



10º ENCONTRO NACIONAL^{dos} ADVOGADOS^{do} SISTEMA INDÚSTRIA

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO SENAI 70 ANOS

2012

Teses inscritas

Autores

- Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas
- Aline dos Santos Latrofe
- André Luiz de Carvalho Cordeiro
- Andrea de Mesquita Gosling
- Carlos José Kurtz
- Cheryl Berno
- Christianne Oliveira Collyer
- Daniel Horácio de Araújo
- Diogo de Souza e Mello
- Giuliano Pereira Silva
- Gustavo Fidalgo e Vicente
- Jean Alves Pereira Almeida
- João Amaral Silva
- Karina de Pinho Moreira de Lelis
- Leandro G. Gubert
- Letícia de Oliveira Lourenço
- Lívia de Almeida Souza
- Luana Barroso de Albuquerque
- Otônia Esther de Menezes Otôni Espíndola
- Raquel Dias Magalhães
- Regis de Godoy-Rocha
- Tácio Cheab Ribeiro
- Telma Mahfuz
- Thiago Pedrosa Figueiredo
- Victor Tainah Fernandes Dietzold
- Wanderley Marcelino

Natal 2012

PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2012
SENAI 70 ANOS

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA EXECUTIVA – DIREX

José Augusto Coelho Fernandes
Diretor de Políticas e Estratégia

Monica Messenberg Guimaraes
Diretora de Relações Institucionais

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI

Conselho Nacional

Jair Meneguelli
Presidente

SESI – Departamento Nacional

Robson Braga de Andrade
Diretor

Renato Caporali Cordeiro
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



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*

**PRÊMIO ENASI DE TRABALHO JURÍDICO
2012
SENAI 70 ANOS**



**Natal
2012**

© 2012. CNI – Confederação Nacional da Indústria
© 2012. SESI – Serviço Social da Indústria
© 2012. SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial

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

Diretoria Jurídica - DJ

FICHA CATALOGRÁFICA

P925

Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico: Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria (8.: 2012: Brasília)
Prêmio ENASI de trabalho jurídico: 10º Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria /. – Brasília : CNI; SESI; SENAI, 2012.
349 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

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

1 O CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES SINDICAIS PATRONAIS DA INDÚSTRIA **15**

Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas (Relator)

O Cadastro Nacional de Entidades Sindicais Patronais da Indústria 17

Rédeas do Estado 19

2 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CRIAÇÃO DE UM CADASTRO NACIONAL DE MAUS FORNECEDORES PELO SESI E SENAI **33**

Aline dos Santos Latrofe (Relatora), Regis de Godoy-Rocha

2.1 Introdução 35

2.2 A natureza jurídica do SESI / SENAI e o respeito aos princípios constitucionais da administração pública 37

2.3 A interpretação jurídica de normas punitivas em razão da submissão ao princípio da legalidade, e a impossibilidade de ampliação interpretativa do artigo 32 dos regulamentos de licitações e contratos do SESI e do SENAI 40

2.4 A competência privativa do conselho nacional do SESI e do SENAI para a normatização e do departamento nacional para a aplicação da suspensão do direito de licitar em âmbito nacional 43

2.5 Conclusão 45

Referências 47

3 PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS NO SESI/SC - POSSIBILIDADE JURÍDICA **49**

André Luiz de Carvalho Cordeiro(Relator), Carlos José Kurtz, Daniel Horácio de Araújo

3.1 Introdução 51

3.2 Breve histórico 51

3.3 O PPR e as entidades sem fins lucrativos 53

3.4 Discussão – o SESI e o questionamento dos órgãos de controle 53

3.5 Fundamento jurídico – possibilidade de implementação 55

3.6 Conclusão 61

4 O REPERCUSSÃO GERAL E SÚMULA VINCULANTE DO STF **63**
Cheryl Berno (Relatora)

4.1 Introdução	65
4.2 Constitucionalidade e inconstitucionalidade da norma	65
4.3 Pronúncia de inconstitucionalidade da norma	66
4.4 Norma com presunção de constitucionalidade	70
4.5 Norma declaradamente constitucional	71
4.6 Norma declaradamente inconstitucional com efeitos <i>erga omnes</i>	72
4.7 Repercussão geral no STF	73
4.8 Súmula vinculante do STF	77
4.9 Processo eletrônico e julgamento virtual	78
4.10 Conclusão	79

