervenção decidida pelo respectivo Conselho Nacional e normatizada por resolução, temos de imediato as seguintes conseqüências:

- A suspensão das atividades dos Conselhos Regionais e o afastamento dos responsáveis pela Federação local da gestão do Departamento Regional do Sesi e/ou do SENAI;
- Nomeação de interventor, por portaria do Conselho Nacional, que passa a ter as competências administrativas de Diretor do Departamento Regional (art.45 do Regulamento do Sesi e art. 41 do Regimento do SENAI);
- Suspensão do repasse para administração superior da federação de indústrias local (SESI 7% - art. 53; SENAI até 1% mediante autorização do CR – art. 34 q).

4. A suspensão das atividades dos Conselhos Regionais desloca a competência destes, prevista no artigo 39 do Regulamento do Sesi e no artigo 34 do Regimento do SENAI, para o Conselho Nacional do Sesi e do SENAI respectivamente, não havendo previsão regulamentar/regimental da possibilidade de uso do ato *ad referendum* por parte do interventor nomeado, salvo, se houver previsão expressa nas resoluções que determinaram a intervenção neste sentido.

13.9 BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). *A Constituição e o Supremo* – 4ª Ed. – Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

CADENAS, Leandro. *Princípio da Legalidade*. <http://www.algosobre.com.br/direito-administrativo/principio-da-legalidade.html>

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. - Coimbra: Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* – 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HOUAISS, Antônio, *et alii*. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*”. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SIREY. *Droit Administratif et Droit Public*. 11ª ed. 1927.

VALE FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 907/1997. D.O.U. 26/12/1997.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 461/1998. D.O.U. 07/08/1998.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 325/1999. D.O.U. 21/06/1999.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**14 – AS MUDANÇAS RELEVANTES
PARA O SISTEMA “S” E INDUSTRIÁRIOS
COM O ADVENTO DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

JULIANA MAROJA RIBEIRO RAMOS (RELATORA)
RODRIGO BAÇAL DE VASCONCELOS
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

14.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as principais inovações procedimentais trazidas pelo projeto do novo Código de Processo Civil (PL 8.046/10). Em especial abordará os temas que trarão reflexos para o Sistema “S”.

Num primeiro momento, a escolha deste assunto poderá parecer abrangente e distante da realidade dos empresários. No entanto, cumpre esclarecer que diante das inúmeras atividades e atendimentos prestados, tanto pelas entidades instituidoras deste prêmio, quanto pelos empresários envolvidos, tais alterações certamente repercutirão no cotidiano dos mesmos.

No decorrer do texto verificar-se-á que o mesmo possui linguagem simples e acessível. Na verdade, foi redigido de forma que leigos no assunto possam se informar, sem a necessidade de um advogado para “traduzir” as linguagens jurídicas.

O tema foi escolhido frente ao crescimento de demandas ajuizadas no âmbito do Poder Judiciário em detrimento da ampliação legal do acesso à justiça. Cumpre destacar que a realidade “carioca” servirá como parâmetro para os exemplos de casos concretos.

14.2 AS CONCEPÇÕES ATUAIS E A CONCRETUDE DAS MUDANÇAS ADVINDAS DO PROJETO DE LEI

É de conhecimento geral que as entidades do terceiro setor componentes do sistema indústria são umas das poucas que prestam serviços educacionais de diversas naturezas, tais como a educação básica e a aprendizagem, além de serviços de saúde e lazer. Com isso, sua gama de consumidores é vasta com abrangência de diversos tipos de público.

Não muito diferente, os industriários, mantenedores e propulsores deste Sistema, também são por muitas vezes prestadores de serviços ou promovem a circularização de bens no mercado. Portanto, também possuem relações de consumo.

Assim, há que se considerar que estas atividades podem ser frustradas tanto por parte de um consumidor, quanto por parte de um contrato não bem sucedido, o qual poderá resultar na necessidade de se recorrer ao poder judiciário para a solução de um conflito.

Neste aspecto, são dois os caminhos mais comuns em que consumidores ou partes frustradas podem buscar: o PROCON ou o poder judiciário, sendo esse último o mais comum. É nesse contexto que as leis são modificadas e se transformam ao longo do tempo, para assegurar a garantia dos direitos das partes e o acesso à justiça.

Válido esclarecer que o PROCON é um órgão administrativo, que pode ser estadual ou municipal, que registra reclamações provenientes das relações consumeristas. Dentre os objetivos deste órgão está a tentativa de manter o equilíbrio e harmonia nestas relações, educando e divulgando para a população sobre como se dá o consumo adequado de produtos e serviços.

No âmbito estadual, o PROCON atua diretamente nas capitais de cada estado, como órgão administrativo do Poder Executivo Estadual. Já no âmbito municipal, este órgão é criado por lei municipal e, em regra, por um convênio com o governo do estado. Seu objetivo é atuar de forma prioritária nos âmbitos administrativo, preventivo e repressivo.

Outras inovações legais também serão capazes de transformar este “novo código de processo civil”, como por exemplo o Projeto de Lei nº 5196/2013, que atualmente tramita no Congresso Nacional.

O ponto mais importante deste embrião lei é o acréscimo do artigo 60-B no Código de Defesa do Consumidor em que as penalidades aplicadas em âmbito administrativo favoráveis aos consumidores serão considerados títulos extrajudiciais. Ou seja, em caso de não cumprimento, o interessado não precisará pelos atos do processo de conhecimento, resguardando assim seus Direitos que mais uma vez foram suprimidos.

Esta futura realidade implicará em um maior fortalecimento do canal com o consumidor cabendo aos empresários uma maior atenção à parte desde a “reclamação inicial”. Considera-se também um fortalecimento do jurídico próprio de cada empresa, pois deverá atuar antes mesmo de uma demanda judicial.

14.3 A GRATUIDADE DE JUSTIÇA DESTINADA ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Inicialmente verifica-se que a expressão “acesso à justiça” se encontra em sua máxima amplitude, abrangendo as esferas judicial e administrativa. É certo que o nascedouro deste bene-

fício está contemplado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que traz a seguinte previsão: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”. Contudo, na visão do presente texto, a Magna Carta tratou de proteger e tutelar os interessados em resguardar seus direitos e garantias pela via judicial sem excluir qualquer outro meio alternativo de solução de conflitos.

A expressão “acesso à justiça” surge, segundo entendimento de Mauro Capelleti de uma junção do direito e da justiça, na solução de resposta aos problemas ocorridos dada a constante transformação social, onde “o pedido de justiça adquire um sentido cada vez mais decisivo para multidões cada vez mais vastas, de petição de igualdade não somente formal, senão real e efetiva igualdade de possibilidades”.¹

Nesse sentido, Cândido Dinamarco escreve:

“Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízos cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolve numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupações com os resultados exteriores. Na preparação do exame substancial da pretensão, é indispensável que as partes sejam tratadas com igualdade e admitidas a participar, não se omitindo da participação também o próprio juiz (...) só tem acesso à ordem jurídica quem recebe justiça. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115).

E não só magistrados, partes, advogados ou estagiários de direito que sentem os reflexos desta elevação na quantidade de processos. O impacto é tão grande que os próprios juristas assim documentaram:²

“Todos sabemos que o processo é lento e os procedimentos são demasiadamente complexos sem falarmos do, no mínimo, exagerado sistema recursal e impugnativo nacional. Somemos a isso o excesso de demandas – fruto da conscientização dos cidadãos da necessidade de defenderem seus direitos que alhures eram relegados a um segundo plano -, e o pequeno número de magistrados em atividade

– reflexo da precária qualidade de ensino das faculdades de direito nacionais, dos baixos vencimentos oferecidos aos aspirantes ao cargo, do movimento político de desestabilização da classe e da grave crise orçamentária pela qual passa o Poder Público -, e temos o quadro completo do que convencionalmente tem-se denominado crise do judiciário.”

Necessário seria a mudança de cultura dos próprios consumidores ou partes em não ter como diretriz a estruturação de um processo judicial, mas sim resolver o problema ocasionado na resistência de interesses.

Engana-se o leitor que entender que trata-se de insatisfação recente. Ao contrário, os dados históricos apontam que a morosidade e a falta de acesso à justiça data de longo prazo, como se observa no apontamento abaixo datado de 1960:

“Falta de acesso à justiça. Grande parte da população, por razões de ordem social, econômica ou exclusão não tem acesso à prestação jurisdicional. Essa situação se vê agravada quando se trata de grupos particularmente vulneráveis como: crianças, adolescentes, mulheres, indígenas, homossexuais, transexuais, quilombolas, negros, idosos, e os movimentos sociais, como os trabalhadores sem terra, os ambientalistas, entre outros. Morosidade da justiça. Entretanto, aqueles que chegam aos tribunais deparam-se com uma morosidade da justiça, o que dificulta e, em alguns casos, torna ineficaz a prestação jurisdicional.”³

Válido destacar que o direito à gratuidade de justiça é antigo, antes mesmo do nascimento de Cristo, havia previsão no Código de Hamurabi que expressava o direito de equidade entre as pessoas, no intuito de diminuir as diferenças sociais. Tal premissa passou pelo império Romano e idade média até os dias atuais. Já no Brasil, desde os tempos de colônia a assistência jurídica já era prestada aos mais necessitados.

A codificação deste direito em nosso Código Civil se deu em 1916, sendo frisado pela Constituição de 1934, que expressamente concedia o direito de assistência e isenção de custas aos necessitados.

Somente em 1950, na lei nº 1060, tratou-se com afinco o assunto da gratuidade de justiça, sendo validado e elevado a direito constitucional descrito no artigo 5º de nossa atual Constituição, mais especificamente na leitura, em conjunto, dos incisos LXXIV e XXXV, ambos do artigo supramencionado.

“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”

Importante lembrar que a gratuidade de justiça é voltada à concretização de um princípio basilar do direito constitucional, o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, também conhecido como “inafastabilidade do controle jurisdicional, encontrado no rol dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição.

Neste sentido, Dirley da Cunha Junior⁴ entende:

“Em conformidade com a Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV). Proclamou, com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição, com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao Judiciário.”

Sendo assim, a assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes financeiros é uma garantia fundamental de acesso à justiça para os menos providos de bens materiais, na defesa de seus direitos, seja em âmbito judiciário ou administrativo, que deverá ser concedida pelo Estado.

Em regra, a solicitação de gratuidade de justiça é feita através de simples declaração em que o requerente se considera “pobre” e impossibilitado de pagar as custas processuais sem causar prejuízo ao sustento próprio ou de sua família, para a concessão do benefício.

Neste diapasão, as comuns solicitações dos juízes para que os necessitados comprovem sua situação de pobreza são: pedido para juntar aos autos comprovantes de imposto de renda ou contracheques. Ocorre que tais solicitações podem ser consideradas como obstáculos ao exercício deste direito constitucional, não devendo assim prosperarem, pois basta a afirmação de pobreza para a concessão deste benefício. O código de processo civil é claro ao dizer que quem, para este efeito, prestar declarações falsa, será punido na forma da lei penal. Portanto, é comprometimento da parte prestar informações reais acerca de sua situação econômica, não devendo haver a imposição para que apresente documentos

comprobatórios da situação de miserabilidade.

Ao passar do tempo, com a fragilidade de nossa economia, bem como as condições desfavoráveis ao mundo empresarial e o crescimento de demandas contra pessoas jurídicas, acabaram por denotar uma condição de hipossuficiência ao empresariado. Cabe ressaltar que nem todas as pessoas jurídicas tem finalidade lucrativa, como, por exemplo, o SESI-RJ, que é uma entidade de assistência social, não objetivando ganhos financeiros, mas sim a prestação de serviços sociais amplamente conhecidos pela população.

Diante desta perspectiva, na metade do século XX, o direito de acesso à justiça para pessoas jurídicas começou a ser ventilado. Neste sentido, a doutrina sempre inovadora da região Sul de nosso país, através de Araken de Assis⁵, assim começou a entender:

“Com efeito, também a pessoa jurídica pode-se encontrar na contingência de o atendimento às despesas do processo implicar prejuízo às suas atividades. No regime do Código de 1939, a exclusão das pessoas jurídicas se baseava no fato de que ‘não são miseráveis, no sentido jurídico da expressão’. Mas se evoluiu no sentido de concedê-la às instituições filantrópicas e assistenciais sem fins lucrativos.”

Dado tal impulso, os Tribunais passaram a conceder a gratuidade de justiça às pessoas jurídicas mediante comprovação de sua situação financeira. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através do verbete de súmula nº 39 entende que é facultado ao juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de justiça. Este entendimento também resultou na súmula nº 121 do TJ-RJ.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir do ano de 2010 passou a adotar a tese da obrigatoriedade de se comprovar a necessidade de gratuidade de justiça. Tal entendimento se externou no verbete sumular nº 481.

Já o Supremo Tribunal Federal tem entendimento contundente no sentido de que a gratuidade de justiça somente pode ser concedida à pessoa jurídica mediante ao anteriormente escrito, independentemente de ter ou não fins lucrativos, tal como defendido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do AgRg no RE 192.715/SP.

Diante das impulsões doutrinárias e dos Tribunais Estaduais e Superiores, o artigo 99 do Projeto de lei do Senado nº 166 de 2010, reconhece a gratuidade de justiça às pessoas jurídicas:

Art. 99. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas e as despesas processuais e os honorários de advogado gozará dos benefícios da gratuidade de justiça, na forma da lei.

Analisando o histórico apresentado, facilmente se percebe a gratuidade de justiça não se trata de uma novidade legal, mas tão somente uma codificação das expressões da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais. Entretanto, como ganhou força de lei, acredita-se que a busca deste benefício pelos empresários será mais abrangente e mais facilmente concedida.

Sendo assim, é possível afirmar que mesmo antes da publicação do novo Código de Processo Civil, as pessoas jurídicas que puderem comprovar seu estado de necessidade financeira, poderão pleitear tal instituto a seu favor.

Válido recordar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além de suas súmulas de jurisprudências, possui a concepção de que “a gratuidade deve ser concedida aos realmente necessitados, a fim de ser evitada a banalização deste instituto”⁹, sendo assim é grande o número de indeferimentos aos pedidos de justiça gratuita.

Em relação às entidades do Sistema S voltadas para a indústria, afirmar que fazem jus à gratuidade de justiça seria um posicionamento extremado num primeiro momento, ainda mais considerando a concepção tanto do Poder Judiciário, quanto a das pessoas que ajuízam ações em face dessas entidades. Isto porque entendem que o cunho patrimonial destas empresas é elevadíssimo, contudo, se olvidam dos inúmeros serviços com preços irrisórios ou até mesmo gratuitos, que estas entidades prestam ao público.

Desta forma, entendemos que se tais informações fossem mais difundidas, o pleito de gratuidade seria sim possível. É necessário trabalhar arduamente para mudar tais concepções.

14.4 CONTAGEM DE PRAZOS À LUZ DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Acerca deste tema, três perspectivas chamam a atenção: a primeira encontra-se disposta no artigo 219 do projeto que prevê que na contagem dos prazos, quando se der em dias, “computar-se-ão somente os dias úteis”. É de pleno conhecimento que a contagem de lapso temporal atual prorroga o prazo quando este se findar em finais de semana ou, feriados ou pontos facultativos.

A segunda observação recairá sobre a tentativa do legislador uniformizar os prazos para a interposição de recursos dentro do Código de Processo Civil. Escreve-se desta forma, posto que existem prazos recursais fora de tal lei, como os previstos na lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). O artigo 1.016 do Projeto o Novo Código de Processo Civil, estabelece, em seu parágrafo quinto, que o prazo para interposição e para resposta, em todos os recursos da justiça comum, menos no de embargos de declaração, serão de quinze dias.

De forma derradeira, o artigo 218 do novo Código de Processo Civil, faz previsão de que será tempestivo o ato praticado antes do início do prazo, o que por si só finda a possibilidade de ocorrência de extemporaneidade do prazo. Esta inovação legal é um contraponto as duas acima, que ao aumentarem o tempo para a interposição de eventuais recursos, prejudicaram a celeridade processual. Diante desta mudança, o advogado que acompanha seus prazos através de movimentação por e-mail disponibilizado pelos Tribunais de Justiça Estaduais que desejar se adiantar, por força deste dispositivo legal, poderá oferecer a peça sem o receio da mesma não ser recebida por conta da ausência de publicação do ato contendo a decisão impugnada.

Cumprir destacar que os prazos estabelecidos por hora não sofreram qualquer alteração por este projeto, cabendo a mesma contagem destinada à atual legislação.

14.5 SISTEMA DE PRECEDENTES

Entende-se como precedente toda decisão judicial tomada acerca de um caso concreto, cuja essência possa ser usada como base para o julgamento posterior de casos análogos. O ilustre processualista Luiz Guilherme Marinoni nos ensina que para se construir um precedente, a decisão tem que enfrentar todos os principais argumentos relacionados à questão de direito do caso concreto, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. Assim, precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou a decisão definitiva que a delimita.

A razão de ser do precedente é a produção de norma jurídica com o condão de solucionar casos futuros análogos. Essa técnica jurídica se constitui como base do que é conhecido como direito costumeiro ou consuetudinário, porém vem cada vez mais sendo utilizada pelos países praticantes do direito positivado.

Dentre as grandes inovações que serão trazidas com a aprovação do Projeto de Lei nº 8.046/10, podemos destacar a previsão do chamado Sistema de Precedentes. Os dispositivos que tratam do assunto visam, em suma, tornar obrigatória a aplicação de precedentes para os casos semelhantes ainda em pendência de julgamento. Desta forma será garantido aos jurisdicionados tratamento isonômico para a solução de casos semelhantes, além de dar previsibilidade ao direito.

O tema dos precedentes judiciais está topograficamente inserido no capítulo XV do Novo Código de Processo Civil, sendo abordado nos artigos 520 a 522. Tais artigos estabelecem, dentre outras coisas, que os Tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. Trazem também a proibição de que sejam editadas súmulas que não se atenham às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Além disso, a nova codificação do Processo Civil impõe aos juízes e tribunais que obrigatoriamente observem, ao proferirem suas decisões, os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, em recursos extraordinários, em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como deverão observar o teor das súmulas vinculantes do Órgão de Cúpula do Judiciário. Essa previsão é de suma importância, vez que, inobstante adotarmos um sistema misto de controle de constitucionalidade, a Corte Suprema é por excelência a guardiã de nossa Constituição Federal.

Prevê ainda que os juízes e tribunais deverão seguir os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Importante destacar que, conforme previsão do Novo Código, para que o órgão jurisdicional deixe de seguir a jurisprudência dominante supramencionada, deverá necessariamente distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentalmente que se trata de situação particularizada que imponha solução jurídica diversa da(s) que foi(foram) dada(s) no(s) precedente(s). Tal imposição será de grande valia, pois os magistrados não poderão simplesmente se olvidar, no momento em que forem proferir decisões, do entendimento predominante estabelecido pelos Tribunais Superiores.

Por fim, o Projeto de Lei 8.046/10 traz regras bem definidas para que haja a modificação de entendimento sedimentado nos Tribunais. Dentre as alegações para tal mudança poderão ser evocadas a revogação ou a modificação de norma na qual se baseou a tese criada; ou a alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. Além disso, essas alte-

rações poderão ser precedidas de audiências públicas com a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. Mal comparando, seria uma atuação como a do *amicus curiae* nas ações de competência do Supremo Tribunal Federal.

Certamente a codificação dos precedentes será de suma importância para as entidades do setor industriário, vez que elas poderão prever a solução que o judiciário dará às suas demandas judiciais, sempre que já houver sido decidido judicialmente caso semelhante. Além de lhes ser garantida maior segurança jurídica.

14.6 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE CAUSAS REPETITIVAS

Este instituto, importado do direito alemão, objetiva solucionar controvérsias que tenham o potencial de gerar grande multiplicação de processos. Neste aspecto, o legislador busca trazer a previsão de solução comum, que será aplicada de forma idêntica a um sem-número de demandas.

Assim está estabelecido no caput do artigo 930 do Projeto de Lei nº 8.046/10:

Artigo 930 – É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito, material ou processual, e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

Serão legitimados para pedir a instauração deste incidente: as partes do processo em questão, o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas jurídicas de direito público ou associações civis cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente. Além disso, o Novo Código trará dois requisitos para a admissão do incidente, quais sejam: que seja identificada a controvérsia que gira em torno da mesma questão de direito, com a potencialidade de gerar demandas repetitivas e a possibilidade de decisões conflitantes que irão gerar insegurança jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas irá evitar o surgimento de diversos processos com a mesma natureza jurídica com soluções conflitantes. Desta forma trará mais segurança jurídica, com a previsibilidade das soluções que serão dadas pelo judiciário a casos

análogos, além de racionalizar o trabalho do poder judiciário.

Além disso, será um mecanismo processual fundamental para a uniformização da jurisprudência.

Assim, as entidades do terceiro setor, além de passarem a poder prever a solução que será dada às suas demandas, poderão ainda participar ativamente deste processo de construção e alteração do entendimento dominante do Tribunais.

14.7 CONCLUSÃO

A aprovação do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil será um marco no direito brasileiro. Com a regulamentação dos diversos institutos jurídicos apresentados no presente trabalho, daremos um grande passo para a garantia de uma melhor satisfação do direito material, que deve ser amplamente resguardado. Usando um famoso jargão jurídico, o processo não pode ser tratado como um fim em si mesmo, mas sim como meio para o alcance do direito tutelado.

14.8 BIBLIOGRAFIA

RAMOS, Vinicius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. Disponível em <<http://www.jus.com.br/artigos>>. Publicado em maio de 2013.

TARANTO, Caio Mário Guetterres. Precedente Judicial: Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2010, P. 139-147.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Adaptabilidade Judicial – A modificação do procedimento pelo juiz no Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013.

Referências citadas ao longo do texto

1 - CAPPELLETTI, Mauro. Processo, ideologias e sociedade. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008. v.1.

2 - GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Técnicas de aceleração do processo/Fernando da Fonseca Gajardoni. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003. pp.15.

3- ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo,1967 – Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil/José Carlos de Araújo Almeida Filho. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.48.

4 - ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998., p. 104.

5 - ASSIS, Araken. Benefício da Gratuidade. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul nº 73, julho de 1998, Porto Alegre: AJURIS.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**15 – A COTA LEGAL DA APRENDIZAGEM E
SUA BASE DE CÁLCULO**

LEANDRO GAYER GUBERT
DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

15.1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar o compromisso legal estabelecido pelo artigo 429, caput, da CLT, que obriga os estabelecimentos de qualquer natureza a empregarem e matricularem nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

Pretende-se fazer um contraponto à interpretação dada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em especial, quando este, em suas fiscalizações junto às empresas, define, a seu exclusivo modo, as “funções que demandam formação profissional” para compor a base de cálculo da cota do aprendiz.

Abordaremos o foco da polêmica que é a aplicação irrestrita, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO para a definição das ocupações que demandam formação profissional e da cota de aprendizes.

Abordaremos, ainda, que a referida estratégia tende a desacreditar a própria Classificação Brasileira de Ocupações – CBO. Que é necessário estabelecer uma interpretação sistêmica da lei, facilitando a contratação pelas empresas e a inserção profissional de trabalhadores aprendizes no mercado de trabalho. Que a cota de aprendizes deve ser calibrada, não em função da oferta, mas em função de suas próprias características técnicas de formação.

Ou seja, teremos não só um contraponto ao posicionamento do Ministério do Trabalho e Emprego, como também, um direcionamento sobre as competências de definição da base de cálculo da cota de aprendizes.

É preciso que a população e os empresários não vejam a Lei do Aprendiz apenas como uma obrigatoriedade a ser cumprida, mas que ambos saibam interpretar seus dispositivos com os olhos voltados para a realidade social.

15.2 BREVE HISTÓRICO DA APRENDIZAGEM

A aprendizagem tem sua origem histórica nas escolas religiosas, onde apenas uma pequena e privilegiada elite participava da vida acadêmica. Para a maioria dos jovens era a única chance de adquirir habilidades e conhecimentos.

Este processo era informal e não estruturado. No âmbito do cenário nacional, Fonseca¹ esclarece como isso acontecia:

No Brasil, o crescimento da classe operária e a necessidade de ensino profissional, deu-se no período da 1ª Guerra Mundial, quando o país se viu obrigado a instalar novas indústrias e (...) o Congresso, pela lei nº 3.454 de 06 de janeiro de 1918 autorizou o governo a rever a questão do ensino profissional no país.

A aprendizagem profissional passou a ser legalmente praticada a partir do ano de 1940, com o impulso da indústria nacional e com a chamada lei orgânica da educação nacional, notadamente a Lei Orgânica do Ensino Industrial, que estabeleceu as bases da organização e do regime desse tipo de ensino.

Entretanto, o marco histórico da aprendizagem no Brasil se deu com a chamada Reforma Capanema, quando em 22 de janeiro 1942, pelo Decreto-Lei nº 4.048, foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI), organizado e administrado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI).

À época, delegava-se ao SENAI a formação profissional dos aprendizes, uma vez que o ensino oficial não apresentava condições de comandar o treinamento rápido de mão de obra, que atendesse ao mercado em expansão.

Ao analisar esse contexto, Romanelli² destaca que:

Se a escola tentasse dar, além de formação técnica básica, também o treinamento, ela teria de passar por uma constante “reciclagem”, com revisão cotidiana de conteúdo, método, aparelhamento etc., o que seria impossível para o sistema. Por outro lado, a preparação elementar, que pode e deve dar os cursos de aprendizagem, também tem de sofrer “reciclagem” constante, o que onera demasiadamente o sistema escolar.

E o SENAI, com maior facilidade, poderia alcançar os objetivos previstos, mediante a efetiva integração Escola – Empresa – Comunidade, cuja cooperação trazia benefícios recíprocos, como mencionado no Relatório de 1974, publicado pelo SENAI:

1 FONSECA, Celso Suckov. **História do ensino industrial no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Técnica Nacional, 1961. p. 177.

2 ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da educação no Brasil (1930/1973)**, Vozes, Petrópolis, 1986. p. 168.

(...) as empresas oferecem a matéria-prima necessária à execução das tarefas e recebem produtos semi-acabados ou acabados sem ônus de mão-de-obra; as unidades escolares tem a oportunidade de proporcionar a seus alunos condições de trabalho, as mais reais possíveis, bem próximas daquelas que deverão enfrentar, em sua vida profissional, após a conclusão de seus cursos (SENAI-SP, 1974, p. 39).

A estruturação deste ensino técnico profissional, pelo Governo Federal, com a criação de outras entidades de formação profissional, revela uma preocupação do governo de engajar as indústrias na qualificação de seu pessoal, além de obrigá-las a colaborar com a sociedade na educação de seus atores.

A aprendizagem industrial passou a constituir uma relevante ação formativa para a indústria nacional, proporcionando sólida profissionalização inicial dos jovens que anualmente demandavam formação e emprego.

Entretanto, somente em 2000 é que a Lei nº 10.097 incorporou a aprendizagem e o Sistema Nacional de Aprendizagem ao contexto da CLT, em especial nos artigos 428 e 429:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de quatorze e menor de dezoito anos, inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, com zelo e diligência, as tarefas necessárias a essa formação.

Art. 429 - Os estabelecimentos industriais de qualquer natureza, inclusive transportes, comunicações e pesca, são obrigados a empregar e matricular nos cursos mantidos pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI):

a) um número de aprendizes equivalente a cinco por cento no mínimo e quinze por cento no máximo dos operários existentes em cada estabelecimento, e cujos ofícios demandem formação profissional.

Em 2005, a Lei nº 11.180 alterou a faixa etária do aprendiz, que anteriormente era de 14 a 18 anos, passando a ser de 14 a 24 anos.

15.3 CONCEITOS BÁSICOS

15.3.1 Aprendizagem

O conceito inicial vem da Recomendação nº 60 da OIT, de 1930, onde a aprendizagem é o meio através do qual o empregador se compromete, mediante contrato, a empregar um menor, ensinando-lhe ou contribuindo para que outros lhe ensinem metodicamente um ofício, durante um período determinado, e durante esse lapso temporal o aprendiz se obriga a prestar serviços ao empregador.

A aprendizagem deve ser o ensino metódico de um ofício, inserido numa relação formal entre empregado e empregador.

Para o artigo 62 do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, a aprendizagem é a formação técnico-profissional, ministrada ao adolescente ou jovem, segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor e implementada por meio de um contrato de aprendizagem.

Atualmente o conceito de aprendizagem está contido no artigo 428 da CLT, com a redação determinada pela Lei nº 10.097/2000, que está assim redigido:

Art. 428. Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por tempo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro anos), inscrito em programa de aprendizagem, formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar, como zelo e diligência, as tarefas necessárias para essa formação.

Assim, de forma objetiva, aprendizagem é a formação técnico-profissional compatível com o desenvolvimento físico, moral, psicológico e social do jovem, caracterizada por atividades teóricas e práticas metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva, desenvolvidas no ambiente de trabalho.

15.3.2 Aprendiz

Aprendiz é o adolescente ou jovem entre 14 e 24 anos que esteja matriculado e frequentando a escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrito em programa de aprendizagem (art. 428, caput e § 1º, da CLT).

Caso o aprendiz seja pessoa com deficiência, não haverá limite máximo de idade para a contratação (art. 428, § 5º, da CLT).

15.3.3 Contrato de aprendizagem

O contrato de aprendizagem, regulado pelo caput do artigo 428 da CLT, é o contrato de trabalho de natureza especial firmado entre um empregador e um aprendiz de 14 a 24 anos (salvo se portador de deficiência), cujo objeto é formação técnico-profissional metódica, compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz, que deve executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.

O contrato de aprendizagem formaliza uma relação de trabalho e emprego, onde o empregador, como contrapartida aos serviços prestados pelo aprendiz/empregado, obriga-se a fornecer ensino metódico.

Trata-se de uma formação, com caráter permanente, moldada às necessidades da realidade demandada pelo mundo do trabalho. A concepção do contrato de aprendizagem deve ser única e singular, não substituindo a educação regular e nem com ela concorrendo.

15.3.4 Cota legal de aprendizagem

Segundo artigo 429 da CLT, os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

É facultativa a contratação de aprendizes pelas microempresas (ME), empresas de pequeno porte (EPP), inclusive as que fazem parte do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições, denominado “SIMPLES” (art. 11 da Lei nº 9.841/97), bem como pelas en-

tidades sem fins lucrativos (ESFL) que tenham por objetivo a educação profissional (art. 14, incisos I e II, do Decreto nº 5.598/05).

15.4 A BASE DE CÁLCULO DA COTA DE APRENDIZES (SEGUNDO O MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO)

É justamente na metodologia de cálculo da percentagem de aprendizes, por funções que demandem formação profissional, que reside o foco da polêmica.

No entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego todos os cargos e funções de uma empresa contemplados na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO são passíveis de aprendizagem, ou seja, para o cálculo do número de aprendizes a serem contratados, toma-se o número total dos empregados que demandam formação profissional, segundo a CBO, excluindo, apenas, as exceções mencionadas pelo Decreto nº 5.598/2005.

Este posicionamento do Ministério do Trabalho e Emprego foi claramente observado pelo Desembargador Relator, Excelentíssimo Dr. Emerson José Alves Lage³:

A indicação pela Classificação Brasileira de Ocupações não é, por si só, fator suficiente para autorizar a contratação para aprendizagem se as funções ali enquadradas como de formação técnico profissional não demandam aprimoramento intelectual.

Nota-se que o artigo 429, caput, da CLT, ressalva que o número de aprendizes equivalente a 5%, no mínimo, e 15%, no máximo, é calculado em relação ao número de trabalhadores em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

O Decreto Regulamentador nº 5.598/2005, em seu artigo 10, determinou que para “definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser **considerada** a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e Emprego”.

Assim, entende o Ministério do Trabalho e Emprego que todas as ocupações devem ser consideradas para fins de estabelecimento de quantitativo de aprendizes a serem contratados,

3 BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Região 3ª. Recurso Ordinário nº 0000674-90.2010.5.03.0107. Recorrente: União Federal. Recorrida: Colabore Administração e Serviços Ltda. Relator: Desembargador Emerson José Alves Lage. Belo Horizonte, MG, publicado em 10 de março de 2011.

ignorando a ressalva contida no artigo 429 da CLT de que apenas as funções que demandam formação profissional são sujeitas à aprendizagem.

Neste particular, depreende-se que a interpretação consolidada pelo Ministério do Trabalho e Emprego está embasada, unicamente, no Decreto nº 5.598/05 que legisla de forma negativa sobre as funções a serem “excluídas” da base de cálculo.

Do ponto de vista jurídico, tal interpretação não procede e constitui ofensa à ordem jurídica, na medida em que nega vigência ao artigo 429 da CLT.

Adotar unicamente critérios da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO para definir cotas de aprendizes é violar preceitos constitucionais, conforme menciona Lacerda⁴:

A adoção incondicional da CBO, prevista no Decreto 5.598/05, para o cômputo da cota de aprendizes, afronta diretamente o princípio da legalidade ao extrapolar as disposições do art. 429, da CLT, impondo a contratação de aprendizes para todas as funções, inclusive as que demandam tarefas simples que não exigem curso de formação técnica.

Essa posição radical afronta também o princípio da legalidade previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, na medida em que impõe obrigação que não se encontra em lei, redundando em insegurança jurídica, além de precarizar a própria formação do aprendiz.

15.5 DA APLICAÇÃO DA CBO

A Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, em sua origem, foi elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em colaboração com inúmeras instituições renomadas, tendo o SENAI como instituição âncora, com a finalidade precípua de identificação das ocupações no mercado de trabalho.

Ocorre que o Ministério do Trabalho e Emprego, de forma arbitrária e unilateral, estimulado pelo disposto no Decreto nº 5.598/05, alterou a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO e inseriu em cada uma das ocupações a definição de que as mesmas demandam formação profissional, independentemente do seu grau de complexidade.

⁴ **A Lei do Aprendiz e Suas Polêmicas.** Disponível em <http://www.administradores.com.br/informe-se/carreira-e-rh/a-lei-do-aprendiz-e-suas-polemicas/48750/>. Acesso em: outubro 2012.

O art. 10 do Decreto nº 5.598, de 1º de dezembro de 2005, foi direto ao determinar que a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO deva ser levada em consideração para a definição das funções que impliquem em formação profissional, nos termos seguintes: “Art.10 - Para a definição das funções que demandem formação profissional, deverá ser considerada a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego”.

Esta alteração na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, sem a participação dos atores envolvidos, seguiu uma metodologia totalmente diversa de como ela própria foi criada. Na verdade, serviu apenas como forma de dar sustentação ao entendimento dos auditores fiscais do próprio Ministério do Trabalho e Emprego.

Ocorre que o Decreto nº 5.598 não pode disciplinar além do que diz o artigo 429 da CLT, sob pena de ser um elemento caracterizador das funções que demandam formação profissional, sem qualquer critério técnico ou jurídico.

Outrossim, registre-se que a Lei nº 9.784/1999 estabelece no parágrafo único do art. 2º: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

Logo, a interpretação do Ministério do Trabalho e Emprego de incluir, de modo generalizado, toda e qualquer função na base de cálculo do aprendiz não está adequada ao interesse público, uma vez que não interessa ao Estado impor ao empregador obrigação excessivamente onerosa, em descompasso com as finalidades do instituto da aprendizagem profissional.

A Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, em conjunto com outros critérios, deve ser usada como um dos elementos informadores, como mero subsídio das funções que demandem formação profissional. Seus efeitos, sem qualquer critério técnico ou jurídico, são de ordem administrativa, dependendo de um processo de análise para aplicação das normas legais pertinentes à aprendizagem.

Analisando a interpretação adotada pelo Ministério do Trabalho e Emprego sobre a aplicação da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, conclui-se que do ponto de vista eminentemente jurídico, tal interpretação não está adequada. Ao contrário, constitui ofensa à ordem jurídica em vigor, na medida em que nega vigência ao artigo 429 da CLT.

O verdadeiro sentido da norma conduz à conclusão de que o número de quotistas deverá tomar por base as funções que demandem formação profissional, e não todos os empregados do estabelecimento, a exemplo daquelas funções para cujo exercício é suficiente uma fase singela de treinamento.

Interpretar diferentemente, como se todos os empregados demandassem formação profissional, torna inócuo o disposto na legislação de regência.

15.6. A ÓTICA DO ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE – ECA

Pela ótica do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA não é possível a contratação de menores apenas para iniciá-los no mercado de trabalho. Esse tipo de prestação de serviços somente poderá ocorrer na forma e nos limites do contrato de aprendizagem.

Prevê o artigo 69 do Estatuto da Criança e Adolescente:

Art.69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Assim, apesar do artigo 10 do Decreto nº 5.598/05 indicar que a Classificação Brasileira de Ocupações - CBO deva ser considerada para definição das funções que necessitam de formação profissional, essa conceituação tem que ser feita em harmonia com as outras normas que tratam da matéria e sempre visando, principalmente, à formação educacional dos aprendizes.

Denota-se, assim, que outros fatores devem ser considerados para a definição das funções que demandam formação profissional, dentre eles, o nível das capacidades profissionais e dos conhecimentos técnico-teóricos requeridos para o exercício da atividade profissional, conforme também defendido por Sussekind⁵:

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 1002–1003.

(...) é imperiosa a preservação de certos fatores básicos, que forjam o adulto de amanhã, tais como: (I) o convívio familiar e os valores fundamentais que ai se transfundem; (II) o inter-relacionamento com outras crianças, que molda o desenvolvimento psíquico, físico e social do menor; (III) a formação da base educacional sobre a qual incidirão aprimoramentos posteriores; (IV) o convívio com a comunidade para regular as imodações próprias da idade etc. Os afazeres do trabalho não podem comprometer esses fatores estruturantes, que lapidam a personalidade da pessoa.

Sobre a classificação das atividades que demandam formação técnico-profissional, o Auditor Fiscal do Trabalho, José Adelar Cuty Silva⁶, esclarece que, “de início, a Recomendação nº 117 da Organização Internacional do Trabalho – OIT orienta no sentido de que a aprendizagem deve estar interligada com o exercício de uma profissão reconhecida”.

Declara, ainda, o referido auditor⁷:

Assim, podemos classificar como as ocupações que demandam formação técnico-profissional aquelas que se realizam mediante a execução de tarefas complexas no ambiente de trabalho, exigindo para a sua qualificação a aquisição de conhecimentos teóricos e práticos a serem ministrados através de processo educacional organizado em currículo próprio (plano de curso), partindo de noções e operações básicas para os conhecimentos e tarefas mais complexas, demandando um período prolongado para a sua realização. Por esse entendimento, excluem-se aquelas atividades que podem ser praticadas com breves informações e aquelas que em poucas horas já inserem o trabalhador no processo produtivo.

Por fim, conclui que a qualificação desejada deve estar sempre sobre o foco do mandamento do art. 69, inciso II, do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, que assegura o direito à capacitação profissional voltada para o mercado de trabalho.

Nesse sentido, ainda, cita-se decisão judicial:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MENOR APRENDIZ. FIXAÇÃO DA COTA. FUNÇÕES QUE EXIJAM FORMAÇÃO PROFISSIONAL. Nos ter-

⁶ **Comentários à reforma no instituto da aprendizagem:** Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id229.htm>. Acesso em: outubro 2012.

⁷ *Ibidem.*

mos dos artigos 428 e 429 da CLT, para a quantificação do número de aprendizes a serem contratados, considera-se apenas as funções que dependam de formação técnico-profissional metódica, caracterizada por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressivas, desenvolvidas no ambiente de trabalho. Assim, mantém a segurança deferida em primeiro grau, a autoridade coatora não observou o referido requisito, fixando o número de aprendizes com base apenas no fato de as funções estarem catalogadas na Classificação Brasileira de Ocupações, elaborada pelo Ministério do Trabalho em Emprego.⁸

Entendimento, também, adotado pela 6ª Turma do TRT-MG, excluindo da cota as funções que não requerem maiores formações profissionais, mas um singelo treinamento:

EMENTA: CONTRATO DE APRENDIZAGEM - FIXAÇÃO DA COTA - FUNÇÕES QUE DEMANDAM FORMAÇÃO TÉCNICO PROFISSIONAL. Nos termos do que se afere do artigo 428 da CLT, a formação técnico profissional ofertada pelo empregador no contrato de aprendizagem deve contribuir para o aprimoramento físico, moral e psicológico do aprendiz, viabilizando, com o trabalho, a vivência prática dos ensinamentos teóricos que lhe foram repassados no ensino fundamental ou nos cursos de formação profissional. A indicação pela Classificação Brasileira de Ocupações não é, por si só, fator suficiente para autorizar a contratação para aprendizagem se as funções ali enquadradas como de formação técnico profissional não demandam aprimoramento intelectual.⁹

8 BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Região. Recurso Ordinário nº 01490-2009-019-03-00-6. Recorrente: União Federal. Recorrida: JR Higienização Ltda. Relator: Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, Belo Horizonte, MG, publicado em 06 de dezembro de 2010.

9 BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. Região 3ª. Recurso Ordinário nº 0000674-90.2010.5.03.0107. Recorrente: União Federal. Recorrida: Colabore Administração e Serviços Ltda. Relator: Desembargador Emerson José Alves Lage. Belo Horizonte, MG, publicado em 10 de março de 2011.

15.7 INTERPRETAÇÃO DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO - MTE

No entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, todos os cargos e funções de uma empresa, contemplados na Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, seriam passíveis de aprendizagem.

Ocorre que a interpretação das normas aplicáveis deve ser sistêmica e harmônica, e não simplesmente literal.

Nesta linha, num primeiro plano, temos que o art. 429 da CLT estabelece que o número de quotistas tenha como base de cálculo “as funções que demandem formação profissional”.

A Instrução Normativa nº 97, de 30/07/2012, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, no § 3º do artigo 2º, especificou as funções que não compõem a base de cálculo da alíquota dos aprendizes, quais sejam:

Art. 2º Conforme determina o art. 429 da CLT, os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a contratar e matricular aprendizes nos cursos de aprendizagem, no percentual mínimo de cinco e máximo de quinze por cento das funções que exijam formação profissional.

§ 3º São incluídas na base de cálculo do número de aprendizes a serem contratados o total de trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional, independentemente de serem proibidas para menores de dezoito anos, excluindo-se:

I - as funções que, em virtude de lei, exijam formação profissional de nível técnico ou superior;

II - as funções caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança, nos termos do inciso; II do art. 62 e § 2º do art. 224 da CLT;

III - os trabalhadores contratados sob o regime de trabalho temporário instituído pela Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1973; e IV - os aprendizes já contratados.

Logo, na conjugação do artigo 429 da CLT com a citada Instrução Normativa, temos que

não integram a base de cálculo para aplicação da alíquota do aprendiz: a) as funções que não demandem formação profissional; b) as funções que, em virtude de lei, exijam formação profissional de nível técnico; c) as funções de nível superior; d) as funções caracterizadas como cargos de direção, de gerência ou de confiança (CLT, art. 62, inciso II, e § 2º do art. 224); e) os contratados sob regime de trabalho temporário, e f) os aprendizes já contratados.

A formação profissional é aquela destinada a preparar ou readaptar uma pessoa para que exerça um emprego ou para que seja promovida em qualquer ramo de atividade econômica, incluindo ensino em geral, profissional e técnico.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, a aprendizagem deve ser construída em função do objetivo educacional e não do ensino puro e simples de uma profissão, para a qual sequer se exige qualificação técnica e científica.

Logo, de imediato, percebe-se a interpretação equivocada do Ministério do Trabalho e Emprego, na medida em que as condições de aprendizagem e todos os critérios técnicos consolidados pela OIT, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, pela legislação ordinária e pelo bom senso, não foram observados na revisão da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO.

Cabe, também, fazer destaque a Constituição Federal de 1988 que garantiu proteção integral ao adolescente trabalhador, em substituição do modelo de trabalho assistencial e desprotegido adotado pela Constituição de 1967, trazendo significativo estímulo à aprendizagem.

Percebe-se que os programas de aprendizagem necessitam de uma pitada de cidadania para se enquadrarem no novo conceito de trabalho, conforme concepção de Rangel¹⁰:

A aprendizagem deve ajudar o adolescente a desenvolver habilidades e competências que possibilite não só o seu ingresso no mundo do trabalho, mas sua permanência e possível ascensão, na medida de suas potencialidades. Deve ainda estimulá-lo no prosseguimento do estudo regular e sua qualificação permanente, como forma de romper com a histórica dicotomia intelectual e o exclusivamente operário, fragmentado e desestimulado. [...] Demais disso, deve ser adequada ao mercado de trabalho, de modo a assegurar uma capacitação real, que possa romper com a perpetuação do ciclo de pobreza e utilização do trabalho infantil desqualificado, gerando mais pobreza.

10 RANGEL, Patrícia Calmon. **Os direitos da criança e do adolescente, a lei de aprendizagem e o terceiro setor**. Revista Jurídica da Amatra 17ª Região, Vitória, v. 1, n. 1, mar. 2004, p. 85.

Logo, sem uma definição rígida sobre as funções que demandam formação profissional, é necessário buscar e interpretar critérios técnicos já existentes que caracterizam as ocupações que devam se submeter a um processo de formação técnico-profissional.

Neste particular, o SENAI constituiu-se, por excelência, numa instituição especializada na pedagogia do trabalho industrial e num paradigma de todas as outras instituições congêneres na América Latina, influenciando outras entidades de formação profissional como SENAC, SENAR, SENAT, dentre outras.

O SENAI é a instituição mais antiga e que melhor pode nos dar ideia da especificidade do uso do trabalho e da própria concepção de trabalho, como elemento pedagógico no interior da formação profissional, além de ter um compromisso de qualidade que o sistema convencional de educação não tem, vestido de abstração. No SENAI o aluno vê a ciência, lidando diretamente com máquinas, materiais e processos e com uma linguagem adaptada a seu repertório.

O Decreto nº 494, de 10/01/1962, que aprovou o Regimento do SENAI, atualizado pelo Decreto nº 6.635, de 5/11/2008, em seu artigo 19, alínea “m”, determina que “compete ao Conselho Nacional do SENAI fixar as percentagens de aprendizes a serem matriculados pelas empresas, bem como a duração dos cursos”.

Conforme já destacado no presente trabalho, a interpretação sistêmica, frente ao arcabouço de normas técnicas e jurídicas existentes, permite inferir competência ao SENAI e demais instituições congêneres para definir as funções que demandam formação profissional.

A formação profissional não pode ser apenas complementar, não pode ser ministrada de forma aligeirada, com a valorização de cursos de curta duração e de qualidade questionável, em nome de uma empregabilidade inexistente.

A política de aprendizagem deve contemplar uma possibilidade real de formação e qualificação do aprendiz, tanto para o exercício do trabalho, como da cidadania.

A sociedade contemporânea vem gerando demandas educacionais cada vez mais amplas e complexas. Assim, nada mais natural que o especialista tenha participação efetiva em suas diretrizes e definições.

No viés histórico da aprendizagem, o Decreto nº 31.546, de 1952, originalmente, já atribuía ao SENAI e ao SENAC competência para estabelecerem as ocupações objeto da aprendizagem metódica, bem como para delimitarem as condições dos cursos.

15.8 CONCLUSÃO

A aprendizagem se configura como um moderno instituto jurídico de inclusão e promoção socioeconômico para as exigências do mundo do trabalho.

Os programas de aprendizagem visam, em especial, a formação integral dos jovens, incluindo em seus desenhos curriculares metas de desenvolvimento de competências capazes de oferecer ao jovem dignidade e inserção profissional.

De forma geral, vale destacar que o instituto da aprendizagem segue diversos preceitos, dentre eles, os da Organização Internacional do Trabalho - OIT, da nossa Carta Magna e do Estatuto da Criança e Adolescente - ECA, com uma visão ampla de cidadania e com os olhos voltados para a realidade social.

A cota do aprendiz não pode ser vista apenas como uma obrigatoriedade a ser cumprida. Também não pode ser aplicada de forma genérica, gerando demanda irreal, custos desnecessários, profissionais sem mercado para inserção e formação profissional de baixa qualidade.

É equivocado o entendimento do Ministério do Trabalho e Emprego, embasado no Decreto nº 5.598, de 2005, de que todos os cargos e funções de uma empresa, contemplados na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, seriam passíveis de aprendizagem.

Esta interpretação não está adequada ao interesse público, uma vez que não interessa ao Estado impor ao empregador obrigação excessivamente onerosa, em descompasso com as finalidades do instituto da aprendizagem profissional.

É fundamental que tenhamos uma interpretação sistêmica e harmônica a todos os preceitos e normas legais para não frustrar o aprendiz dos sonhos de uma absorção de conhecimentos e de inserção profissional. Generalizar as cotas é diminuir e precarizar a aprendizagem.

Daí a necessidade de se buscar nas Entidades de Formação Profissional, capitaneadas pelo SENAI, verdadeira instituição especializada na pedagogia do trabalho industrial, a competência para interpretar critérios técnicos que caracterizem as ocupações que efetivamente devam se submeter a um processo de formação técnico-profissional, para a consequente definição objetiva das cotas de aprendizagem a serem cumpridas pelas empresas.

15.9 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Região. Recurso Ordinário nº 01490-2009-019-03-00-6. Recorrente: União Federal. Recorrida: JR Higienização Ltda. Relator: Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, Belo Horizonte, MG, publicado em 06 de dezembro de 2010.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho**. 3ª Região. Recurso Ordinário nº 0000674-90.2010.5.03.0107. Recorrente: União Federal. Recorrida: Colabore Administração e Serviços Ltda. Relator: Desembargador Emerson José Alves Lage. Belo Horizonte, MG, publicado em 10 de março de 2011.

BRASIL. **Constituição (1988) Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto - Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Decreto - Lei 4.048, de 17 de janeiro de 1942**. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10097.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Lei 11.180, de 23 de setembro de 2005**. Institui o Projeto Escola de Fábrica, autoriza a concessão de bolsas de permanência a estudantes beneficiários do Programa Universidade para Todos – PROUNI, institui o Programa de Educação Tutorial – PET, altera a Lei no 5.537, de 21 de novembro de 1968, e a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11180.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Decreto 5.598, de 1º de dezembro de 2005**. Regulamenta a contratação de aprendizes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/>

ato2004-2006/2005/decreto/d5598.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Decreto 494, de 10 de janeiro de 1962**. Aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DCM/dcm494.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2014.

BRASIL. **Decreto 6.635, de 5 de novembro de 2008**. Altera e acresce dispositivos ao Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, aprovado pelo Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6635.htm>. Acesso em: maio de 2014.

BRASIL. **Decreto 31.546, de 6 de outubro de 1952**. Dispõe sobre o conceito de empregado aprendiz. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D31546.htm>. Acesso em: maio de 2014.

FONSECA, Celso Suckov. **História do ensino industrial no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Técnica Nacional, 1961.

LACERDA, Nadia Demoliner. **A Lei do Aprendiz e suas Polêmicas**. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informe-se/carreira-e-rh/a-lei-do-aprendiz-e-suas-polemicas/48750>. Acesso em: maio 2014.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Os direitos da criança e do adolescente, a lei de aprendizagem e o terceiro setor**. Revista Jurídica da Amatra 17ª Região, Vitória, v. 1, n. 1, mar. 2004.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da educação no Brasil (1930/1973)**, Vozes, Petrópolis, 1986.

SILVA, José Adelar Cuty. **Comentários à reforma no instituto da aprendizagem**: Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id229.htm>. Acesso em: maio 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**16 – A SEGURANÇA JURÍDICA E A
INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES
DEVIDAS AO SESI E AO SENAI SOBRE AS
PARCELAS DITAS INDENIZATÓRIAS**

LEONARDO RODRIGO SILVA TONICO (RELATOR)
SÉRGIO LUÍS RODRIGUES COUTO
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO GRANDE DO SUL

16.1 INTRODUÇÃO

Na sociedade atual os indivíduos necessitam de garantias jurídicas para o desenvolvimento de suas atividades, a fim de evitar consequências indesejadas. Ocorre que tanto as entidades do Sistema S, como as empresas contribuintes do Serviço Social da Indústria (SESI) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) estão no anseio de segurança jurídica com relação à definição pelo judiciário da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Durante a fase administrativa e na cobrança judicial das contribuições sociais devidas ao Sesi e ao SENAI, as empresas demandadas diretamente por estas entidades passaram a pleitear a não incidência destas sobre parcelas ditas indenizatórias.

Cabe esclarecer que via de regra, as contribuições destinadas ao Sesi e ao SENAI são arrecadadas através da Receita Federal do Brasil¹ e cobradas através do executivo fiscal pela Procuradoria da Fazenda Nacional². No entanto, segundo facultam o Regulamento do Sesi e o Regimento do SENAI, em situações especiais estas podem ser recolhidas diretamente aos cofres das entidades mediante a assinatura pelas empresas de Convênio de Arrecadação Direta e de Termo de Cooperação Técnica.

Nestes casos, embora as entidades façam a cobrança das Contribuições Sociais prevista no Decreto Lei nº 57.375/65 e no Decreto-lei 6.246/44, através de ações próprias, a base de cálculo continua sendo a mesma alcançada pela Contribuição Previdenciária, a qual está sendo objeto de uma enxurrada de ações discutindo a sua não incidência sobre as rubricas de natureza indenizatória.

Este artigo não tem a pretensão de definir as orientações com relação à aplicação da norma e tão pouco esgotar a matéria, mas sim de trazer para o debate pontos relevantes na busca da estabilidade necessária nas relações sociais no âmbito do Sistema Indústria.

1 Art. 3º. Compete à União, por meio da Receita Federal do Brasil, arrecadar, fiscalizar, administrar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais competências correlatas e decorrentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo-fiscal, observado o disposto no art. 4º desta Medida Provisória. § 1º - As competências previstas no caput estendem-se às contribuições devidas, por lei, a terceiros, na forma dos §§ 3º a 6º, aplicando-se em relação a essas contribuições, no que couber, as disposições desta Medida Provisória. Medida Provisória 258.

2 Art. 14. Compete, privativamente, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a consultoria, a representação, judicial e extrajudicial, e a apuração da liquidez e certeza da dívida ativa da União, relativas às contribuições sociais de que tratam o caput e o § 1º do art. 3º, nos termos dos arts. 12, incisos I, II e V, e 13 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Medida Provisória 258.

Assim, em face do crescente número de ações discutindo a matéria, bem como da remansosa jurisprudência no sentido de o SESI e o SENAI³ estariam extrapolando o conceito de folha de salários, necessária a análise do tema, abordando seus aspectos controvertidos.

16.2 DA ABORDAGEM FEITA PELOS CONTRIBUINTES

Alegam os contribuintes que a contribuição previdenciária, e por derradeiro, as contribuições devidas ao SESI e ao SENAI, em razão de sua limitação constitucional e legal, devem incidir tão somente sobre os valores pagos a título de remuneração ou salário. Nesse viés, dispõe o artigo 195 da CF/88⁴, determinando que as contribuições previdenciárias poderiam ser validamente cobradas sobre a “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”.

Nessas condições, tem-se que as contribuições só incidiriam sobre as parcelas que **se substanciem em ‘rendimentos do trabalho’**. Assim, diante da alegada limitação constitucional para as contribuições em exame, estas só seriam devidas sobre verbas de caráter remuneratório, excluindo-se a possibilidade de incidência da contribuição sobre verbas de natureza indenizatória.

Nesse contexto, postulam os contribuintes a não incidência da contribuição sobre o terço constitucional de férias, sobre o aviso prévio indenizado, o auxílio-creche, os quinze primeiros dias de afastamento por doença ou acidente laboral, o abono pecuniário, entre outros.

Por exemplo, no caso da incapacidade laboral, por doença ou acidente, ainda que transitória, o argumento principal para a não incidência da contribuição previdenciária é o fato de que não ocorre a efetiva prestação de serviços. Portanto, não se verifica a natureza de remuneração pelo serviço prestado.

3 “Decreto-lei nº 6.246/47, Art. 1º - A contribuição de que tratam os Decretos-Leis nº 4.048 de 22.01.42 e nº 4.936 de 07.11.42, destinada à montagem e ao custeio das escolas de aprendizagem, passará a ser arrecadada na base de um por cento sobre **o montante da remuneração paga pelos estabelecimentos contribuintes a todos os seus empregados**”.

4 “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) **a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) **b) a receita ou o faturamento;** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) **c) o lucro;** (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)”

Não estando o empregado capacitado para trabalhar, por causa de doença, a prestação respectiva tem natureza previdenciária, não havendo falar em salário. A exigência tributária não tem amparo, portanto, no art. 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, por não consistir em remuneração pela prestação de serviços.

A redação do § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213/91, que determina o pagamento do salário integral durante os quinze primeiros dias consecutivos ao do afastamento da atividade, não afeta referido entendimento.

Assim, ao analisar o entendimento dos contribuintes verifica-se que algumas rubricas já possuem inclusive entendimento formado pelos Tribunais Superiores⁵, a quem compete dar a última palavra em matéria de interpretação de leis federais, sendo necessário um alinhamento dos regionais com relação à cobrança de tais parcelas.

16.3 DA ABORDAGEM FEITA PELO SESI E PELO SENAI

A matéria ora em análise reveste-se de caráter tributário, devendo ser aplicados, portanto, os institutos desse ramo do Direito. Já é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência tal entendimento. Geraldo Ataliba, na sua obra *Hipótese de Incidência Tributária* (4ª Edição, Editora Revistas dos Tribunais, 1990, pág. 195), ensina, in verbis:

“A contribuição é um instituto jurídico que se constitui essencialmente pela disciplina da passagem compulsória de dinheiro privados aos cofres públicos, por força de decisão legislativa. Nesse sentido, corresponde ao conceito genérico de tributo – científico ou doutrinário - seja qual for a corrente que se adote, ou a idéia que de tributo se faça, em termos econômicos ou das ciências das finanças”.

A Corte Excelsa, nesse diapasão, já se manifestou nos RE nº145068/94, RE nº186.862/95, RE nº146.619/94 e RE nº166.772.

O Código Tributário Nacional, instituído pela Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 e recepcionado como Lei Complementar pela Constituição da República (artigo 146, inciso III), assim dispõe em seu artigo 109:

⁵ Sumula nº 310 do Superior Tribunal de Justiça: O auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição.

“Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

Cabe ao Direito Constitucional-Tributário definir a base de cálculo da contribuição. O salário, assim como a renda, são elementos econômicos remuneratórios dos fatores de produção, quais sejam, trabalho e capital.

Nesse contexto, a renda representa a apropriação pelos agentes econômicos dos benefícios gerados no processo produtivo. Assim, juros são a remuneração do capital, lucro da capacidade empresarial, aluguel das matérias-primas e, por fim, salários do trabalho.

Na teoria econômica, qualquer benefício, seja ele expresso em termos monetários ou não, agregado pelo trabalhador constitui-se em fator da remuneração de sua atuação no processo produtivo, representado pelo salário.

O *mens legis* da norma contida na redação original do parágrafo 4º, do artigo 201 da Constituição – “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”, é justamente reconhecer, juridicamente, para os efeitos tributários, as relações econômicas dos agentes quanto à apropriação do trabalho. Vê-se claramente que tal norma define a base de cálculo da exação incidente sobre a folha de salários, prevista no artigo 195, inciso I, da Carta Magna.

Para a empresa, constitui uma despesa o pagamento das parcelas em comento a seus empregados. No mundo econômico nada é gratuito. Se alguém se beneficia é porque outrem paga. Nesse sentido, como uma despesa não é convertida em ganho ao trabalhador?

A segurança e a comodidade oferecida pela empresa aos seus empregados representa para ela um custo, já para os beneficiários de tal graça constitui um ganho, pois houve sacrifício econômico da daquela para que os seus empregados pudessem gozar de tal comodidade.

Com o fito de melhor esclarecer a questão, pode-se tracejar uma comparação com o Imposto de Renda. O Código Tributário Nacional, no artigo 43, incisos I e II, classifica a renda: - como produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e proventos: - de qualquer natureza, os acréscimos patrimoniais não compreendidos na renda.

Destarte, semelhantemente, qualquer disponibilidade (benefício) adquirida pelo empregado de sua empresa, desde que não seja eventual, integra a base de cálculo da contribuição social para custeio da seguridade incidente sobre as folhas de salários.

O Colendo Supremo Tribunal Federal assim já se manifestou em relação ao imposto de renda, que, por proximidade do instituto, também pode tal decisão ser suscitada às contribuições, *in verbis*:

“EMENTA: ... Rendas e proventos de qualquer natureza: o conceito implica reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso...”
(STF.RE 117.887-6. Rel.: Min. Carlos Mário Velloso. Decisão: 11/02/93, DJ de 23/04/93, p. 6.923.)

No caso concreto, esse algo são a comodidade e a segurança desfrutadas pelos empregados da empresa.

Apenas por hipótese, ao se considerar que o referido ganho não compõe a base de cálculo da contribuição, estar-se-ia perante uma situação jurídica anômala, porquanto, segundo o entendimento retrocitado da Corte Excelsa, o benefício recebido pelos empregados seria considerado na base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Física, mas não para os fins da contribuição. Tal situação não é possível, porquanto a semelhança entre o fato gerador e a base de cálculo do Imposto de Renda de Pessoa Física e da Contribuição Social sobre a folha de salário permite que, neste caso, o conceito de ganho no IR aplique-se também à contribuição.

Assim sendo, à medida que a despesa do empregador convertesse em benefício econômico não eventual para seus empregados, porquanto cuida de vantagem auferida em decorrência de seu trabalho, urge concluir que tais parcelas se constituem em remuneração ao trabalho e, por conseguinte, integram o salário-de contribuição, encontrando também respaldo na Lei nº 8.212/91, que encerra a definição legal de salário-de-contribuição.

No caso em tela, por força de expressa disposição legal, §3º do artigo 60 da Lei nº 8.213/91, a empresa paga a seus empregados o salário integral correspondente aos 15 dias que antecedem seu afastamento por motivo de doença, parcela que, sem dúvida, deve integrar o salário-de-contribuição para efeito de cálculo de contribuição previdenciária. Assim sendo, não há dúvida quanto à incidência das contribuições previdenciárias em tal período, não merecendo guarida a pretensão dos contribuintes do SESI e do SENAI.

Oportuno discorrer um pouco sobre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, férias e adicional de 1/3 sobre férias.

No Dicionário Eletrônico HOUAISS encontra-se, referentemente à expressão “**férias**”: “substantivo feminino plural - período de descanso a que têm direito empregados, servidores públicos, estudantes etc., depois de passado um ano ou um semestre de trabalho ou de atividades”. Essas rubricas, igualmente, integram matéria Constitucional⁶ e a CLT⁷.

Nesse contexto, assim disciplinam a Lei de Custeio (Art. 28 da LEI n.º 8.212, de 1991)⁸ e seu Decreto regulamentador, que por salário-de-contribuição, endente-se: “I - para o empregado e trabalhador avulso: **a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título (...)**”

Nesse sentido, o dispositivo legal que se refere especificamente a verbas relativas a férias sobre as quais não incide contribuição social é o parágrafo 9º, do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91⁹.

Note-se que estão excluídas da base de cálculo da contribuição previdenciária, no que se refere às férias, apenas aquelas rubricas de natureza indenizatória (art. 28, § 9º, “d”, da Lei n.º 8.212, de 1991) e o abono de férias previsto nos artigos 143 e 144 da CLT (art. 28, § 9º, “e”) (...)⁶”, da Lei n.º 8.212, de 1991).

Portanto, mais uma vez percebe-se que o valor pago pelo empregador a título de férias do empregado, inclusive o terço constitucional de férias, possui natureza salarial, salvo quando se referir a férias não desfrutadas, pagas na rescisão do contrato de trabalho, quando, então, passa a ter natureza indenizatória, em consonância com a alínea “d” do § 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212, de 1991, já transcrita.

6 Constituição Federal/1988: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: {...} XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;”

7 CLT: “Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977).

8 Lei n.º 8.212, de 1991: “Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

9 Art. 28. (...); § 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...) d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; e) as importâncias: (...) 6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

Cumpra ainda asseverar que as verbas que são mencionadas no artigo 28, § 9º, alínea “e”, do mesmo diploma legal, não tem qualquer correlação com a exação aqui combatida.

Importante ter em mente que os artigos 143 e 144 da CLT, mencionados no comentado artigo 28, não cuidam do terço constitucional de férias, mas do abono pecuniário, ou seja, aquele decorrente da transformação de 1/3 das férias em pecúnia. O trabalhador converte em dinheiro dez dias de suas férias, reduzindo o seu gozo a vinte dias. Sobre este terço, convertido em moeda, é que não incide contribuição previdenciária, como previsto no § 9º, alínea “e”, item 6, do art. 28 da Lei n.º 8.212, de 1991.

Abaixo seguem transcritos os dispositivos da CLT:

“Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes.” (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977)

“Art. 144. O abono de férias de que trata o artigo anterior (grifei), bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho.” (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1998).”

Sendo as exclusões enumeradas de forma exaustiva, incidem as contribuições previdenciárias sobre as verbas discutidas.

A natureza jurídica das parcelas pagas a título de férias não é uniforme, mas variará em função do cumprimento (ou não) de suas funções no contexto contratual. Caso sejam férias efetivamente fruídas, gozadas no curso do contrato, sua natureza será de salário; caso contrário, assumirão natureza jurídica de indenização pelo direito trabalhista parcialmente frustrado.

Já a natureza jurídica do terço constitucional de férias, parcela suplementar que se agrega, necessariamente, ao valor pertinente às férias trabalhistas, como acessório, assume a natureza jurídica da parcela principal a que, naturalmente, adere. Terá desse modo, caráter salarial nas férias gozadas e natureza indenizatória quando liquidadas na rescisão contratual, sem a correspondente fruição pelo empregado.

16.4 DA SEGURANÇA JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Em alguns casos as empresas contribuintes possuem decisões com relação a não incidência da Contribuição Previdenciária, no entanto estas não suspendem a exigibilidade das contribuições devidas ao Sesi e ao Senai, pois apesar de possuírem a mesma base de cálculo, possuem outra regra matriz de incidência tributária. Tal aspecto deve ser considerado pelas entidades quando da análise da viabilidade da cobrança judicial e administrativa das suas contribuições sobre as rubricas ditas indenizatórias.

Pode-se dizer que o setor de fiscalização das entidades encontra-se contagiado por um sentimento generalizado de insegurança, que aflige a sociedade em geral com relação à matéria.

A legislação complexa e a jurisprudência instável agrava a situação, sendo imperiosa uma decisão do STF, com efeito abstrato, para reconstruir a segurança jurídica na cobrança das contribuições devidas ao Sesi e ao Senai.

Resta também controvertido é o fato de que algumas Entidades do Sistema S ingressaram em juízo contra a incidência da contribuição previdenciária sobre tais parcelas, ao mesmo tempo em que estas constituem a base de cálculo das contribuições que são objeto de cobrança pelas mesmas de seus respectivos contribuintes.

Assim sendo, constata-se que ao mesmo tempo em que as Entidades exercem o seu dever legal de efetuar a cobrança das contribuições que lhe são devidas, demonstram a falta de certeza com relação a sua exigibilidade, o que gera a sensação de que não há segurança jurídica.

Sobre a segurança jurídica esperada no âmbito tributário e por consequência para as contribuições em comento, é relevante destacar o entendimento de Humberto Ávila, em “Sistema Constitucional Tributário”, 2004, pp. 297-297, apud Christine Mendonça, p. 51, na obra coletiva acima registrada, enfatiza:

“A segurança jurídica pode ser representada a partir de duas perspectivas. Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor ‘antes’ que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade), e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer ‘mais cedo’ o conteúdo das leis (anterioridade). A idéia diretiva obtida a partir dessas normas pode ser denominada ‘dimensão

formal-temporal da segurança jurídica, que pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei. Nesse sentido, a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do 'cálculo prévio' independentemente do conteúdo da lei. Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma 'certa medida' de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade contedísticas para os destinatários da regulação”.

Já Luís Roberto Barroso, no contexto de interpretação das normas constitucionais, sobre a segurança jurídica afirma:

“O sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.”¹⁰

Ao se analisar os referidos pensamentos doutrinários, reflete-se e constata-se que a segurança jurídica é uma busca também SESI e SENAI, quando da cobrança das suas contribuições sociais.

Portanto, no presente caso resta claro que não se pode efetuar a interpretação normativa isoladamente, ou tão pouco esperar a previsibilidade e objetividade das condutas e os princípios, restando apenas esperar que tribunal constitucional exerça sua função de uniformizar a matéria para todos.

16.5 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Embora na origem e nos tribunais seja possível encontrar as mais diversas decisões sobre a matéria, os Recursos Especiais e Extraordinários versando sobre a matéria estavam sendo sobrestados, também na ânsia de que tivéssemos uma retomada no caminho da segurança jurídica, ante a existência de paradigma conforme sistemática prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil e pelo efeito repetitivo atribuído ao REsp nº 1230957, da empresa HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA, nos termos do art. 543-C do CPC. Ocorre que recentemente restou julgado o Recurso Especial referido, o qual restou assim ementado:

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. p. 352.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

1.1 Prescrição. (...)

1.2 Terço constitucional de férias.

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, “d”, da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: “Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas”.

1.3 Salário maternidade.

O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, “a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”. O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de

a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal.

Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa. (...)

1.4 Salário paternidade.

O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, § 1º, do ADCT).

Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que “o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários” (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.11.2009).

2. Recurso especial da Fazenda Nacional.

2.1 Preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC. (...)

2.2 Aviso prévio indenizado.

A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária.

A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano. Ressalte-se que, “se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba” (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011). (...)

2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

No que se refere ao segurado empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99). Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado. Nesse contexto, a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar

na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória. (...)

2.4 Terço constitucional de férias.

O tema foi exaustivamente enfrentado no recurso especial da empresa (contribuinte), levando em consideração os argumentos apresentados pela Fazenda Nacional em todas as suas manifestações. Por tal razão, no ponto, fica prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional.

3. Conclusão.

Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas.

Recurso especial da Fazenda Nacional não provido.

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (STJ, 1º Seção, REsp 1230957 / RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014)

A jurisprudência referida confirma a regularidade da incidência da contribuição sobre as verbas remuneratórias acessórias da folha de pagamento da empresa, bem como seu efeito repetitivo assegura que em todas as ações versando sobre a matéria será aplicado o entendimento.

No entanto, agora cabe ao Excelso Supremo Tribunal Federal (STF) dar a palavra final sobre o assunto, o qual já havia pacificado o entendimento de que as gratificações habituais integram o salário, consoante se depreende do enunciado da Súmula 207 daquela Corte.

O mesmo STF já proferiu decisões que confortam a tese¹¹, no entanto esta não abrange outras rubricas, sendo necessária uma decisão com efeito vinculante abrangendo todos os aspectos abordados sobre o tema.

11 "Contribuição previdenciária. 13º salário. Leis 7.787/89 e 8.212/91. A incidência da contribuição previdenciária sobre o 13º salário não ofende o artigo 195, I, da Constituição, uma vez que a primeira parte do § 4º do artigo 201 da mesma Carta Magna determina que 'os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária', e a súmula 207 desta Corte declara que 'as gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário'. Precedentes do STF" (RE 370170/PE, 1ª T, j. DJU 16/05/03, Rel. MIN. MOREIRA ALVES).

16.6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão a respeito da existência ou não de incidência de contribuições previdenciárias sobre verbas trabalhistas indenizatórias não é nova. Há tempo se discute o âmbito de incidência do art. 22, inciso I da lei n. 8.212/91.

Todavia, com o amadurecimento do tema a jurisprudência dos nossos Tribunais convergiu para o entendimento de que verbas trabalhistas de cunho indenizatório não estariam sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias, uma vez que não apresentariam natureza salarial.

Detalhando mais a questão, é possível afirmar que a jurisprudência atual é no sentido de afastar a incidência da referida exação para as seguintes verbas: (i) férias indenizadas, (proporcionais e em dobro); (ii) 1/3 constitucional sobre as férias; (iii) 15 dias que antecedem o auxílio-doença; (iv) aviso prévio indenizado; (v) multa de 40% do FGTS; (vi) auxílio-alimentação pago *in natura*; e (vii) auxílio-creche.

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que os valores pagos a título de (i) salário-maternidade, (ii) salário-paternidade e (iii) férias gozadas, teriam natureza salarial e, portanto, estariam sujeitos à incidência previdenciária.

O efeito repetitivo atribuído ao Resp 1.230.957 tende minimizar as divergências sobre a matéria. No entanto só se encontrará a segurança jurídica tão almejada quando o STF proferir uma decisão com efeito *erga omnes* saneando os contornos aqui delineados.

16.7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto, **Segurança Jurídica**, 1ª edição, São Paulo, Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto, **Sistema Constitucional Tributário**, Editora Saraiva, 2004.

ATALIBA, Geraldo, **Hipótese de Incidência Tributária**, 4ª Edição, Editora Revistas dos Tribunais, 1990.

BARROSO, Luís Roberto, **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, Editora Saraiva.

GALVÃO, Ilmar, Parecer elaborado a pedido do SESI e do SENAI, Brasília, 2008.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, Jose Roberto Ferreira, **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, 45ª edição, São Paulo, Saraiva, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado 8. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, **Leis civis comentadas**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**, 11ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAULSEN, Leandro, ÁVILA, René Bergmann e SLIWKA, Ingrid Schroder, **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**, 3. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

PAULSEN, Leandro, **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**, 15ª. ed. ver. Atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2013.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**17 – LIMITES E PROCEDIMENTOS PARA
CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA
REALIZAÇÃO DE EVENTOS E PROJETOS
PELAS ENTIDADES INTEGRANTES DO
SISTEMA INDÚSTRIA E AS IMPLICAÇÕES
ADJACENTES**

LETÍCIA DE OLIVEIRA LOURENÇO
DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS GERAIS

17.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os limites e procedimentos a serem observados nas contratações efetivadas por parte das entidades integrantes do Sistema Indústria, as quais têm por objeto os eventos e projetos relacionados às missões institucionais, através de contratação de empresa para a realização de serviços de planejamento, gestão, organização, promoção, patrocínio, coordenação, operacionalização, produção e assessoria de eventos.

Inicialmente, será feita a definição acerca da caracterização de evento, bem como será discutido a necessidade da contratação de empresa de eventos para a prestação destes tipos de serviços, sendo que resta claro que as entidades possuem característica plural, necessitando de serviços especializados para o cumprimento das missões institucionais.

O trabalho vai esclarecer, ainda, pelo ponto de vista da autora e de acordo com estudos realizados, a submissão das entidades integrantes do Sistema Indústria à Lei nº 12.232/2010, tendo em vista que as entidades possuem regulamentos próprios, os quais definem a forma que devem ser procedidas as contratações necessárias para a realização de qualquer atividade.

Para o desenvolvimento acerca das formas de contratação destas empresas especializadas em eventos, bem como a forma de efetivação das subcontratações necessárias, será analisada a obrigatoriedade ou não destas empresas utilizarem os Regulamentos de Licitações e Contratos das entidades integrantes do Sistema Indústria para a realização destas contratações.

Será analisado, ainda, a forma de remuneração destas empresas sob o foco não somente da lei, mas também a realidade imposta pelo Tribunal de Contas da União, através das Secretarias de Controle Externo, que têm apreciado com rigor as contratações oriundas de procedimentos licitatórios.

17.2 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL ÀS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA INDÚSTRIA

A compreensão das entidades que compõem o Sistema Indústria é de extrema importância para se determinar a qual regime jurídico elas estão submetidas. Não obstante o presente assunto possuir um enorme leque de interpretações e entendimentos, este artigo irá se concentrar

naqueles pontos que acarretem impacto direto na contratação de empresa de eventos, esclarecendo em qual regime legal se submetem as entidades envolvidas, analisando não somente os regulamentos, como também as leis que impactam sobre as formas destas contratações.

Partindo-se deste pressuposto, tem-se que a Confederação Nacional da Indústria, as Federações de Indústrias nos âmbitos regionais, e ainda, o Instituto Euvaldo Lodi, por serem entidades privadas sem fins lucrativos, desvinculadas formalmente do Poder Público, estão submetidos às regras do direito privado adequadas à sua natureza jurídica, razão por que não têm o dever de licitar para celebrar seus contratos, estando, no entanto, obrigados a observar os seus estatutos e regulamentos internos.

Quanto ao Serviço Social da Indústria – SESI e Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI a realidade é outra. Isso porque, referidas entidades, por serem Serviços Sociais Autônomos, atuam ao lado do Estado e sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando apenas vinculados aos órgãos estatais relacionados com suas atividades, para fins de controle finalístico e para prestação de contas dos recursos públicos recebidos mediante contribuições parafiscais que são utilizadas na manutenção e realização de suas atividades institucionais.

No que concerne ao orçamento e à prestação de contas da gestão financeira, é importante registrar que o SESI e o SENAI, além das exigências contidas em suas regulamentações específicas, estão adstritos ao disposto nos artigos 11 e 13 da Lei nº 2.613/1955, estando submetidos à fiscalização e ao controle pelo Poder Público nos termos não apenas do artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, mas, também, do art. 183 do Decreto-Lei nº 200/67, que estabelece que:

“as entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público e social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente de cada uma.”.

Neste sentido, a doutrina reforça todo o exposto até então:

“Por serem pessoas jurídicas de criação autorizada por lei, bem como pela circunstância de arrecadarem contribuições parafiscais de recolhimento obrigatório, caracterizadas como dinheiro público, as pessoas de cooperação governamental submetem-se a controle pelo Poder Público, na forma definida na lei,

*estando sempre vinculadas à supervisão do Ministério em cuja área de competência estejam enquadradas.*¹

Entretanto, não se pode perder de vista que o SESI e o SENAI não são entidades integrantes da Administração direta ou indireta, nem estão previstas no rol do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 como obrigadas a seguirem rígidos procedimentos previstos naquela norma.

Assim, por mais que se reconhecesse a necessidade de tais entidades licitem previamente à celebração de seus contratos, entendia-se inadequado submetê-las à disciplina da Lei nº 8.666/93. E foi por isso que o Tribunal de Contas da União, em 11/12/1997, através da Decisão Plenária TCU nº 907/97, entendeu o seguinte:

“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, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório”.

Este entendimento foi ratificado em deliberação ulterior pelo mesmo Tribunal, no contexto da Decisão Plenária TCU nº 461, datada de 27/07/1998, tendo sido acrescentada a informação de que cabe aos próprios órgãos do “Sistema S” aprovar os regulamentos internos de suas unidades, devidamente publicados, desde que observem os princípios gerais do processo licitatório.

Com efeito, tais entidades têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União e de, previamente às suas contratações, realizarem licitação, que seguirá as regras de seus Regulamentos de Licitações e Contratos.

Quanto ao dever de licitar, deve ser abordada a questão referente à subordinação ou não do SESI e do SENAI à Lei nº 12.232/10, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Para tanto, é importante observar que, nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.232/2010, esta se aplica às contratações de serviços de publicidade realizadas pela Administração direta e indireta da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, bem como àquelas efetivadas por entidades controladas direta ou indiretamente por tais entidades.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 531.

Diante do texto legal, depreende-se que as entidades integrantes do “Sistema S” não estão abrangidas pela Lei nº 12.232/2010, visto que, não bastasse o fato de não serem integrantes nem da Administração Pública Direta ou mesmo Indireta, não podem ser tidas como entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, porquanto este apenas autoriza a sua criação por meio de edição legal e permite a manutenção de tais entidades mediante contribuições parafiscais, o que, no entanto, não se adequa ao conceito de controle direto e indireto.

Lado outro, poder-se-ia questionar, por força do artigo 20 da Lei nº 12.232/2010, que estabelece que “*o disposto nesta lei será aplicado subsidiariamente às empresas que possuem regulamento próprio de contratação, às licitações já abertas, aos contratos em fase de execução e aos efeitos pendentes aos contratos já encerrados na data de sua publicação.*”, se referida Lei não seria aplicável ao SESI e ao SENAI, considerando que seus processos licitatórios são regidos por regulamentos próprios e estes não cuidam especificadamente da contratação de serviços de publicidade.

Em que pese em uma leitura mais apressada seja possível chegar a essa conclusão, a tese ora defendida é que a Lei 12.232/2010 não é aplicável às entidades integrantes do Sistema Indústria. Isso porque, de plano, não se pode considerar que o SESI e o SENAI sejam empresas, visto que este é um conceito técnico que não pode ser tido como sinônimo de qualquer pessoa jurídica. Ademais, não se pode perder de vista, em momento algum, que tais entidades são Serviços Sociais Autônomos, e, como tais, são desprovidas de finalidade lucrativa, elemento essencial e fundamental na definição de empresa, ou, para ser mais preciso, de sociedade empresária.

Prosseguindo, não se pode desconsiderar que a própria sistemática da Lei nº 8.666/93 admite a possibilidade de que as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios editem regulamentos próprios devidamente publicados, desde que respeitados os limites da Lei de Licitações.

Diante disso, a conclusão que se pode chegar é que o artigo 20 da Lei nº 12.232/2010 se refere às hipóteses do artigo 119 da Lei nº 8.666/93, o que, por evidente, não abrange o SESI e o SENAI, visto que, como demonstrado, não fazem parte da Administração Pública Direta, Indireta nem mesmo podem ser tidas como entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

Dessa forma, conforme salientado inicialmente, o SESI e o SENAI, criados por autorização legal, operam em regime da iniciativa privada, na forma de seus estatutos, atuando em co-operação com o Poder Público na prestação de serviços ou atividades privadas de interesse

público ou social, sem, contudo, integrar a Administração direta nem a indireta e, como Serviços Sociais Autônomos que são, não estão sujeitos ao império da Lei nº 8.666/93, e sim aos regulamentos próprios.

E é em consonância com esses fundamentos que a conclusão que se impõe é que o SESI e o SENAI não estão subordinados aos procedimentos estabelecidos pela Lei nº 12.232/10, e sim aos seus próprios Regulamentos de Licitações e Contratos Públicos.

Estes, pois, em linhas gerais, são os pressupostos necessários dos quais o presente artigo deve partir, para analisar adequadamente todas as peculiaridades que o assunto impõe.

17.3 EVENTOS – CARACTERIZAÇÃO

Uma vez estabelecidos os parâmetros a partir dos quais a análise do presente artigo será processada, cabe nesse momento fazer um estudo a respeito daquilo que chamamos de eventos e de projetos.

Para tanto, importante ter em mente que as entidades integrantes do Sistema Indústria buscam apoiar e desenvolver projetos e eventos, a atenderem suas atribuições institucionais, no intuito de contribuir decisivamente para o desenvolvimento da indústria em geral e participar ativamente da construção de uma sociedade econômica, política e socialmente desenvolvida. Contudo, deve-se esclarecer, desde já, que não há na legislação regras específicas a serem seguidas para a execução de eventos e projetos pelas entidades integrantes do Sistema Indústria, cujo balizamento repousa em seus estatutos e regulamentos internos.

Sobre o tema, Eni Maria Ranzan, Danielle Oliveira de Souza e Larissa Paola de Oliveira prelecionam que:

“Os eventos empresariais, são estratégias de comunicação que necessitam de planejamento, execução e avaliação, de maneira articulada, para gerar uma afinidade entre a organização e o público de interesse. Destacam-se como eventos empresariais, especialmente as tipologias: brunches, convenções, coquetéis, exposições, feiras, happy-hours, inaugurações, lançamento de livros, lançamento de Pedra Fundamental, lançamento de produtos e serviços, visitas técnicas, workshops, entre outros.”

a) Brunch: Caracteriza-se por ser um café da manhã-almoço, servido em estilo Buffet. Além do seu uso empresarial, para Meirelles (1999), o brunch é utilizado socialmente em finais de semana, pois as pessoas realizam duas refeições em uma só (pela flexibilidade de horário). Seu horário ideal é das 10h às 14h. Nesta mistura de café da manhã e almoço, podem ser servidos doces e salgados (com alguns pratos quentes), sucos e bebidas. Evento informal, que tratar de diversos assuntos, inclusive fusão de empresas, mudança de funcionários, etc.

b) Convenção: Evento promovido tanto por empresas, como por partidos políticos. As convenções quando reúnem pessoas de empresas, são realizadas por setores distintos. Há também convenções de vendas que reúnem elementos ligados ao setor (vendedores, revendedores, distribuidores, representantes). Convenção é uma espécie de reuniões, visando concentrar um certo público para tratar de assuntos de interesse, ou até mesmo para apresentação de produtos novos no mercado. Nestes eventos os participantes são instigados para novos desafios e continuamente motivados para atingir os objetivos propostos.

c) Coquetel: É uma reunião de pessoas, para Meirelles (1999, p. 51) com o objetivo “de confraternização, motivadas pela comemoração de um acontecimento”. Na área empresarial o horário ideal para sua realização é entre 19 e 21 horas. O coquetel é muito utilizado para comemorar inaugurações de novas instalações, novas filiais, lançamento de produtos...

d) Exposição: São eventos que mostram novos equipamentos, produtos e serviços, objetivando sua apresentação e opcionalmente sua venda. Fazem parte desta tipologia: as feiras, mostras, vernissage... Sua promoção remete, portanto, para a exposição e venda de produções, bem como para o reconhecimento de artistas.

e) Feira: É uma forma de “exibição pública com o objetivo de venda direta ou indireta, constituída de vários estandes, montados em lugares especiais, onde se colocam produtos e serviços”. (MATIAS, 2001, p.66). Este é utilizado para atrair um grande público segmentado, que na visão de Giacaglia (2006), objetiva manter contato direto com clientes e prospects, desenvolver mailing de prospecção, coletar informações sobre a concorrência, lançar novos produtos e estabelecer novos contatos comerciais.

f) Happy Hour: Surgiu nos Estados Unidos, sendo utilizado para aliviar o stress e jogar conversa fora com colegas ou amigos. É realizado no final da tarde, como política de entrosamento. Pressupõe que os participantes, troquem informações de maneira descontraída, com acompanhamento de um drink. Pode acontecer, para Meirelles (1999), num bar, restaurante, ou na própria empresa, objetivando a otimização de relacionamentos.

g) Inauguração: Tem como principal característica a apresentação de novos espaços a um público alvo. As mais conhecidas são de espaços físicos e monumentos. Estes para Britto e Fontes (2001) podem ser históricos ou homenageativos. Podem lançar uma construção familiar, obras públicas, de arte, lojas ou escritórios, etc. Opcionalmente homenageia-se uma pessoa por feitos beneméritos, nomeando o espaço com seu nome. Na ocasião, as pessoas têm a oportunidade de conhecer o local e, geralmente, participam de coquetel.

h) Lançamentos: É o ato de lançar um produto ou serviço. Os mais usuais são: lançamento de pedra fundamental, para marcar o início de uma construção (nesta são colocado documentos da época dentro de uma urna que, posteriormente, é enterrada no local, para registrar aquele momento histórico); lançamento de livros ou noite de autógrafos, contanto com a presença do autor, que redige uma dedicatória a cada comprador do livro, vendido no local (por preço especial); também existem os lançamentos de empreendimentos imobiliários (feito por meio do lançamento de maquete da construção) e de produtos e serviços, para divulgação destes.

i) Visita técnica ou Open Day: Oportunidade oferecida pelas empresas para mostrar, a um público segmentado, suas instalações, equipamentos, equipes, etc.. Faz parte do planejamento destas visitas, para Matias (2001), realizar uma recepção aos convidados, exibição de audiovisual, entrega de brindes, releases, etc., conforme o público que será recebido.

j) Workshop: Evento que reúne segmentos específicos de público, para conhecer novas tecnologias e disseminação de usos. Os participantes tem um mesmo nível de conhecimento. Muito utilizado na área das artes em geral ou reuniões comerciais, para demonstração de produtos ou serviços.”²

² A Demanda de Eventos Empresariais em organizações de Grande Porte. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0104-1.pdf>. Acesso em 14 jun. 2012.

Partindo-se destas considerações, pode-se inferir que o evento tem como característica fundamental a estratégia de comunicação com propósito de gerar uma afinidade entre a entidade e o público de interesse e, conseqüentemente, divulgar a sua marca, promover seus produtos ou serviços, contribuindo, assim, para a expansão e a conquista de novos mercados.

Assim, o termo evento revela-se como um veículo de comunicação, por meio do qual a empresa ou entidade tem a oportunidade de mobilizar a opinião pública para beneficiar a sua imagem e promover um produto ou serviço. E, ainda, reforçar seu posicionamento no mercado junto ao seu público-alvo.

17.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO EVENTOS E PROJETOS PELAS ENTIDADES INTEGRANTES DO SISTEMA INDÚSTRIA

A rigor, não há um marco legal definindo o leque de atividades passíveis de contratação por empresas especializadas em eventos e aquelas que deveriam ser realizadas e organizadas pelas próprias entidades, muito embora as atividades devam guardar correlação entre a atividade a ser executada e a missão institucional da entidade, principalmente quando se tratar de atividade desenvolvida pelo SESI e/ou SENAI, haja vista o dever de justificar a regular aplicação de recursos perante os órgãos de controle.

Pode-se dizer que, grosso modo, as entidades que compõem o Sistema Indústria e, em especial, o SESI e o SENAI, podem executar certos tipos de atividades, tais como: (i) eventos; (ii) projetos; e (iii) operações rotineiras, sendo que relativamente aos eventos, estes se referem a atividades executadas pelas entidades, visando à promoção de sua imagem, produto ou serviço, reforçando o seu posicionamento estratégico no mercado junto ao seu público alvo.

Independentemente de não constituírem atividades diretamente relacionadas com a missão institucional das entidades integrantes do Sistema Indústria, indubitável que os eventos assumem um importante papel nas instituições, o que reflete, inclusive, na realização de seus objetivos, visto que a imagem pública de uma organização representa um elemento tão importante quanto seus produtos e serviços, justificando, assim, a realização de eventos por tais entidades, desde que não tornem sua finalidade precípua e

se harmonizem com suas missões institucionais, agregando valor, estabelecendo novos contatos, fortalecendo a posição estratégica das entidades, além de difundir suas atividades e iniciativas.

Independentemente disso, deve-se observar que, em todos os casos, é fundamental que as entidades integrantes do Sistema Indústria estejam atentas às normas incidentes sobre as relações contratuais estabelecidas, quanto à natureza das atividades a serem desempenhadas e os objetivos perseguidos, não se esquecendo das orientações dos órgãos de controle, de forma a se garantir a regularidade de suas atividades e funções.

Desta forma, é indiscutível que a empresa contratada para a prestação de serviços de conceitualização, organização e realização dos eventos das entidades seja contratada em estrita obediência ao Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e SENAI, obedecendo aos princípios e limites impostos.

17.5 DA POSSIBILIDADE DA SUBCONTRATAÇÃO PELA EMPRESA DE EVENTOS CONTRATADA

Normalmente, quando se trata de contratações de empresas de organização de eventos, cabe ao contratante o pagamento dos valores necessários à execução dos serviços. Obviamente, devido à diversidade de prestadores de serviços necessários desde o planejamento à entrega final do evento/projeto, dificultoso seria vedar as subcontratações.

Desta forma, a saída que se verifica nos editais para esta natureza de contratação disponíveis no mercado, é a hipótese da contratante pagar os valores necessários às subcontratações à empresa de eventos contratada, sendo que é possível a emissão das notas contra a empresa de eventos, e esta, por sua vez, emitirá uma nota fiscal apenas contra o contratante, com a discriminação dos serviços prestados, do período de execução, dos valores gastos, dos tributos incidentes, entre outros, acompanhados da respectiva documentação comprobatória, além, claro, da remuneração da contratada.

Contudo, sob o ponto de vista contábil, há a possibilidade de as notas fiscais dos fornecedores de serviços contratados por empresa de eventos, serem emitidas contra a entidade contratante, desde que esta previsão esteja expressa no edital e/ou contrato. O que se exige é que no edital conste de forma clara quem será o responsável pelas obrigações acessórias da con-

tratação no que se referir à emissão de documentos. Assim, a cada nota fiscal/fatura deverá ser emitida com a expressa indicação do número do contrato, a descrição do evento a que se refere, com destaque dos impostos incidentes e eventuais deduções e/ou retenções legais.

É imprescindível que toda a documentação relativa ao evento seja arquivada, como, por exemplo, as notas fiscais dos prestadores de serviço, os orçamentos apresentados, a aprovação destes feitas pelas entidades, bem como a respectiva autorização para a realização da despesa, não olvidando, inclusive, da necessidade de minuciosa conferência da nota emitida pela contratada para se comprovar que todos os serviços foram devidamente discriminados e executados, com seus valores e períodos corretos, inclusive quanto à remuneração paga à empresa de eventos contratada.

17.6 DA NECESIDADE DE OBEDIÊNCIA, PELA EMPRESA DE EVENTOS, AOS REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E SENAI

Conforme visto na precedência, as entidades do Sistema Indústria, especialmente o SESI e o SENAI, conquanto sejam pessoas jurídicas de direito privado, não integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta, estão sujeitos ao dever de licitar, conforme entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da união, em virtude de gerirem recursos públicos, advindo do pagamento das contribuições parafiscais que fazem *jus*, estando submetidos, por sua vez, a regulamento próprio.

O que se pretende esclarecer é se a empresa vencedora em processo de licitação para organização de eventos estaria obrigada a respeitar os mesmos termos dos Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI.

Para isso, é importante ter em mente que, não obstante os recursos a serem investidos no evento não perderem a característica de contribuições parafiscais pelo fato de terem sido repassados para a empresa organizadora de eventos, de outro lado, esta é empresa privada que, no exercício de suas funções, não está obrigada a licitar para celebrar os seus contratos.

Diante disso, e como forma de solucionar esse impasse, ousou apor entendimento conclusivo no sentido de que a empresa de eventos não está obrigada a seguir rigorosamente todas as fases das modalidades licitatórias previstas nos Regulamentos de Licitações e Contratos do

SESI e do SENAI, mas não poderá se afastar dos seus princípios regentes, além dos limites estabelecidos no edital e no contrato.

Desta maneira, a empresa organizadora de eventos deverá atender aos princípios da impessoalidade, da moralidade, igualdade, economicidade, e todos os demais previstos no artigo 2º do Regulamento de Licitações e Contratos³:

“Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SENAI e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.”

Para que isso seja possível, a sugestão ora colocada, é a de que a empresa organizadora de eventos, ao prover a subcontratação contratualmente autorizada, observe, entre outros, os seguintes passos:

- a) Elaboração de um projeto minucioso do evento, apresentando o respectivo *briefing*, indicando, de forma precisa, quais os serviços deverão ser subcontratados, com descrição detalhada do objeto, duração e previsão de custos para o Contratante, projeto este que deverá ser formalmente aprovado pela entidade Contratante;
- b) Apresentação de justificativa de cada um dos serviços que serão subcontratados, bem como os fornecedores escolhidos para coleta de orçamentos;
- c) Apresentação de, no mínimo, três orçamentos, em papel timbrado do fornecedor, com assinatura do seu representante legal e carimbo do CNPJ, com a descrição detalhada do objeto a ser contratado, a forma e o prazo de sua execução, bem como o período de validade da proposta e eventuais índices de correção que possam incidir na espécie, para cada subcontratação que vier a ser efetivada;
- d) Declaração firmada pelo subcontratado de que este não consta em seus quadros de sócios ou empregados da Contratada, nem mesmo do Contratante e que não está sofrendo qualquer

³ 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.

tipo de sanção pelo Contratante;

e) Justificativa, a ser feita pelo Contratante, da escolha da proposta apresentada para a subcontratação que tiver que se efetivar para a realização do evento;

f) Apresentação, pela Contratada, de toda documentação referida e da comprovação de ter seguido integralmente as diretrizes fixadas pela Contratante.

Com isso, apesar de não estar formalmente obrigada a licitar, nos termos do Regulamento de Licitações em Contratos, em decorrência de sua natureza jurídica, ao se observar tais procedimentos, consideramos que os princípios regentes do processo licitatório estejam sendo respeitados, garantindo-se a lisura do processo de contratação.

17.7 CONCLUSÃO

Licitação é uma exigência da ordem jurídica como forma de se garantir a moralidade e a impessoalidade no gasto do recurso público. Assim, pretende-se definir, de forma objetiva, qual a proposta de contratação, dentre aquelas pesquisadas e apresentadas, será mais vantajosa ao Poder Público.

As entidades integrantes do Sistema Indústria possuem naturezas distintas, sendo que aquelas que recebem recursos oriundos de contribuição compulsória, quais sejam SESI e SENAI, devem realizar as contratações com fulcro nos Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI.

Conforme amplamente demonstrado, as entidades integrantes do Sistema Indústria possuem particularidades e pluralidades de atividades, sendo a realização de eventos e projetos atividade integrante da gama institucional.

Importante ressaltar que as entidades integrantes do Sistema Indústria, por possuírem regulamentos próprios e não serem integrantes da Administração Direta da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal, não estão subordinadas à Lei nº 12.232/2010, a qual estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Para contratação de empresa de eventos para planejamento e execução de eventos e projetos necessários para o desenvolvimento institucional das entidades, é necessária a realização de processo licitatório, sendo que, para isso, apresentamos a definição do que se entende por eventos e o que tem por projetos, dentro de conceitos técnicos colhidos de vasta bibliografia.

Ainda, foi ventilada a possibilidade de subcontratação pela empresa de eventos, desde que respeitados os princípios constantes nos Regulamentos de Licitações e Contratos das entidades, sendo estabelecidos critérios para garantir o Princípio da Economicidade e preservar o artigo 2º dos regulamentos de licitações e contratos do SESI e do SENAI.

Desta forma, a conclusão deste trabalho é no sentido de ser plenamente possível a contratação de empresa de eventos por procedimento licitatório, desde que obedecidas as regras e princípios estabelecidos nos regulamentos das entidades.

17.8 BIBLIOGRAFIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GIACAGLIA, Maria Cecília. *Organização de Eventos: Teoria e Prática*. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARESCHINI, Julieta Lopes Mendes. *Licitações e Contratos no Sistema "S"*. 4. Ed. Curitiba: Editora JML, 2011.

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.

_____ A Demanda de Eventos Empresariais em organizações de Grande Porte. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/regionais/sul2009/resumos/R16-0104-1.pdf>. Acesso: 14 junho de 2012.

_____ O Evento Como Estratégia de Comunicação das Organizações: Modelo de Planejamento e Organização. Disponível em: <http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/eventoscerimonias/0321.pdf>. Acesso: 10 de outubro de 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 907/97. Plenário. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**18 – INADEQUAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE
APLICAÇÃO DA PARIDADE
CONTRIBUTIVA AO PLANO DE
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
PRIVADA INDUSTRIAL (PRECIN)**

LIVIA DE ALMEIDA SOUZA SALES
DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

18.1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido tem o objetivo de mostrar os aspectos jurídicos controvertidos acerca da aplicação da Paridade Contributiva no Plano de Previdência Complementar Industrial – PRECIN que tem como patrocinadores SESI e SENAI.

Para isso, levar-se-á em consideração o contexto histórico da Previdência Complementar no Brasil, contemplando a Previdência Privada Fechada com sua natureza jurídica e planos de benefícios, o conceito de paridade contributiva, as normas constitucionais sobre a Previdência Complementar, a Lei Complementar nº 108/01 e 109/01, a visão da Controladoria Geral da União do Tribunal de Contas da União e do Judiciário sobre o tema, bem como o papel da Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

Ademais, para demonstrar melhor as nuances que abrangem o caso proposto, o trabalho em questão visa esclarecer, ainda, o motivo da não aplicação da paridade contributiva no plano de Previdência Complementar Industrial – PRECIN que tem como patrocinadores SESI e SENAI, tendo em vista sua natureza jurídica, suas particularidades e tudo que envolve o presente contexto, como o regime de pessoal, demonstrando a forma de contratação dos funcionários do SESI e o SENAI, informando, o que dispõe a lei que regulamenta essas duas instituições.

Dentro deste enfoque, o trabalho ora proposto tem a finalidade de trazer à discussão um tema polêmico que gerou e gera controvérsias no mundo jurídico, em especial no que concerne a determinação da Superintendência Nacional de Previdência Complementar pela aplicação da paridade contributiva nos Planos de previdência que envolvem SESI e SENAI.

18.2 PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA

A fundação do Montepio dos Oficiais da Marinha da Corte, em 23 de setembro de 1795, caracteriza um marco inicial de instituição voltada à complementação da renda de trabalhadores no momento da inatividade.

Outro marco preambular de instituição voltada a complementação da renda dos trabalhadores no momento da inatividade, consistiu no Montepio Geral de Economia dos Servidores do Es-

tado, em 10 de janeiro de 1835. A partir desta instituição, esboçava-se um embrião de ideia de complementação de recursos pessoais para trabalhadores que ingressavam num período inativo.

Depois disto houve diversos montepios chamados “Caixas Mútuas de Pensões e Pecúlios”. No dia 16 de abril de 1904 foi criada a Caixa de Montepios dos “Funcionários do Banco da República do Brasil.” Este montepio ficou conhecido como PREVI, o maior fundo de pensão do Brasil, atualmente.

Verdadeiramente, a Previdência Complementar Privada situa-se num campo intrínseco à temática dos seguros. Com isso, o Código Comercial de 1850 constituiu também um marco histórico, ao disciplinar o seguro garantidor de viagens marítimas, abrindo caminho para a expansão dos seguros privados. O Decreto nº 2.679, de 02 de novembro de 1860, tratou do funcionamento das empresas de seguro, sendo complementado pelo Decreto nº 2.711, de 19 de dezembro de 1860.

Como forma de fiscalizar as entidades seguradoras, foi criada a Lei nº 294, de 05 de setembro de 1895 regulamentada pelo Decreto nº 2.153, de 01 de setembro de 1895.

Finalmente, o Decreto nº 4.270, de 10 de dezembro de 1901, conhecido como “Regulamento Murtinho” veio regular em termos gerais os mecanismos de seguros no Brasil.

O Decreto-Lei nº 73/66 criou regras de seguros privados, sendo regulamentado pelo Decreto nº 60.459/67 e alterado pelos Decretos-Leis nº 168/67 e nº 296/67.

Desta feita, até 1977, não houve uma sistematização legislativa que organizasse as entidades privadas de previdência, que acabavam se submetendo ao Código Civil ou a outras normas comerciais ou de seguro privado. Com isso, em 1977 houve mudanças significativas, pois a Previdência Complementar Privada foi regulamentada pela Lei nº 6.435/77 que sofreu alterações com a Lei nº 6.462/77, com o Decreto-Lei nº 2.053/83, com a Lei nº 8.020/90, e com os Decretos nº 81.240/78 e nº 81.402/78.

Atualmente, o regime de Previdência Complementar privada é previsto no art. 202 da Constituição, fruto da Emenda Constitucional nº 20 de 15 de dezembro de 1998. Infraconstitucionalmente, a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, revogou expressamente a Lei nº 6.435/77.

O regime de Previdência Privada tem caráter complementar e facultativo, organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social.

Com o advento da Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, houve uma ênfase maior em relação à proteção dos participantes, havendo uma nítida *mens legis* do legislador em fortalecer a transparência, a flexibilidade e a segurança.

De acordo com a Lei Complementar nº 109 de 29 de maio de 2001, as entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas. As entidades fechadas devem ser organizadas sob a forma de fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos. Como o Código Civil de 2002 não recepcionou a figura da sociedade civil sem fins lucrativos, os fundos de pensão, hoje, devem ser constituídos sob a forma de fundação.

A Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, abrange exclusivamente a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de Previdência Complementar e suas respectivas entidades fechadas.

Desta forma, tem-se a LC nº 109/01 tratando de previdência complementar no âmbito privado, em regime aberto ou fechado, e a LC nº 108/01, referente ao regime complementar de empregados públicos da Administração Pública.

18.2.1 Regime de Previdência Privada

O regime de previdência privada é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciários.

Ao contrário do Regime Geral, a previdência complementar submete-se ao regime privado do direito, uma vez que o ingresso não é compulsório, daí resultando sua natureza contratual, ao contrário da natureza institucional da previdência básica, dotada de filiação obrigatória.¹ Não obstante a existência de um contrato, regido pelo Direito Civil, a igualdade entre os contraentes não é plena, aliás, está longe disso. A vontade do participante restringe-se à opção pelo ingresso no sistema, não podendo discutir qualquer regra do pacto, verdadeiro contrato de adesão.

A manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial é o ponto chave para a viabilidade da entidade de previdência complementar, porque não poderá contar com suporte estatal, mas tão somente com o auxílio de patrocinadores e participantes.

¹ Desta feita, o STJ aprovou o verbete nº 321 de sua Súmula, que dispõe: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.”

O equilíbrio financeiro reflete a existência de reservas monetárias ou de investimentos, numérico ou aplicações suficientes para o adimplemento dos compromissos atuais e futuros previstos em Estatuto.

Já o equilíbrio atuarial traz conceito mais complexo, aduzindo ao estudo da matéria conceitos oriundos da atuária, ciência do seguro. Neste tipo de equilíbrio, cabe à entidade, ao desenvolver o plano de benefício adotado, trabalhar com uma gama de variáveis existentes, como expectativa de vida, número de participantes, nível de remuneração atual e percentual de substituição do benefício complementar, tudo dentro do perfil dos participantes.

Tanto as EFPC como as EAPC, em qualquer plano de benefício que venham adotar, devem observar o equilíbrio financeiro e atuarial, cabendo ao Estado e aos participantes controle constante sobre as entidades para o fiel cumprimento deste preceito elementar.

18.2.1.1 Regime Aberto de Previdência Complementar

As entidades abertas de previdência complementar – EAPC são constituídas sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar plano de benefícios de caráter previdenciário, concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

As entidades abertas podem ser sociedades seguradoras do ramo vida, desde que autorizadas, a operar planos de benefícios complementar.

Quaisquer atos relativos as EAPC dependem de prévia e expressa aprovação do órgão fiscalizador que neste caso é a Superintendência de Seguros Privados, SUSEP, subordinada ao Ministério da Fazenda.

Em geral, as EAPC atuam com fins lucrativos, mas não há impedimento legal à criação de mútuos, isto é, regimes de previdência aberta sem fins lucrativos.

Nota-se que apesar da denominação, as EAPC não são verdadeiramente previdenciárias. O sistema aberto de previdência complementar, na sua essência, é mera aplicação financeira.

Desta feita, o STJ já firmou entendimento que aplicações em regime aberto de previdência complementar têm natureza puramente financeira, podendo inclusive, ser objeto de penhora (REsp 1.121.719-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 15/03/2011)

Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser individuais ou coletivos. Alguns planos podem ser pactuados de modo privativo para alguns clientes selecionados, que poderão ser contratados por uma ou várias pessoas jurídicas, sem perder-se a condição de entidade aberta.

Não obstante os diversos planos existentes no ramo privado da previdência complementar, tem-se o PGBL – Plano Gerador de Benefícios Livres, nascido em 1998, um dos preferidos pelas EAPC, baseado em plano americano denominado 401-K. De acordo com o Conselho Monetário Nacional, a aplicação dos recursos pela entidade variará de acordo com o perfil de cada participante, podendo ser soberano, de renda fixa ou composto. Há a possibilidade de saque do montante segundo a vontade do titular, como numa aplicação convencional, sendo possível a dedução dos gastos previdenciários no cálculo do imposto de renda até o limite de 12% da renda bruta (com tributação sobre o montante total no resgate)

Atualmente, existe também o VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre, seguro do ramo vida. Mesclando aspectos deste segmento com previdência privada. É um seguro de vida com plano de previdência complementar, dependendo do que ocorrer primeiro: a morte ou a aposentadoria. Não é permitida a dedução do imposto de renda, mas a tributação ocorre apenas sobre os ganhos da aplicação.

Ademais, existe o FAPI – Fundo de Aposentadoria Programada Individual, criado pela Lei nº 9.477/97, o qual, segundo consenso dos especialistas, trata-se mais de uma aplicação financeira do que um benefício de previdência complementar.

18.2.1.2 Regime Fechado de Previdência Complementar

As entidades fechadas de previdência complementar – EFPC são somente acessíveis aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial.

Ao contrário das entidades abertas, as quais podem desenvolver outras atividades econômicas, desde que acessórias, as fechadas têm como objeto exclusivo a administração e execução de planos de benefícios de natureza previdenciária.

Diferentemente do segmento aberto, o controle, a regulamentação e a fiscalização das entidades fechadas ficam a cargo da Superintendência Nacional de Previdência Complementar

– PREVIC. Também, há o Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, órgão da estrutura básica do Ministério da Previdência Social, exercendo função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas EFPC, sendo igualmente responsável pela definição das políticas e diretrizes aplicáveis ao referido regime, assim como a Câmara de Recursos da Previdência Complementar – CRPC.

O plano de benefício adotado pela entidade definirá como será feito o cálculo da prestação a ser concedida ao participante.

Os planos de benefícios existem nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável.

O plano de benefício definido traduz a ideia de conhecimento prévio do valor a ser pago quando da solicitação do benefício, isto é, no momento em que o participante ingressa no plano, ele já tem o conhecimento dos requisitos a serem atendidos para obtenção da prestação e qual será o valor da mesma. Neste plano de benefícios já se sabem de antemão os valores dos futuros benefícios de aposentadoria. São estabelecidos os valores de contribuição de participantes e de patrocinadores que serão capitalizados, em taxas pré-definidas.

O plano de contribuição definida não tem o valor da prestação preestabelecido, ao contrário do benefício definido, mas somente a cotização a ser feita pelo participante. Neste sistema, a clientela deverá perfazer certo número de contribuições para fazer jus a benefícios, que serão necessariamente calculados a partir destas entradas e os rendimentos auferidos, durante todo o período de aplicação do capital.

O plano de contribuição variável permite ao participante fixar sua contribuição e o tempo de vertê-la ao sistema. O valor do benefício, então, será quantificado levando-se em consideração a cotização do participante e o ganho do capital, ao longo do tempo de investimento. Portanto, o participante tem seu benefício dependente de suas contribuições; faculta-se ao participante decidir o valor da contribuição e o momento de efetuar-la. O que se define prima facie são as regras de cálculo do valor do benefício do plano de contribuição variável, que são definidas na data da contratação do plano.

18.3 EXIGÊNCIA DE ADEQUAÇÃO DO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA INDUSTRIAL (PRECIN) A PARIDADE CONTRIBUTIVA

O Plano de Previdência Complementar Industrial – PRECIN, tem como patrocinadoras a Federação das Indústrias do Estado do Ceará - FIEC, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Regional do Ceará – SENAI/DR-CE, o Serviço Social da Indústria - Departamento Regional do Ceará – SESI/DR-CE e o Instituto Euvaldo Lodi – Núcleo Regional do Ceará - IEL/CE, todas com personalidade jurídica de direito privado.

O art. 15 do Regulamento Complementar do PRECIN dispõe acerca das regras sobre o Plano de Custeio, da seguinte forma:

Art. 15. O custeio deste Plano de Benefícios será atendido com as seguintes contribuições:

b. Contribuição ordinária mensal dos Patrocinadores: a quantia equivalente a 6,28% do total da folha de pagamento mensal de salários de seus empregados ativos participantes do Plano, inclusive o 13º salário;

c. contribuição ordinária mensal dos Participantes:

1) Os Participantes em atividade nos Patrocinadores enquadrados na classe minorante contribuirão com a quantia equivalente a 3% da remuneração sobre que incide a contribuição;

2) Os Participantes em atividade nos Patrocinadores enquadrados na classe mediante contribuirão com a quantia equivalente a soma dos 3% de 50% do valor teto do salário de benefício do INSS e com os 5% do excesso da remuneração relativamente a esses 50% do valor teto;

3) Os Participantes em atividade nos Patrocinadores enquadrados na classe majorante contribuirão com a quantia equivalente a soma dos 4% do valor teto dos salários de benefícios do INSS e com os 12% do excesso da remuneração relativamente a esse valor teto;

Desta feita, o ICATU Fundo Multipatrocinado, com autonomia administrativa e financeira e personalidade jurídica de direito privado, com o objetivo de instituir, executar e operar planos de benefícios de caráter previdenciário, administradora do Plano de Previdência Complementar Industrial - PRECIN, recebeu da Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, o Ofício nº 4233/CGAT/DITEC/PREVIC, ordenando a alteração do Regulamento do Plano de Previdência Complementar Industrial – PRECIN – CNPB nº 1988.0005-56, objetivando adequar o regulamento a paridade contributiva, conforme Parecer nº 02/2005/DAJUR/SPC, de 23 de fevereiro de 2005, aprovado pela Nota nº 189/2005/CJ/MPS, de 05 de abril de 2013, nos termos do Despacho nº 191/CGAT/DITEC/PREVIC, de 14 de junho de 2013.

A decisão da PREVIC de alterar o Regulamento do PRECIN para que este se adeque a paridade contributiva foi pautada, no entendimento do órgão, de que o art. 15 e demais artigos a este relacionado, do referido regulamento, estão em desacordo com o disposto no § 3º, do art. 202, da Constituição Federal de 1988 c/c artigos 6º e 7º da Lei Complementar nº 108, de 29/05/2001, que tratam da paridade contributiva.

Desta feita, o art. 202, § 3º, da CF/88, dispõe o seguinte acerca do tema:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na

qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.(grifo nosso)

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (grifo nosso)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.(grifo nosso)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

A Lei Complementar nº 108, de 29/05/2001, trata da relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Senão vejamos:

Art. 1º A relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de entidades fechadas de previdência complementar, e suas respectivas entidades fechadas, a que se referem os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 202 da Constituição Federal, será disciplinada pelo disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2º As regras e os princípios gerais estabelecidos na Lei Complementar que regula o caput do art. 202 da Constituição Federal aplicam-se às entidades reguladas por esta Lei Complementar, ressalvadas as disposições específicas.

Os arts. 6º e 7º, da referida lei, dispõem que:

Art. 6º O custeio dos planos de benefícios será responsabilidade do patrocinador e dos participantes, inclusive assistidos.

§ 1º A contribuição normal do patrocinador para plano de benefícios, em hipótese alguma, excederá a do participante, observado o disposto no art. 5º da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e as regras específicas emanadas do órgão regulador e fiscalizador.(grifo nosso)

§ 2º Além das contribuições normais, os planos poderão prever o aporte de recursos pelos participantes, a título de contribuição facultativa, sem contrapartida do patrocinador.

§ 3º É vedado ao patrocinador assumir encargos adicionais para o financiamento dos planos de benefícios, além daqueles previstos nos respectivos planos de custeio.

Art. 7º A despesa administrativa da entidade de previdência complementar será custeada pelo patrocinador e pelos participantes e assistidos, atendendo a limites e critérios estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador.

Parágrafo único. É facultada aos patrocinadores a cessão de pessoal às entidades de previdência complementar que patrocinam, desde que ressarcidos os custos correspondentes.

Ante o exposto, observa-se que o art. 202, da CF/88 e a Lei Complementar nº 108/2001, não disciplinam a relação de previdência complementar dos denominados serviços sociais autônomos, como é o caso do SESI e do SENAI, ou seja, não se encontram taxativamente no rol de entidades cuja lei disciplinará, cabendo então a análise da relação dos denominados serviços sociais autônomos com a Administração Pública e se seus limites previdenciários também são aplicáveis a tais entidades.

18.3.1 Natureza Jurídica dos Serviços Sociais Autônomos. Relação dos Serviços Sociais Autônomos com a Administração Pública

De acordo com o ilustre doutrinador Hely Lopes Meireles² “os *Serviços Sociais Autônomos* são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica 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. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio 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 comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras.”

Fernanda Marinela³ aduz que “*Serviço Social Autônomo* é um rótulo às pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da iniciativa privada, com algumas características peculiares. Elas não prestam serviços públicos delegados pelo Estado, mas exercem atividade privada de interesse público, que alguns doutrinadores preferem denominar serviços não exclusivos do Estado.”

Além disso, a renomada doutrinadora informa que “*essas pessoas jurídicas* são conhecidas por entes de cooperação ou entidades paraestatais, porque colaboram ou cooperam com o Estado no desempenho de uma atividade de interesse coletivo, embora não integrem a Administração, residindo apenas ao lado dela.”

Portanto, observa-se que os mais conceituados doutrinadores de Direito Administrativo são unânimes ao defender que a natureza jurídica dos serviços sociais autônomos é de direito privado, além de não integrarem a Administração Pública, sendo a definição dessa natureza jurídica das Patrocinadoras, em especial SESI e SENAI, o marco balizador para a aplicabilidade das regras previstas na lei Complementar nº 108/2001 ou na Lei Complementar nº 109/2001.

2 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008. p. 386.

3 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 180.

18.3.2 Interpretação dos §3º, §4º e §5º, do art. 202 do texto constitucional. Não inserção dos patrocinadores, SESI e SENAI, do plano PRECIN nestes dispositivos constitucionais

O texto Constitucional estende a aplicabilidade das normas previstas na Lei Complementar nº 108/2001, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos. Em que claramente não estão inseridas os Patrocinadores do Plano PRECIN (SESI e SENAI), já que as permissionárias ou concessionárias surgem em um processo de descentralização por colaboração, em que o Estado resolve transferir para uma pessoa já existente a prestação de um serviço público. O próprio art. 175 da CF/88 aduz que *“incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”*

Nessa senda, a Lei Complementar nº 108/2001, estende a sua aplicação às empresas controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Até mesmo na definição jurídica de “sociedade controlada” não estão inseridas os Patrocinadores do Plano PRECIN (SESI e SENAI) e sua relação com o Poder público, visto que de acordo com o Código Civil, art. 1098, *“é controlada: I – a sociedade de cujo capital outra sociedade possua a maioria dos votos nas deliberações dos quotistas ou da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores; II- a sociedade cujo controle, referido no inciso antecedente, esteja em poder de outra, mediante ações ou quotas possuídas por sociedades ou sociedades por esta já controladas.”*

Ademais, não há como enquadrar SESI e SENAI no conceito de “outras entidades públicas”, em decorrência de sua natureza jurídica de direito privado, em bora sejam mantidas por contribuições parafiscais e atuem ao lado do Estado desempenhando atividades de interesse coletivo.

18.4 A VISÃO DA CGU, DO TCU E DO JUDICIÁRIO SOBRE O ASSUNTO

O Tribunal de Contas da União tem determinado que as entidades do Sistema “S”, em relação ao aporte de recursos a entidade de previdência privada complementar pela patrocinadora, não realizem pagamentos/contribuições superiores aos do respectivo beneficiário, em obe-

diência ao disposto no § 3º do art. 202, da Constituição Federal, sob pena de responsabilidade solidária e instauração, se necessário, da tomada de contas especial, tendo em vista o ressarcimento aos cofres da entidade dos valores pagos que superaram a contribuição do beneficiário.

O TCU tem determinado que cada entidade do Sistema “S” cumpra, na condição de patrocinador de entidades fechadas de previdência privada, o limite à paridade imposto pelo art. 202, § 3º, da Constituição Federal, e pelo art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001.

A partir dessa perspectiva, seguem os acórdãos do TCU:

[ACÓRDÃO 7404/2011 ATA 31 - PRIMEIRA CÂMARA \[texto original\]](#)

Relator: MARCOS BEMQUERER - PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2005. PAGAMENTO DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA EM DESACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 202, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONTAS IRREGULARES DE ALGUNS GESTORES. DÉBITO. MULTA. DETERMINAÇÕES. Aplica-se aos serviços sociais autônomos a regra insculpida no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, devendo os recursos destinados pelos patrocinadores às entidades de previdência privada observar o princípio da paridade contributiva Diário Oficial da União: vide data do DOU na ATA 31 - Primeira Câmara, de 30/08/2011

[ACÓRDÃO 5706/2013 ATA 29 - PRIMEIRA CÂMARA \[texto original\]](#)

Relator: JOSÉ MÚCIO MONTEIRO - PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA. PAGAMENTO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR SEM OBSERVÂNCIA DA PARIDADE SIMÉTRICA. OUTRAS OCORRÊNCIAS. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DE UM DELES. CONHECIMENTO DOS DEMAIS. PROVIMENTO PARCIAL. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO SIGNATÁRIO DO RECURSO NÃO CONHECIDO. CONTAS REGULARES COM RESSALVA. ELISÃO DAS MULTAS APLICADAS NOS AUTOS Diário Oficial da União: vide data do DOU na ATA 29 - Primeira Câmara, de 20/08/2013

Por oportuno registrar que o TCU entende que cabe a cada entidade realizar levantamento dos valores pagos a maior a seu plano de previdência complementar, quando for o caso, verificando-se o impacto financeiro e atuarial de eventual devolução das referidas quantias desde sua criação, bem assim desde o ano em que a jurisprudência sobre o tema se consolidou no

TCU, ou seja, devem efetuar o cálculo, considerando a correção monetária e/ou acréscimos legais pertinentes, dos valores dos repasses que excederam o limite da paridade contributiva desde a data de instituição do referido plano de previdência, ou, se for o caso, conforme a regra prevista nos arts. 5º e 6º da Emenda Constitucional nº 20, de 1998.

Nesse mesmo sentido, a CGU posicionou-se sobre o assunto, em publicação intitulada Entendimentos do Controle Interno Federal dos Recursos das Entidades do Sistema “S”:

30. Caso as entidades do Sistema “S” possuam um sistema de previdência complementar, como deverá ser a contribuição do patrocinador?

A Lei Complementar nº 108, de 29/05/2001, limitou a contribuição normal do patrocinador para o plano de benefícios em valor que não excederá a contribuição do participante. É inquestionável que os entes do Sistema «S», como entidade jurídicas de direito privado, geridas com recursos públicos, por analogia, estão sob a égide dos citados dispositivos legais e, portanto, obrigados a adequar as suas contribuições, às entidades de previdência privada, aos limites de paridade fixada em lei, ou seja, de 1/1 (um por um). A entidade de previdência complementar não pode, em hipótese alguma assumir o ônus total da contribuição nem exceder a parcela de contribuição do participante.»

Os Tribunais têm mantido o mesmo entendimento do TCU e da CGU, acerca da aplicação da paridade contributiva as entidades do Sistema “S”, conforme demonstra a recente jurisprudência abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. PARIDADE DE CONTRIBUIÇÃO. ART. 202, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE. 1. Na sentença, foi indeferida a segurança para “afastar a determinação da Secretaria de Previdência Complementar - SPC (Ofício nº 2518/05) no sentido de que se observasse a regra de paridade de contribuição entre participante e patrocinador prevista no art. 6º da LC nº 108/01 e no § 3º do art. 202 da CF/88”. 2. A apelante alega que “as entidades do ‘Sistema S’, suas patrocinadoras, não podem ser inseridas na categoria de ‘outros entes públicos’, pelo que não há fundamento jurídico que reclame o ajuste do Regulamento da CASFAM”. 3. “Os serviços sociais autônomos, como no caso, o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial - SENAC, denominados pessoas de coope-

ração governamental, embora integrantes do setor público não estatal e com personalidade jurídica de Direito Privado, caracterizam-se, na determinação dos serviços prestados, pelo interesse público, enquadrando-se no conceito de "outras entidades públicas", inserido no art. 202, § 3º, da Constituição Federal, devendo, pois, o fundo de previdência privada por eles instituído submeter-se à regra da paridade contributiva, ali estabelecida, no texto magno" (TRF - 1ª Região, AC 2007.34.00.012623-1/DF, Rel. Desembargador Souza Prudente, 6ª Turma, e-DJF1 de 24/11/2008 p.431). 4. **Apelação a que se nega provimento.** (TRF-1 - AMS: 39006 DF 2007.34.00.039006-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 19/09/2011, QUINTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.602 de 30/09/2011)

18.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, procurou-se demonstrar de forma clara e objetiva a não aplicação da paridade contributiva ao plano de previdência complementar PRECIN, que tem como patrocinadores SESI e SENAI, em decorrência da impossibilidade de reconhecer seu enquadramento na Lei Complementar 108/01 e no dispositivo constitucional que trata do tema.

Outrossim, destacou-se alguns conceitos relacionados ao tema como Regime de Previdência Privada, tratando do regime aberto e fechado de Previdência Privada.

Ademais, trouxe à tona a exigência de adequação do plano de previdência complementar privada industrial (PRECIN) a paridade contributiva, com base numa determinação da PREVIC.

Além disso, mostrou-se o entendimento do TCU, da CGU e do Judiciário, sobre a questão.

Com isso, pode-se observar que o Tribunal de Contas da União tem determinado que cada entidade do Sistema "S" cumpra, na condição de patrocinador de entidades fechadas de previdência privada, o limite à paridade imposto pelo art. 202, § 3º, da Constituição Federal, e pelo art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001. Este também é o entendimento da CGU e do Judiciário.

Desta feita, procurou-se trazer à baila diversas interpretações utilizadas pelos órgãos acima citados, para defenderem seus posicionamentos, destacando a divergência de entendimento sobre o tema.

18.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Resumo de Direito Previdenciário. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

MAIA, Carlos Nivan. Manual do Gestor do Sistema S: consultados cerca de 1000 acórdãos e decisões do TCU acerca do assunto. São Paulo: SESI-SP editora, 2012.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PY, C. A. de A.; MOURA, R. de A.; BALBE, R. da S.(Dir.). Entendimentos do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do Sistema “S”. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaEntendimentosCISistemaS/Cartilha-EntedimentosCISistemaS_rev2013.pdf. Data de acesso: 11/08/2014.

Regulamento do Plano de Previdência Complementar Industrial (PRECIN).

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. Previdência Privada – Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**19 – AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI
ANTICORRUPÇÃO E A SUA IMPLICAÇÃO
PERANTE SISTEMA “S”**

NATALI CAMARÃO DE ALBUQUERQUE NUNES
DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

A chave do futuro é, pois, a liberdade, princípio maravilhoso que senhoreia as tendências do nosso espírito, que esclarece os instintos do nosso coração, fecunda o nosso trabalho, depura as nossas paixões, ilustra as nossas crenças, alimenta os nossos esforços, que confraterniza todos os homens pelo amor, pela dedicação, pelo sacrifício, que engrandece as nações, pela atividade, pela paz, pela justiça e pela instrução. O princípio do futuro é a democracia.

Autor Desconhecido

19.1 INTRODUÇÃO

Como uma espécie de resposta aos manifesto, foi sancionada a Lei n.º 12.846/2013, a chamada Lei Anticorrupção. Essa representa mais um passo do Brasil ao combate à corrupção, bem como no sentido de dar concretudes aos compromissos internacionais relativos ao combate de tal prática. Nesse contexto, a adoção de novas normas repressivas, inclusive de âmbito administrativo, acordadas internacionalmente, inspirou a edição da Lei n.º 12.846/2-13, que além de impor severas sanções às pessoas jurídicas que adotarem práticas corruptas no estrangeiro, trouxe importantes avanços para o combate à corrupção no plano doméstico.

A Lei prevê punição para empresas envolvidas em casos de corrupção, vez que antes, apenas as pessoas físicas respondiam por tal responsabilidade, e, ainda, inova a matéria com a aplicação da responsabilidade objetiva às pessoas jurídicas que praticarem os atos lesivos previstos na legislação o que, em nosso país, pode vir a representar avanço significativo no combate à corrupção.

De outra parte, é importante observar que o arcabouço jurídico brasileiro contempla, hoje, um conjunto de normas legais que pretendem combater a corrupção, congregando normas penais, administrativas, cíveis e de conteúdo político.

Pois bem, o presente trabalho visa abordar as inovações trazidas pela Lei, bem como a sua implicação no Sistema S. No primeiro capítulo, será abordado um histórico da legislação brasileira no combate à corrupção, bem como sobre o surgimento do mais novo comando legislativo sobre o tema. Posteriormente, serão tratados pontos inovadores da lei, bem como sobre suas lacunas e possíveis interpretações. Por fim, será elencada sobre a necessidade de regulamentação da matéria, vez que a Lei Anticorrupção ainda precisa ser regulamentada no nível federal e também nos estados.

Ao final, expõem-se as derradeiras considerações deste estudo, refletindo sobre a importância da regulamentação e futuras decisões e interpretações da Legislação, ora, estudada.

19.2 A CRIAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO

19.2.1 O que é Corrupção??

A corrupção pode ser definida como utilização do poder ou autoridade para conseguir obter vantagens e fazer uso do dinheiro público para o seu próprio interesse, de um integrante da família ou amigo.

A organização das Nações Unidas define corrupção como sendo “o abuso da função pública para ganho pessoal direto ou indireto”¹. O dicionário Houssaiss a define como “ato ou efeito de subornar uma ou mais pessoas em causa própria ou alheia, geralmente com oferecimento de dinheiro”. O desvio de poder e o enriquecimento ilícito são os elementos característicos dessa prática corriqueira.²

Vê-se, portanto, que o principal foco da corrupção é o seu caráter econômico, entretanto, ela também está presente no cenário político, vez que a exploração de prestígio e a conduta desviada com o fim de obter vantagem de natureza política, mesmo não tendo finalidade econômica, caracteriza, igualmente, a corrupção.

19.2.2 Legislação Brasileira Anticorrupção

A sociedade, constantemente, sofre com práticas corruptas oriundas de diversos meios. A corrupção não possui exclusividade brasileira, não se trata de um fenômeno exclusivo de uma sociedade, é um mal humano amplamente cometido em todas as classes, gêneros, religiões e culturas.

A corrupção é um fenômeno que se faz presente em toda a história da humanidade. Desde os tempos remotos, há notícia da prática de uso indevido do poder para a obtenção de vantagens pessoais.

As práticas corruptas não possuem uma delimitação, estão presente nos poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como na administração pública e no setor privado. Quantias

1 Chaveau e Hélie, *Théorie Du Code Pénal*, 1.º Vol., n 1.832, nota 23.

2 Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, 3 ed., 2. Tir., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006,p.5

absurdas de dinheiro são desviadas, diariamente, mediante práticas corruptas, entre elas, o clientelismo, a concussão e outras. O fato é que essa prática de corromper e ser corrompido atinge níveis alarmantes, principalmente, na Administração Pública, contribuindo para o aumento da miséria e pobreza do nosso país, motivo pelo qual a preocupação com práticas corruptas e improbidade sempre esteve presente no arcabouço legal brasileiro.

Hodiernamente, nossa legislação dispõe de várias abordagens sobre o tema. Diversos diplomas legais foram editados com o intuito de combater tal prática e sancionar as condutas desviantes que atingem o patrimônio público.

A Constituição de 1824, que no seu art. 99 consagrou a inviolabilidade do imperador³ responsabilizava os Ministros dos Estados por “peita, suborno, ou concussão” e “pela falta de observância da Lei” ou “por qualquer dissipação dos bens públicos”⁴.

Tem-se a Lei da Ação Popular, n.º 4.717 de 29 de junho de 1965, que possibilita que qualquer cidadão tenha o direito de fiscalização dos atos administrativos, bem como de sua possível correção, quando houver desvio de sua real finalidade. O art. 5.º, inciso LXXII da Constituição Federal dispõe:

“LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

A medida, ora, tratada, que concede o poder ao cidadão, de ser um fiscal de atos e contratos administrativos acaba por ser uma forma de participação democrática do próprio cidadão na via pública, vez que há um sistema de fiscalização na via popular. Muito embora a Lei n.º 4.717/65 tenha trazido bastante inovação, vez que instrumentalizou o controle popular dos atos administrativos, não elencou sanções para os agentes públicos responsáveis pelos atos lesivos ao erário.

A Lei n.º 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, disciplinou a propositura de ações para a defesa de interesses transindividuais, que caracterizam-se pelo fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica e pela

³ “Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”

⁴ Constituição de 1824, art. 133, incs, II, IV e VI.

necessidade de substituir o acesso individual à justiça por um acesso coletivo, solucionando o conflito adequadamente e evitando insegurança jurídica. Estão situados entre o interesse público e o interesse privado, pois “embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas”⁵. São interesses que excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público.

Nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra:

“Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade”⁶

Tem-se, ainda, a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 8.429/92, que constituiu um importante avanço legislativo brasileiro às condutas que atentam contra o patrimônio público, bem como só princípios que devem reger a administração pública. O art. 37, 4.º da Constituição Federal dispõe que “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” Pois bem, a presente lei pretende conceder efetividade ao dispositivo elencado. Segundo Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Junior:

“No caso da Lei de Improbidade Administrativa busca-se assegurar que as condutas de agentes públicos praticadas com o fim de obter vantagem patrimonial indevida, que causem prejuízo ao erário ou que violem os princípios regentes da administração pública, sejam sancionados adequadamente, de modo a reparar os danos causados e a prevenir a prática de condutas desviadas por parte de outros agentes públicos”⁷.

5 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.

6 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (Coord). **Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo, RT, 2007, p.115.

7 Marco Vinicio Petrelluzzi, Rubens Naman Rizek Junior, Lei Anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata, São Paulo, Editora Saraiva, 2014, p.35.

Insta destacar que os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa são os agentes públicos. A Lei de improbidade, em seu art. 2.º, define o agente público como sendo aquele que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.” Emerson Garcia assevera, “a concepção de agente público não foi construída sob uma perspectiva meramente funcional, sendo definido o sujeito ativo a partir da identificação do sujeito passivo dos atos de improbidade, havendo um nítido entrelaçamento entre as duas nações.”⁸

Os atos de improbidade administrativa, no âmbito da lei em comento são divididos em categorias: os atos de que importam enriquecimento ilícito, lesão ao erário, e aqueles que atentam contra os princípios administrativos. Importante elencar que o elemento subjetivo da conduta é a conexão entre a vontade do agente e a conduta por ele praticada. Assim, na ausência de disposição em contrário, a responsabilidade será sempre subjetiva.

Dentre outros marcos legais a respeito do combate à corrupção, além dos mecanismos já mencionados, há a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei n.º 9784/99), a Lei do Funcionalismo Público (Lei n.º 8.112/90), a Lei de Licitações (Lei n.º 8.666/93), a Lei do Pregão (Lei n.º 10.520/2002), lei de responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101/2000), a Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), a Lei do Conflito de Interesses (Lei n.º 12.813/2013), entre outras.

Pois bem, a corrupção também é tratada pelo Direito Penal em diversos dispositivos, dentre eles, os artigos 317⁹ e 333¹⁰ dispõem sobre a corrupção passiva e ativa. No entanto, os entraves do processo penal acabam por comprometer a efetividade de tais normas, vez que a aplicação do Direito Penal no Brasil não consegue ser eficaz na perseguição daqueles que fraudam o erário. O fato é que o legalismo extremo, a tese do direito penal mínimo, a cultura da aplicação sistemática das penas no mínimo legal, a impossibilidade do início de execução da pena antes do julgamento definitivo dos recursos, tudo isso faz com que a presença nas prisões de condenados em razão de corrupção seja exceção que confirma a regra geral da impunidade.

Inobstante os diversos dispositivos elencados que pretendem combater a corrupção, a legisla-

8 Emerson Garcia, op. Cit., p.222.

9 Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

10 Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

ção brasileira era lacunosa no que tange a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos, motivo pelo qual o Projeto de Lei n.º 6.826/2010, encaminhado ao Congresso Nacional pela Presidência da República em fevereiro de 2010 foi aprovado e convertido na Lei n.º 12.846/2013, que veio reforçar o arcabouço legal brasileiro anticorrupção.

19.3 A LEI N.º 12.846/2013

19.3.1 Comentários à Lei Anticorrupção

Como já dito alhures, com o fim de regular a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas, quando constatada a prática de atos corruptos, o projeto de Lei da Câmara n.º 39/2013¹¹ originado pelo projeto de Lei 6826/10¹² que dispõe sobre e a responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos contrários à administração pública nacional e estrangeira, foi convertido na Lei n.º 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, também conhecida como Lei da empresa limpa.

A Lei em questão, além de dispor sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, visa atender os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil por conta da ratificação de convenções contra a corrupção firmados no âmbito das Nações Unidas (ONU)¹³, da Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁴ e das Organizações para

11 CRIAÇÃO, NORMA JURIDICA, LEI FEDERAL, DEFINIÇÃO, RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA, RESPONSABILIDADE CIVIL, PESSOA JURIDICA, SOCIEDADE, INSTITUIÇÃO EMPRESARIAL, FUNDAÇÃO, ASSOCIAÇÕES, EMPRESA ESTRANGEIRA, PREJUÍZO, INTERESSE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE, DIRIGENTE, ADMINISTRADOR, ATO ILÍCITO, RESPONSABILIDADE SOLIDARIA, PAGAMENTO, MULTA, REPARAÇÃO, DANOS. DEFINIÇÃO, ATO, LESÃO, PREJUDICIALIDADE. DEFINIÇÃO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PAIS ESTRANGEIRO. PROCESSO ADMINISTRATIVO, RESPONSABILIDADE, ACORDO, TOLERANCIA, RESPONSABILIDADE, AÇÃO JUDICIAL. CRIAÇÃO, CADASTRO, AMBITO NACIONAL, EMPRESA, PUNIÇÃO, PRESCRIÇÃO, APLICAÇÃO, SANÇÃO. ORGANIZAÇÃO, NATUREZA ADMINISTRATIVA, ESTADO. (www.senado.gov.br)

12 Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. (www.camara.gov.br)

13 Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção

14 Convenção Interamericana de Combate à Corrupção

Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹⁵.

Pois bem, a lei, objeto de estudo do presente trabalho não criou condutas novas, ou seja, não incluiu em seu rol de atos lesivos à Administração Federal conduta que anteriormente fosse considerada lícita e praticada por todos. Fraudar licitação, oferecer ou dar vantagem indevida a agente público, utilizar-se de interposta pessoa (“laranja”) para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade do beneficiário, já eram condutas consideradas ilícitas pelo Código Penal, pela Lei de Improbidade e pela Lei de Licitações.

A novidade trazida por esse ordenamento é, de fato, a mudança de perspectiva dada pelo legislador no combate aos crimes contra a Administração Pública, substituindo o direito penal e a persecução do agente pessoa física, pelo direito administrativo sancionador, que visa à pessoa jurídica, ainda que continue a se valer de conceitos e instrumentos oriundos do direito criminal.

Dentro da ótica legislativa, enquadraram-se nos termos da Lei, todos aqueles atos que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Em suma, ela dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática desses atos e dá outras providências.

Dentre as disposições trazidas pela norma, sua principal inovação é a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica em relação a atos lesivos ao erário, ou seja, a pessoa jurídica poderá ser punida por determinada conduta ilegal praticada por seus administradores, empregados ou representantes que causem prejuízo ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, ainda que com esta conduta não tenha cooperado ou concordado.

Como já mencionado anteriormente, a edição do diploma legal em questão permite ao Brasil se adequar aos compromissos internacionais assumidos, dentre eles a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção.

É importante ressaltar que a nova Lei Anticorrupção incentiva a aplicação efetiva de códigos de ética/conduta, a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades, ou seja, a adoção de «programas de *compliance*», vez que a existência desses mecanismos será levada em conta na aplicação das sanções admi-

15 Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais e Internacionais.

nistrativas. Espera-se, assim, que as empresas com programas de *compliance* tenham seus esforços reconhecidos e sanções reduzidas. Nos tópicos a seguir, serão abordados os principais pontos da lei, controvérsias e a sua polêmica diante o Sistema S.

19.3.2 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Administrativa

A responsabilidade civil tem como pressuposto a existência de um dano e a necessidade de sua reparação. Maria Helena Diniz¹⁶ dispõe que “o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o da *restitutio in integrum*, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão”.

A responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva caracteriza-se pela necessidade de dolo ou culpa. A obrigação de indenizar decorre da existência de um desses elementos, cabendo ao prejudicado o ônus de demonstrar esses elementos subjetivos. Sílvio Rodrigues¹⁷ envia que:

“se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na idéia de culpa” e que de acordo com o entendimento clássico a “concepção tradicional da responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”. De modo que a prova da culpa do agente causador do dano é indispensável para que surja o dever de indenizar. “A responsabilidade, no caso, é subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito”.

A vida moderna, portanto, ressaltando a categoria dos danos resultantes de fatalidades, levantou a questão relativa à sua adequada reparação, a que não satisfaziam os moldes tradicionais. É nesse contexto que surge o sistema da responsabilidade objetiva que independe da culpa. Com efeito, assiste-se a um claro movimento que busca garantir a reparação dos chamados danos anônimos, ou seja, a reparação de todo e qualquer dano, independentemente do caráter culposo ou ilícito do ato que o produziu.

O sistema objetivo, portanto, é uma evolução natural da teoria da responsabilidade civil que visa à reparação da vítima, pois se percebeu que se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização.

16 Curso de Direito Civil, 27.ed., São Paulo, Saraiva, 2013, v. VII, p.23.

17 Direito Civil Volume IV, Editora Saraiva 19.ª Edição, São Paulo, 2002, p.11

Portanto, a responsabilidade objetiva, ao contrário da subjetiva, independe de dolo ou culpa, ela abstrai a ideia da culpa para que se caracterize a responsabilidade, sendo de menor relevância a atitude dolosa ou culposa do agente causador do dano, desde que exista a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar. O código civil elenca tal responsabilidade no parágrafo único do art. 927, *in verbis*:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Insta destacar que a responsabilidade civil objetiva é baseada na teoria do risco. Assim comenta Sílvio Rodrigues¹⁸:

“A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através da sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que a sua atividade e os seus comportamentos sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se, for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aqueles.”

No âmbito administrativo, a responsabilização decorre da possibilidade de a Administração Pública impor ao administrado, por meio de processo administrativo, podendo imputar ao transgressor, sanções de natureza administrativa, dentre elas, a multa, interdição, suspensão, embargos, descontinuidade de benefícios e outros. Vê-se, portanto, que a responsabilidade administrativa decorre de uma conduta ilícita, já prevista em lei e que implica a imposição de uma sanção. Na seara administrativa não há discricionariedade na vontade do administrador.

Pois bem, para os fins da Lei n.º 12.846/2013, ao mesmo tempo em que determinada empresa poderá responder civilmente por eventuais danos que a conduta imprópria de seus agentes tenha gerado à Administração por meio de “pagamentos de indenizações”, também responderá, cumulativamente, administrativamente pela mesma conduta imprópria de seus prepostos.

18 Direito Civil Volume IV, Editora Saraiva 19.ª Edição, São Paulo, 2002, p.10

Destarte, a responsabilidade civil e administrativa são complementares, atingindo a conduta que implica dano por um lado e afronta a princípio da administração pública por outro.

No passado, o funcionário que cometesse quaisquer das condutas previstas na Lei 12.846/2013 responderia por crime de corrupção ativa, fraude à licitação, entre outros delitos, e a empresa poderia, em tese, responder por improbidade administrativa, caso tivesse se beneficiado do ato e caso houvesse a concordância do agente público. Agora, com a atual mudança, a pessoa jurídica poderá ser punida independentemente da sua efetiva concordância com a infração.

A responsabilidade civil objetiva, como alhures mencionado, é aquela derivada não do comportamento subjetivamente analisado do agente, mas em função da aplicação de princípios jurídicos ou de expressa disposição legal.

Tal responsabilidade, inicialmente defendida apenas na doutrina, hodiernamente está contemplada no Direito Civil, nas relações de consumo e alcançou o Direito Administrativo. Pois bem, e agora, com a edição da Lei n.º 12.846/2013, a responsabilidade objetiva passou a alcançar, também, a relação entre a administração pública e as pessoas jurídicas que com ela se relacionem, ou seja, para o sancionamento de pessoa jurídica, não mais será possível que se exija o vínculo de ordem subjetiva com a pessoa natural que tenha praticado ato ilícito favorecendo os interesses da pessoa jurídica.

19.3.3 Sujeito Ativo e Passivo

A lei objeto do presente trabalho possui como objetivo tutelar o patrimônio público, seja ele nacional ou estrangeiro. Visa, ainda, à proteção de bens imateriais, consubstanciados nos princípios que regem a administração pública, além da própria moralidade administrativa.

Assim, a Lei n.º 12.846/2013 possui por objetivo proteger as pessoas jurídicas de direito público interno ou externo, vez que são gestoras do patrimônio público. Desse modo, por decorrência lógica, ficam elas excluídas de serem sujeitos ativos da prática de atos lesivos à administração pública. O art. 1.º, parágrafo único da Lei em comento, dispõe:

“Art. 1.º [...]

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de or-

ganização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.”

Destarte, a lei visa alcançar qualquer tipo ou espécie de pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira que, de qualquer forma, tenha relação com o Poder Público. Inobstante a amplitude dos sujeitos ativos trazida pela lei, há de se levantar alguns questionamentos em relação à denominação de sujeito ativo e passivo, dentre eles as empresas estatais, as fundações e os entes de cooperação, em destaque, o próprio sistema S, ponto a ser abordado a seguir.

19.3.4 Serviços Sociais Autônomos

Foi abordado, que o principal objetivo da lei é combater a corrupção, às práticas corruptas, dentre elas, a propina, suborno, entre outras. Assim, tem-se como sujeito ativo toda pessoa jurídica de direito privado, nacional ou estrangeira que, de qualquer forma, tenha relação com o Poder Público.

Pois bem, diante da situação apresentada, o Sistema S está enquadrado no terceiro setor da economia. São pessoas jurídicas conhecidas como entes de cooperação, porque colaboram com o Estado. Não integram a Administração, mas residem ao lado dela. Fernanda Marinela¹⁹ dispõe que tais entes são pessoas jurídicas de direito privado que, sem fins lucrativos, realizam projetos de interesse do Estado, prestando serviços não exclusivos e viabilizando o seu desenvolvimento, motivo pelo qual recebem ajuda por parte dele e, ainda, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas.

Além dos serviços sociais autônomos, fazem parte desse grupo as entidades de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Serviço Social autônomo é um rótulo atribuído à pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da iniciativa privada, com algumas características peculiares. Elas não prestam serviço público delegados pelo Estado, mas exercem atividade privada de interesse público e compõem o chamado sistema “S”. Segundo Hely Lopes Meirelles,²⁰ “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas

19 Direito Administrativo, 6.ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2012, p. 174.

20 Direito Administrativo Brasileiro, ob.cit., p.362.

categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais.”

Faz-se importante ressaltar, que tais entes estão sujeitos à licitação, muito embora possuam regulamento próprio, com regras simplificadas, previamente aprovadas pelo próprio órgão. E, ainda, possuem o benefício da imunidade sobre os impostos incidentes sobre o patrimônio, à renda e aos serviços ligados diretamente às suas finalidades essenciais.

Pois bem, tendo em vista a natureza privada do Sistema S, não há controvérsias sobre a sua posição, como sujeito ativo, perante a Lei n.º 12.846/2013. No entanto, tais entidades devem ser transparente, submetendo-se ao controle do Tribunal de Contas e ao procedimento licitatório, muito embora de forma simplificada, vez que recebem dinheiro público, possuem capacidade tributária, também conhecida como parafiscalidades e, ainda, são perseguidoras de interesse público.

Destarte, diante do cenário apresentado, indaga-se, essas entidades poderiam figurar como sujeito passivo perante a Lei em comento?! Ora, a Lei visa à proteção do patrimônio público, mas ao mesmo tempo disciplina como sujeito ativo as pessoas que fazem parte da administração pública, nacional e estrangeira, o que acaba por fazer uma limitação, causando lacunas no caso de práticas corruptas contra o Sistema S, vez que embora seja detentor de personalidade jurídica de direito privado, recebe verba pública, possuindo algumas restrições e prerrogativas atinentes à Administração Pública.

Vê-se, portanto, que o impasse da matéria, bem como os demais pontos controvertidos da legislação, deverão ser resolvidos pelos nossos Tribunais e doutrinadores

19.4. A NECESSIDADE DE REGUMANETAÇÃO DA LEI N.º 12.846/2013

19.4.1 A Importância da Regulamentação

Além dos protestos populares que tomaram as ruas do Brasil, por volta de junho de 2013, o Brasil vinha sendo estimulado por organismos internacionais a aprimorar os mecanismos de controle e sua legislação, de modo a contribuir mais ativamente com a luta contra a cor-

rupção, mal que enfraquece a livre concorrência e cria um ambiente negocial desfavorável às empresas sérias e que se disponham a “jogar conforme as regras”.

Inevitável para tanto a criação de uma legislação mais moderna, que previsse punições mais efetivas e uma participação mais direta das empresas no combate a atos ilícitos praticados contra a administração pública, já que somente com a colaboração destas é que se poderia falar em um cenário de redução dos danos gerados pela prática ilegal.

Ocorre, todavia, que muito embora a Lei vise à redução da corrupção, ao prever a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, com aplicação de multa até 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, bem como a publicação da decisão condenatória, não há interação entre a política punitiva adotada e as demais orientações da política macro econômica. Em outras palavras, não existe na lei recentemente aprovada uma explícita preocupação com as formas de adequação das empresas ao novo cenário. Elas foram promovidas à categoria de “agentes auxiliares do Estado”, sem que se previsse os impactos de tal condição na saúde financeira das empresas.

Utilizando como forma de comparação, a Inglaterra elaborou complexa e moderna legislação ao tema, o Bribery Act, “guia” explicativo sobre procedimentos que podem ser adotados pelas empresas para que possam se defender em caso de futura investigação. A norma contempla a preocupação do governo daquele país com a adequação das empresas, especialmente as de pequeno e médio porte, aos programas preventivos e, mais ainda, estabelece isenções e condições especiais para aqueles que demonstrem ter empreendido esforços em criar internamente uma cultura empresarial avessa à atos de corrupção.

Pois bem, apesar de prever duras sanções administrativas e civis, a lei a Lei é econômica ao estabelecer as situações em que a atuação preventiva da empresa possa servir como elemento capaz de isentá-la das punições. Ora, “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica”²¹ e eventual acordo de leniência celebrado com a autoridade administrativa²² têm o condão de proporcionar reprimendas mais brandas, sem, contudo, isentar a empresa do pagamento das altas multas previstas, ou das sanções judiciais.

21 Lei 12.846/2013 – Art. 7.º, inciso VIII - Art. 7.º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...]VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

22 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

A amplitude semântica dos dispositivos que definem as infrações é outro ponto de preocupação. O legislador propositalmente quis que o texto fosse abrangente. Ocorre que tipificações excessivamente abertas comprometem a capacidade de a lei orientar condutas. Cria-se um ambiente de insegurança jurídica que não permite uma avaliação sobre o que é lícito e ilícito. A dúvida coloca em xeque tanto a implementação de mecanismos de compliance como o seu controle pelo Poder Público.

Também preocupa o grau de discricionariedade conferido à Administração na aplicação da lei. Não há parâmetros para orientar a atividade sancionatória. A lei limitou-se a dizer a quem compete instaurar, julgar e conduzir o processo. Afora isso, há tímidas previsões sobre prazos de defesa e de conclusão dos trabalhos da comissão processante. O legislador não se preocupou com as formalidades essenciais, como a necessidade de justa causa para a instauração do processo, o dever de fundamentação das decisões e outras garantias derivadas do devido processo legal.

A consequência é que, sem balizas claras, a lei dá margem a denúncias temerárias e a perseguições, que podem servir como obstáculos artificiais à livre concorrência. Sem parâmetros objetivos, o administrador mal intencionado pode se valer de um diploma claramente moralizador para criar novos nichos de corrupção. Ou seja, há risco de que se produzam efeitos opostos aos esperados.

Destarte, o que se verifica é que a nova legislação perdeu uma excelente oportunidade de instituir mecanismos eficientes para a criação de uma cultura empresarial avessa à corrupção, tendo se limitado a estabelecer procedimentos e punições. Aparentemente, a legislação não visou uma mudança de conduta e de consciência empresarial, devendo os cidadãos buscar formas de adaptação, em um clima de insegurança e de regras ainda muito pouco claras. A edição de um regulamento capaz de endereçar tais perplexidades é de suma importância.

Diante de tal contexto, a regulamentação, capaz de endereçar tais perplexidades, é de suma importância, vez que as regras sobre quais tipos de programas de compliance e modelos de governança corporativa devem ser levados em conta em caso de eventual investigação devem ser enfrentadas de forma peculiar.

Assim, espera-se que a norma fixe parâmetros objetivos, voltados a orientar as condutas das empresas diante das incertezas criadas pela lei, bem como discipline o processo de responsabilização, atentando às garantias fundamentais da Constituição. A regulamentação, aqui, não é apenas recomendável; é indispensável. Não há dúvida quanto à legitimidade dos fins

pretendidos pela lei. Mas, para concretizá-los, é preciso objetivar as infrações e disciplinar o procedimento. Só assim a Lei Anticorrupção representará um avanço, e não mera promessa — ou, o que é pior, perverso incentivo à corrupção.

19.5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo das novas disposições legais trazidas com a edição da Lei n.º 12.846/2013, dentre elas a responsabilidade civil objetiva, principal inovação trazida pela legislação. Em relação aos sujeitos ativo e passivo, foi questionada a posição dos Serviços Sociais Autônomos, vez que tais entes, embora tenham personalidade jurídica de direito privado, são detentores da parafiscalidade o que faz com que recebam dinheiro público, motivo pelo qual é questionável a sua posição apenas como sujeito ativo, assim como os demais entes que se encontram na mesma posição que esse.

Pois bem, o sistema jurídico precisa formar um todo organizado e tem como uma de suas características a harmonia, vez que as normas devem existir segundo o princípio unificador, ou seja, deve haver coerência e possibilidade e aplicabilidade em um todo. Destarte, a Lei 12.846/2013, inobstante tenha por principal objetivo a redução, ou até a eliminação das práticas corruptas brasileiras, vê-se que a ausência de delimitação da mesma, acaba por impedir o seu reconhecimento como um sistema.

De outra parte, todo diploma legal possui um período de maturação, no qual alguns ajustes legais e de interpretação devem se efetivar, papel que ficará a cargo de nossos doutrinadores e tribunais, vez que é papel fundamental do judiciário interpretar a norma, ocasionalmente suprir suas lacunas e afastar as incongruências. É sabido que a legislação, ora, estudada é passível de considerável polêmica sobre a aplicação de seus dispositivos, acém de certa resistência cultural à instituição dos mecanismos ali descritos.

Por fim, a legislação em comento é tema de futuras discussões, bem como interpretação legal e jurídica sobre o candente tema das práticas corruptas.

19.6 BIBLIOGRAFIA

CHAUVEAU, Adolphe e HÉLIE, F. *Theorie du Code Penal*. Bruuxelles: Ed. Bruylant-Christophe, 1862.

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogperio Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3.ed. 2 tir: Lumen Juris, 2006.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MAZZILI, Huho Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PETRELLUZZI, Marcos Vinício e JUNIOR, Rubes Naman Rizek. *Lei anticorrupção, origens, comentários e análise da legislação correlata*. ed: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Sivio. *Direito civil volume IV*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2014



**20 – ASPECTOS POLÊMICOS DA
CONTRATAÇÃO DIRETA NO
ÂMBITO DO SISTEMA “S”**

VICTOR TAINAH FERNANDES DIETZOLD
DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

20.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar os aspectos polêmicos da contratação sem licitação no âmbito do Sistema “S”, à luz da doutrina mais autorizada, bem como da jurisprudência do TCU, levando em consideração, especialmente, a experiência prática cotidiana do Departamento Regional do SESI/SENAI.

Para analisarmos este ensaio, enfrentaremos questões relacionadas ao Direito Administrativo, notadamente o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI, bem como os recentes posicionamentos da Corte de Contas acerca do tema, da seguinte forma:

- a) A natureza jurídica das entidades integrantes do Sistema “S”;
- b) A contratação emergencial e o dever de planejamento;
- c) Contratação de fornecedor exclusivo;
- d) O rol meramente exemplificativo do Art. 10 do RLC do SESI/SENAI;
- e) A inexigibilidade pela notória especialização;
- f) Regularidade fiscal nas contratações diretas;
- g) Jurisprudência do TCU; e
- h) O importante papel da Assessoria Jurídica nos processos.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar os aspectos relevantes e preventivos que devem nortear as contratações diretas realizadas pelas Entidades integrantes do Sistema “S”, de modo que haja maior segurança jurídica frente a uma possível fiscalização exercida pelos órgãos externos de controle.

20.2 A NATUREZA JURÍDICA DAS ENTIDADES DO SISTEMA “S”

Preliminarmente, cabe registrar que o regime jurídico singular a que estão submetidas às Entidades integrantes do Sistema “S” sempre foi alvo de dúvidas e, por via de consequência, palco para constantes discussões e controvérsias, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Com o objetivo de dar relevo ao tema, trazemos ao presente o estudo o conceito destas entidades elaborado por Hely Lopes Meirelles:

“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, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições para fiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônios próprios (...). 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 lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários.”¹

Conforme **já** destacado pela Controladoria Geral da União, “essas entidades, embora oficializadas pelo Estado, não integram a administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, consideradas de interesse público de determinados beneficiados. Recebem, por isso, oficialização do poder público e autorização legal para arrecadarem e utilizarem, na sua manutenção, as contribuições para fiscais”.²

Nesta esteira, considerando que as Entidades administram recursos oriundos das contribuições para fiscais, desempenhando atividades de interesse de categorias profissionais que representam, submetem-se a algumas normas públicas, a exemplo do dever de licitar e de prestar suas contas ao respectivo Tribunal.

1 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.346.

2 Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”, Brasília, 2004, p. 06.

20.2.1 A observância de regulamentos próprios de licitações e contratos

Conforme entendimento **já consolidado pelo TCU**, as Entidades que compõem o Sistema “S” são detentoras de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e não estão sujeitas ao regramento estabelecido na Lei 8.666/93, mas tão somente aos próprios regulamentos, pois não integram a Administração Pública direta ou indireta, senão vejamos³:

(...) quanto no que tange aos processos licitatórios, visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;

(...) 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.

Nesse contexto, as hipóteses de contratação direta no âmbito das Entidades integrantes Sistema “S” devem ser analisadas sob a ótica de seus próprios Regulamentos de Licitações e Contratos.

20.3 CONTRATAÇÃO EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL

A situação emergencial pode dar ensejo a uma contratação por dispensa de licitação e se caracteriza pela possibilidade de trazer prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, exigindo rápidas providências da entidade para eliminar ou mitigar os riscos, sendo tal situação incompatível com os trâmites ordinários de uma licitação pública.

³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão Plenária TCU nº 907/97, Relator Lincoln Rocha. Em 11.12.97.

Conforme entendimento do TCU, a situação de emergência deverá ser devidamente esclarecida e com a formalização adequada do processo que a justifique, com a demonstração razoável para a escolha da empresa e dos preços adotados, estando, aí sim, fundamentados os argumentos que permitirão a adoção do instituto da dispensa de licitação.⁴

20.3.1 A chamada emergência “fabricada”

A primeira questão polêmica que se coloca quando o assunto é contratação emergencial, diz respeito à impossibilidade de que a contratação decorra da falta de planejamento ou desídia da entidade contratante. O caso clássico que traduz esta situação está na contratação emergencial de serviços de natureza continuada quando não há abertura de nova licitação em tempo hábil.

Em um passado recente, a jurisprudência do TCU vinha se posicionando pela irregularidade da contratação por emergência, à vista exclusivamente da conduta desidiosa da administração, isto é, se negligente a ponto de não proceder a nova licitação no devido tempo, com a antecedência necessária, seria considerada irregular a contratação, ainda que presentes os demais requisitos.

No entanto, a jurisprudência do TCU evoluiu no sentido de, mesmo nos casos de desídia ou má gestão de recursos, se presentes os demais requisitos, a contratação emergencial poderia ser autorizada, mas com a necessidade de se apurar a responsabilidade do administrador desidioso.⁵

Nesse sentido, sinaliza Jorge Ulisses Jacoby que “efetivamente, se ficar caracterizada a emergência e todos os outros requisitos estabelecidos nesse dispositivo, pouco importa que a mesma decorra da inércia do agente da administração ou não! Caracterizada a tipificação legal, não pode a sociedade ser duplamente penalizada pela incompetência de servidores públicos ou agentes políticos: dispensa-se a licitação em qualquer caso.”⁶

Destarte, considerando a doutrina mais autorizada, bem como a evolução jurisprudencial da Corte Contas, concluímos este tópico no sentido de que eventual solicitação de contratação

4 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 702/2003 – Plenário. Relator: Ministro Adylson Motta. Em 30.06.2003.

5 BRASIL. Tribunal de Contas da União Acórdão nº 3521. Sessão: 06/07/10. Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER

6 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 9 ed. p.307.

emergencial deve ser juridicamente analisada com foco nos pressupostos que caracterizam a emergência, pouco importando se houve ou não desídia por parte da administração da entidade contratante. Formalizado o processo, com a situação emergencial evidenciada, nada obsta um parecer favorável pela dispensa de licitação.

20.3.2 Limitação temporal na contratação emergencial

Outra questão ainda mais polêmica em relação à contratação por emergência, reside na limitação temporal destas contratações sob dois aspectos, quais sejam, o prazo máximo de vigência e a vedação de sua prorrogação.

A Lei 8.666/93⁷ estabelece expressamente que os contratos emergenciais devem ter prazo máximo de vigência de 180 dias. Por sua vez, os Regulamentos de Licitações e Contratos das Entidades do Sistema “S” não estabelecem um prazo máximo. Em julgado recente envolvendo entidade do Sistema “S”, o TCU recomendou a previsão no Regulamento de um prazo razoável para a vigência do contrato, apenas pelo tempo necessário para a conclusão da licitação:⁸

(...) 1. determinar ao Conselho Deliberativo Nacional do Sistema Sebrae que faça constar [...] do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae, a semelhança do que ocorre na Lei 8.666/93, uma duração razoável para o contrato urgente/emergencial (Art. 9º, incisos V e XI, do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae), tempo necessário para a conclusão do competente procedimento licitatório para contratação definitiva. [...];

2. determinar ao Sebrae - PR que, enquanto não constar do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae a duração do contrato urgente/emergencial (Art. 9º, incisos V e XI), utilize o máximo de 180 (cento e oitenta) dias, lapso em que deve ser concluído o procedimento licitatório para contratação definitiva.

Na prática, considerando a forte inclinação na jurisprudência do TCU no sentido de que as entidades do Sistema “S” devem limitar suas contratações emergenciais ao prazo máximo de 180 dias, recomenda-se que este limite seja, a rigor, observado.

⁷ Art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1210/2008 - Primeira Câmara.

No que tange a vedação da possibilidade de prorrogação dos contratos emergenciais, cabe registrar que na esfera da Administração Pública o legislador proibiu expressamente a sua prorrogação, admitindo-se, no entanto, a celebração de um novo contrato emergencial, regido pelas mesmas cláusulas e com o mesmo contratado antecedente, caso a situação emergencial permaneça sem a conclusão da nova licitação.

Essa solução naturalmente causa a alguns estranheza, tendo em vista que proíbe a prorrogação, mas admite a realização de novo contrato, idêntico ao anterior, que, portanto, teria exatamente o mesmo efeito da prorrogação. Entretanto, sustenta a doutrina pátria que, a rigor jurídico, esse novo contrato, ainda que idêntico ao antecedente, não se confunde com a prorrogação, porque, para ser validamente firmado, requer o cumprimento de todas as formalidades exigidas para a contratação direta, entre as quais a caracterização da situação emergencial, a justificativa de preço e de fornecedor, o parecer da assessoria jurídica e demais requisitos necessários nos termos da lei.

Em que pese às considerações acima, ousamos defender a tese, no âmbito do Sistema “S”, no sentido de ser possível uma eventual prorrogação do contrato emergencial, diante de um caso excepcional e imprevisível, a exemplo de uma licitação impugnada e suspensa por decisão judicial.

O primeiro ponto que fundamenta a tese ora defendida reside no fato de o Regulamento de Licitações e Contratos das Entidades não vedar a prorrogação dos contratos emergenciais. Não obstante, e certamente este é o principal argumento em defesa de nossa tese, fazer novo contrato ao invés de prorrogá-lo, poderá gerar serviços prestados sem a devida cobertura contratual, além de ser antieconômico para a entidade contratante. Explicaremos melhor em seguida.

Partindo da premissa de que houve um fato imprevisível que culminou no impedimento da conclusão da licitação em andamento, sabemos que, na prática, a construção de um novo processo de contratação, com a emissão de novos documentos, novas aprovações, novos pareceres etc., demanda tempo para sua conclusão. Com efeito, considerando que a licitação fora obstada por fato imprevisível, perpassar por todas as etapas de uma nova contratação acabará gerando uma prestação de serviços sem cobertura contratual, exatamente em razão do tempo necessário para se concluir o novo processo de contratação direta que, diga-se de passagem, resultará na celebração de contrato com o mesmo fornecedor. Ou seja, não é lógico, tampouco razoável essa solução.

Sob outro aspecto, celebrar novo contrato poderá gerar violação ao princípio da economicidade, na medida em que o fornecedor terá a oportunidade de ofertar novo preço, maior do que o anteriormente ofertado na primeira contratação.

Registre-se, por derradeiro, que há no TCU⁹, ainda que de forma minoritária, corrente admitindo a prorrogação excepcional de contratos emergenciais. Leia-se:

(...) Assim, citando jurisprudência do TCU, destacou que, “o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido”. No mesmo sentido, quanto à prorrogação dos contratos firmados diretamente com base no mesmo dispositivo, registrou o relator, amparado em jurisprudência do TCU, que “é possível, em casos excepcionais, firmar termo aditivo para prorrogar contrato oriundo da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço, além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto.” Por conseguinte, votou por que se expedisse comunicação ao Governo de Estado de Pernambuco quanto à possibilidade de os contratos firmados com base no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 ultrapassarem o limite de 180 dias contido no dispositivo, desde que cumpridas as condicionantes apontadas, no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nos 845/2004 e 1941/2007, ambos do Plenário.

Diante das ponderações acima, defendemos a tese acerca da possibilidade de aditamento excepcional de contratos emergenciais, em prestígio aos princípios da razoabilidade e economicidade.

20.4 A INEXIGIBILIDADE PARA FORNECEDOR EXCLUSIVO

O Regulamento de Licitações e Contratos das Entidades integrantes do Sistema “S”, no art. 10, inciso I, preceitua o seguinte: “A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial: I) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros diretamente de produtor ou fornecedor exclusivo;”

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 3238/2010-Plenário, TC-019.362/2010-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010.

Registre-se que o ponto de atenção com relação à exclusividade, guarda relação com a forma que se comprova se realmente há ou não exclusividade na contratação que se pretende, normalmente fundamentada em atestados ou declarações de exclusividade emitidas por órgão de registro de comércio local, Sindicatos, Federação, Confederação Patronal ou entidades equivalentes.

Por oportuno, trazemos ao presente trabalho as ponderações de Joel de Menezes Niebuhr¹⁰ sobre o tema, vejamos:

“O dispositivo em comento remete a atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio local da licitação, que, por suposto, só aponta os fornecedores cujos contratos forem registrados no local, sem ter meios de indicar outros fornecedores espalhados em outros locais. Como a exclusividade deve, em regra, ser apurada em todo território nacional, vê-se, às claras, a insuficiência dos dados fornecidos pelo órgão de registro de comércio, já que parciais, restritos ao seu âmbito territorial.

Na mesma linha, Sindicato, Federação e Confederação Patronal são aptos, no máximo, a revelar a atividade de seus filiados. Entretanto, desconsideram cabalmente os não filiados, mesmo que atuem na área, repassando, também, informações parciais, bastante restritas.

Além disso, os órgãos de registro de comércio, os Sindicatos, Federação e Confederação Patronal, ou entidades equivalentes, não visam a cadastrar nem a precisar realmente quem fornece o que e em quais condições, especialmente se este o faz com exclusividade ou não. Eles registram os estatutos ou contratos sociais das empresas ou de seus filiados, isto é, registram as declarações unilaterais que provêm dos próprios fornecedores, sem procederem à fiscalização para apurar se elas são verdadeiras e, por consequência, se realmente há exclusividade.”

Com efeito, percebemos que a emissão de atestados ou declarações acaba não sendo suficiente para fundamentar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, exatamente pela fragilidade destes documentos. Esta fragilidade, inclusive, já fora identificada pelo TCU, que sumulou o seguinte entendimento:¹¹

10 NIEBUHR, Joel Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO. Editora Fórum. 2012. 2ª ed. p.88.

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 255/2010.

“Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

Nesta esteira, recomenda-se que a entidade, por meio de sua área demandante dos serviços, se valha de pareceres técnicos de especialistas que não tenham qualquer interesse na contratação. Esses especialistas, que conhecem a área ou segmento relacionado ao objeto do contrato, geralmente têm condições de confirmar se realmente há ou não exclusividade.

É interessante, também, consultar outras entidades administrativas que atuam no mesmo segmento, requerendo a indicação, se houver, de outros produtos que visem à utilidade pretendida pela Administração. A declaração de entidades administrativas de que não conhecem outro produto análogo presta-se a corroborar a caracterização da exclusividade.¹²

Não obstante, e notadamente esta é a recomendação de maior relevo, cabe à área demandante do serviço anexar no processo de contratação cópias de extratos de inexigibilidade e pareceres de outras contratações, realizadas por outros órgãos administrativos. Ora, se há exclusividade do fornecedor, muito provavelmente outras entidades já o contrataram por inexigibilidade de licitação, sendo certo que estas evidências também corroboram a caracterização da exclusividade.

Em suma, a área demandante da contratação deve ir ao mercado, consultar outras entidades administrativas, fazer diligências junto a outros possíveis fornecedores, com a realização de visitas se for o caso, a fim de verificar a veracidade da exclusividade do fornecedor que se pretende contratar, não sendo recomendável considerar suficiente apenas um atestado emitido pelo órgão ao qual o fornecedor é filiado.

20.4.1 Exclusividade na hipótese de contratação de serviços

Com certa frequência, verificamos processos de inexigibilidade de licitação fundamentados em atestados ou declarações de exclusividade para prestação de serviços, e não para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros como determina a Lei 8.666/93 e o RLC das Entidades do Sistema “S”. Aliás, vale dizer, esta é uma verdadeira evidência da fragilidade destes documentos, conforme sinalizado no tópico anterior.

12 NIEBUHR, Joel Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO. Editora Fórum. 2012. 2ª ed. p.90.

No âmbito do Sistema “S”, necessário se faz ressaltar que o art. 10, inciso I do RLC, com precisão e clareza, prescreve que somente será inexigível a licitação no caso de compra de materiais, equipamentos ou gênero, não mencionando a contratação de serviços.

Analogamente, este também é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, ao reiterar a impossibilidade de contratação de serviços com fundamento no inciso I do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, já que este dispositivo é específico para materiais, equipamentos e gêneros.¹³

Neste mesma linha é a Orientação Normativa nº. 15, da AGU: “O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII, do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.015975/2008-95, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993: A contratação direta com fundamento na inexigibilidade prevista no art. 25, inc. I, da lei nº 8.666, de 1993, é restrita aos casos de compras, não podendo abranger serviços”.

Desta forma, é de se concluir que, tecnicamente, quando a hipótese for de contratação de serviços que somente um único fornecedor possa atender, o enquadramento da inexigibilidade de licitação no dispositivo legal relativo à exclusividade está equivocado. Mas, há uma solução para este impasse, pelo menos em tese, conforme veremos no próximo tópico.

20.4.2 O rol exemplificativo do art. 10 do RLC

Cumprе salientar que a expressão inviabilidade de competição é sustentada pela doutrina mais autorizada para assegurar que, na verdade, as hipóteses elencadas tanto no art. 25 da Lei nº 8.666/93, como no art. 10 do RLC das Entidades do Sistema “S”, são meramente exemplificativas, na medida em que poderão ocorrer situações fáticas que, embora não estejam previstas em lei, inviabilizam a competição.

O eminente professor Marçal Justen Filho¹⁴, sob a ótica da Lei nº 8666/93, mas corroborando o que acabamos de sustentar, é categórico ao afirmar que:

“A redação do art. 25 determina, de modo inquestionável, que as hipóteses referidas nos incisos são meramente exemplificativas. Portanto, pode haver inviabi-

13 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-014.001/2004-2. Acórdão nº 1096/2007 – Plenário.

14 FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 360.

lidade de competição que não se enquadre em nenhuma das situações referidas nos três incisos do art. 25. Um exemplo seria a contratação de um determinado fornecedor de serviços ou produtos dotados de elevada complexidade e grande sofisticação, relativamente as atividades dotadas de grande potencial nocivo em caso de falha. Configurando-se inviabilidade de competição numa situação que não se enquadra nos três incisos do art. 25, a contratação será alicerçada diretamente no caput do dispositivo.”

Destarte, se a hipótese for de contratação de serviços, o enquadramento/fundamento não poderá ser no dispositivo relativo à exclusividade, na medida em que esta hipótese é restrita à aquisição de bens. Contudo, é certo, pelo menos em tese, que se pode ter situações em que determinados serviços são prestados por um único empresário/fornecedor. No entanto, o enquadramento da inexigibilidade, nesta hipótese, não seria com base no inciso I, mas no próprio *caput* do art. 10 do RLC, tratando-se de Sistema “S”.

20.5 CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Nesta hipótese, vale ressaltar, não se faz necessário que a empresa ou profissional que se pretende contratar sejam únicos no mercado, mas precisam reunir algumas particularidades, especialidades que os diferenciam dos demais prestadores de serviços. O inciso II do artigo 10 do RLC das Entidades do Sistema “S” conceitua profissional ou empresa de notória especialização da seguinte forma:

“assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado.”

No entanto, não basta ser a empresa ou o profissional de notória especialização, faz-se necessário que o interesse da Entidade, em face de sua complexidade e importância, requeira a contratação de profissional com essas qualificações e que o objeto da contratação seja de natureza singular.

20.5.1 O desafio de evidenciar a singularidade

A singularidade que justifica a inexigibilidade de licitação por notória especialização é do objeto do contrato, ou seja, é o serviço pretendido pela Entidade que é singular, e não somente o executor do serviço. A rigor, todo profissional é singular, na medida em que este atributo é próprio da natureza humana. Para a inexigibilidade de licitação, singular é a característica do objeto que o individualiza e que o distingue dos demais. Trata-se da presença de um atributo incomum, diferenciador.

Assim, deve o serviço ter natureza singular, o qual é conceituado por Diogenes Gasparini da seguinte forma:¹⁵

“por natureza singular do serviço há de se entender aquele que é portador de tal complexidade executória que o individualiza, tornando-o diferente dos da mesma espécie, e que exige, para a sua execução, um profissional ou empresa de especial qualificação”.

Desta maneira, o verdadeiro desafio está na demonstração de que a singularidade do objeto, ante as características peculiares das necessidades da Entidade, aliada à condição de notória especialização do prestador, inviabiliza a competição no caso concreto.

20.5.2 Contratação de Escritórios de Advocacia na visão do TCU

A contratação de serviços jurídicos, no entendimento da Corte de Contas, deve necessariamente guardar relação com serviço de natureza singular, sem que se admita a inexigibilidade para a contratação de prestações rotineiras ou comuns. Em outras palavras, o TCU apenas admite a contratação através da inexigibilidade de licitação de profissionais realmente detentores de notória especialização e para serviços que ostentem singularidade, e não de natureza ordinária que possam ser prestados por qualquer advogado habilitado.

Por outro lado, oportuno registrar que o STF vem admitindo a contratação de serviços jurídico por inexigibilidade de licitação de forma ampla, ressaltando que qualquer atuação jurídica envolve trabalho intelectual, além do aspecto da confiança a ser depositada no profissional,

¹⁵ GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 6. Ed. Revisada, Atualizada e Ampliada. São Paulo: SARAIWA 2001. p. 446.

fatores que inviabilizam a competição.¹⁶

O STJ, por sua vez, trilha no mesmo sentido do TCU e não admite a contratação de serviços jurídicos por meio da inexigibilidade de licitação com a mesma amplitude do STF, exigindo a demonstração da natureza singular dos serviços que se pretende contratar.¹⁷

De qualquer sorte, em que pese à divergência jurisprudencial mencionada, recomenda-se que a contratação de serviços jurídicos pelas Entidades do Sistema “S” por inexigibilidade de licitação não seja a regra, mormente em razão do entendimento do TCU, que é órgão fiscalizador das Entidades.

Outra questão que suscita discussões é a terceirização, via procedimento licitatório, de serviços advocatícios de natureza rotineira e continuada. Em recente julgado, o TCU entendeu pela impossibilidade da terceirização nestes casos, senão vejamos:

(...) Destacou que a jurisprudência do Tribunal, “delineada no acórdão 2.303/2012-Plenário”, é no sentido de que “a terceirização de serviços de natureza jurídica somente é admitida para atender a situações específicas devidamente justificadas, de natureza não continuada, quando não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro do órgão ou entidade”. Sobre o caso concreto, ressaltou que a CDP possui advogados em seu quadro de funcionários, motivo pelo qual “somente poderia buscar no mercado, via licitação, a contratação de serviços advocatícios que se enquadrassem nas particularidades referidas na aludida deliberação”. Ponderou, contudo, “a falta de capacidade operacional do quadro de advogados da Companhia frente ao número de demandas”, ressaltando ainda que o Tribunal, por meio do Acórdão 2.132/2010-Plenário, dirigido às empresas estatais, reconheceu “a necessidade de estabelecimento de um cronograma para substituição dos advogados contratados por concursados”, de forma a evitar a solução de continuidade na prestação de serviços advocatícios. Nesse passo, o Tribunal, ao acolher o voto da relatora, julgou a Representação parcialmente procedente e deu ciência à CPD para que atente “para a natureza cogente dos comandos dos acórdãos 2.132/2010 e 2.302/2012 do Plenário deste Tribunal quanto a restrições à contratação de serviços advocatícios de prestadores privados, devendo a empresa limitar futuro contrato ao período necessá-

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 348, Tribunal Pleno. Rel. Eros Grau. Julg. 15.12.2006.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 448.442/MS, 2ª Turma. Rel. Herman Benjamin. Julg. 23.02.2010.

rio à substituição de sociedades ou pessoas físicas contratadas por empregados admitidos por concurso público”. Acórdão 1278/2014-Segunda Câmara, TC 028.160/2013-4, relatora Ministra Ana Arraes, 1.4.2014.

A nosso ver, a decisão do TCU beira o absurdo, na medida em que ignora o fato de muitos órgãos administrativos não terem “braço” para atender a todas as demandas em diversas comarcas, além de interferir diretamente na Gestão administrativa ao determinar a necessidade de se fazer novos concursos.

No âmbito do Sistema “S”, é sabido que as Entidades muitas vezes atuam em todo o estado, o que, por via de consequência, pode gerar demandas judiciais espalhadas por diversas comarcas, justificando a necessidade de se contratar, via licitação, escritórios ou profissionais terceirizados.

Com efeito, em que pese o recente posicionamento da Corte de Contas supracitado, defendemos a tese pela possibilidade de contratar advogados estranhos aos quadros da entidade, por meio de licitação, mesmo para situações ordinárias ou rotineiras, desde que se configure a insuficiência do corpo jurídico para atender a demanda existente.

20.6 O PROBLEMA DA FRÁGIL FORMALIZAÇÃO DOS PROCESSOS

Primeiramente, é imprescindível que as contratações diretas, enquadradas em uma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, sejam formalizadas em processos administrativos, devidamente protocolados. A configuração de uma hipótese de contratação direta não significa a ausência de um processo prévio à contratação. Em face dos princípios aplicáveis à contratação das entidades integrantes do Sistema “S”, mesmo quando configurada hipótese em que a licitação é dispensável ou inexigível, encontra-se afastada a possibilidade de a entidade escolher livremente no universo dos potenciais fornecedores dos bens ou dos prestadores de serviços, aquele que bem entender, sem obediência a nenhuma formalidade.¹⁸

Embora a regra seja a formalização de um processo administrativo, no qual fiquem documentados todos os fatos e atos relevantes para justificarem a dispensa da licitação, verificamos, com certa frequência, processos montados de maneira frágil, com ausência de alguns

¹⁸ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema “S”*. Paraná: JML, 5.ed., p.164.

ou vários documentos necessários. Essa fragilidade, cabe registrar, muitas vezes decorre da falsa impressão de que a dispensa do dever de licitar é situação informal, e conseqüentemente uma justificativa para não ter que documentar todos os atos com a mesma formalidade que é intrínseca ao procedimento licitatório.

Com efeito, diante de potenciais vícios que o procedimento de contratação direta possa apresentar, torna-se extremamente recomendável que a Assessoria Jurídica da Entidade seja envolvida no início do processo, justamente com o objetivo de orientar pelo saneamento de eventuais irregularidades.

20.6.1 O importante papel da Assessoria Jurídica nos processos

É sabido que nos processo de contratação direta sem licitação, se faz imprescindível à presença de parecer jurídico circunstanciando os limites do exame realizado no caso concreto, ressaltando, sempre, de forma expressa as searas de ordem técnicas e econômicas da manifestação.

O professor Jorge Ulisses Jacoby assevera que “caberá ao parecer jurídico indicar a norma, verificar a existência dos documentos que fundamentam os autos e indicar doutrina e jurisprudência, se houver, para assegurar a razoabilidade da tese que abraça”.¹⁹

Inobstante, defendemos a ideia de que o envolvimento da Assessoria Jurídica deve ser de forma mais precoce, ou seja, na fase inicial do processo, e não somente na fase de elaboração de parecer jurídico. Em alguns casos, sugerimos que outras áreas também sejam envolvidas precocemente, criando um grupo multifacetado (exemplo: área jurídica, área técnica, área operacional) que poderá discutir previamente as nuances da contratação que se pretende, proporcionando o “nascimento” de um processo já totalmente maduro e afastando, por via de consequência, os vícios comuns deste tipo de contratação.

Destarte, a participação da Assessoria Jurídica na fase inicial do processo de contratação direta é exemplo de boa prática no âmbito das Entidades do Sistema “S”, na medida em que proporciona um processo mais amadurecido e isento de irregularidades, além de evitar frustrações diante de uma eventual impossibilidade de se efetivar a contratação sem licitação.

19 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação Direta Sem Licitação*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 9 ed. p.662.

20.7 CONCLUSÃO

Após enfrentarmos todas as questões, concluímos que as Entidades do Sistema “S” devem ter toda a cautela necessária em seus processos de contratação direta, observando as peculiaridades e especificidades de cada hipótese prevista no Regulamento de Licitações e Contratos, envolvendo a Assessoria Jurídica na fase inicial do processo, agindo com transparência, pautado pela legalidade e defendendo sempre os interesses e as particularidades conferidas aos Serviços Sociais Autônomos.

20.8 BIBLIOGRAFIA

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.346.

Coletânea de Entendimentos da SFC/CGU Sobre os Principais Temas de Gestão do Sistema “S”, Brasília, 2004, p. 06.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão Plenária TCU nº 907/97, Relator Lincoln Rocha. Em 11.12.97.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 702/2003 – Plenário. Relator: Ministro Adylson Motta. Em 30.06.2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União Acórdão nº 3521. Sessão: 06/07/10. Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 9 ed. p.307.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1210/2008 - Primeira Câmara.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 3238/2010-Plenário, TC-019.362/2010-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010.

NIEBUHR. Joel Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO. Editora Fórum. 2012. 2ª ed. p.88.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 255/2010.

NIEBUHR. Joel Menezes. LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO. Editora Fórum. 2012. 2ª ed. p.90.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-014.001/2004-2. Acórdão nº 1096/2007 – Plenário.

FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São

Paulo: Dialética, 2010, p. 360.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 6. Ed. Revisada, Atualizada e Ampliada. São Paulo: SARAIVA 2001. p. 446.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP. nº 348, Tribunal Pleno. Rel. Eros Grau. Julg. 15.12.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 448.442/MS, 2ª Turma. Rel. Herman Benjamin. Julg. 23.02.2010.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Licitações e Contratos no Sistema “S”. Paraná: JML, 5.ed., p.164.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta Sem Licitação. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 9 ed. p.662.

**SISTEMA INDÚSTRIA
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

Marcos Abreu Torres
Sidney Ferreira Batalha
Fabiola Pasini Ribeiro de Oliveira
José Virgílio de Oliveira Molinar
Christiane Rodrigues Pantoja
Priscila Pereira C. A. Schlobach

Comissão Julgadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Cassio Borges
Fábio Medina Osório
Flávio Amaral Garcia
Helio Rocha
Sérgio Campinho
Sérgio Moreira

Elaboração

Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas
André Luiz de Carvalho Cordeiro
Artur Henrique Tunes Sacco
Bruno Souza Barros
Camila Gaeski
Carlos José Kurtz
Gustavo Ganz Seleme
Cheryl Berno
Christian Schramm Jorge
Christianne Oliveira Collyer
Cynthia Cinara Carvalho Lima
Daniel Quintino Tostes Martins
Elisa Leão de Andrade
Flávio Possa
Jean Alves Pereira Almeida
Juliana Maroja Ribeiro Ramos
Leandro Gayer Gubert
Leonardo Rodrigo Silva Tônico
Letícia de Oliveira Lourenço
Livia de Almeida Souza Sales
Natali Camarão de Albuquerque Nunes
Rodrigo Baçal de Vasconcelos
Sérgio Luís Rodrigues Couto
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

Eduardo Pessoa
Produção Editorial

Paulo Reis
Elaboração de Capa