5 A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO PIS NO SISTEMA S: POSIÇÃO INÉDITA DE NOSSOS TRIBUNAIS **81**

Christianne Oliveira Collyer (Relatora), Luana Barroso de Albuquerque, Otônia Esther de Menezes Otôni Espíndola

5.1 Introdução	83
5.2 Sobre a sistemática do recolhimento do PIS no sistema “S”: SESI e SENAI	83
5.3 A natureza jurídica do PIS	84
5.4 Das situações hipoteticamente descritas pela lei como geradoras das obrigações tributárias	86
5.5 Da aplicação dos recursos provenientes do PIS	90
5.6 Diferenças entre imunidade e isenção tributária	90
5.7 Sobre as instituições de educação	91
5.8 Das instituições de assistência social	93
5.9 Da posição inédita de nossos tribunais superiores	95
5.10 Arrecadação do PIS no SESI e no SENAI nos últimos 5 (cinco) anos	97
5.11 Considerações finais	97

6 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA ENTRE AS ENTIDADES SESI E SENAI: TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL ENTRE SESI E SENAI. VEDAÇÃO LEGAL PARA ALIENAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. VISÃO SISTÊMICA. CONSIDERAÇÕES E ARGUMENTOS QUE PODERIAM AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SISTEMA “S”.
99

Daniel Horácio de Araújo(Relator), André Luiz de Carvalho Cordeiro, Leandro G. Gubert

Problema	101
6.1 Da legislação atual que veda a alienação direta	102
6.2 Considerações que podem permitir a modificação do regulamento de licitações e contratos	107
6.3 Conclusões	110
6.4 Conclusão	113
Referências	114

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO NO ÂMBITO DA INDÚSTRIA E SEUS REFLEXOS	115
<i>Diogo de Souza e Mello</i>	
7.1 Introdução	117
7.2 A importância do tema	118
7.3 O enquadramento legal: CRFB Art. 7º XXVIII e a Lei nº 8.213/91	120
7.4 Conceito e espécies de acidente do trabalho	122
7.5 Responsabilidade civil por acidente de trabalho	125
7.6 Conclusão	130
Referências	133
8 DO CONTROLE PATRIMONIAL DOS ATIVOS INTANGÍVEIS (AIS) DO SESI E DO SENAI: PROPRIEDADE INTELECTUAL. CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. PATRIMÔNIO E RECEITAS. SUSTENTABILIDADE DO “SISTEMA S”. DEVER DO SESI E DO SENAI DE CONTROLE PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DO TCU DE FISCALIZAÇÃO	135
<i>Giuliano Pereira Silva</i>	
Lista de siglas	137
8.1 Introdução	138
8.2 Da Propriedade Intelectual (PI) e dos Ativos Intangíveis(AIs)	139
8.3 Do dever de controle patrimonial do SESI e do SENAI	146
8.4 Da competência de fiscalização do TCU	156
8.5 Conclusão	158
8.6 Referências	160
9 O TEORIA GERAL DO PREQUESTIONAMENTO E OS RECURSOS EXCEPCIONAIS DO SISTEMA INDÚSTRIA	169
<i>Jean Alves Pereira Almeida</i>	
Introdução	171
9.1 Função dos recursos extraordinário e especial	171
9.2 As primeiras controvérsias a respeito do prequestionamento	175
9.3 Prequestionamento	176
9.4 Espécies de prequestionamento	180
9.5 Da dispensa do prequestionamento	184
Conclusão	185
10 SISTEMA DE CONTROLE INTERNO NAS ENTIDADES SESI E SENAI	187
<i>João Amaral Silva (Relator), Gustavo Fidalgo e Vicente</i>	
10.1 Do sistema da qualidade	189
10.2 Da instituição do controle interno e sua origem	189
10.3 Da utilização analógica do processo estruturante pelas demais entidades e suas peculiaridades	193
10.4 Como atua o controle interno no regional do Tocantins	193
10.5 Conclusão	199

11 A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DA PESQUISA DE PREÇOS DE MERCADO NAS CONTRATAÇÕES DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DO SISTEMA “S”	201
<i>Karina de Pinho Moreira de Lelis</i>	
11.1 Introdução	203
11.2 Licitação	203
11.3 Contratação direta: exceção à regra de licitação	206
11.4 Princípios	211
11.5 Justificação de preços: necessidade da cotação	212
11.6 Conclusão	215
12 A NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE PARCELAS INDENIZATÓRIAS	217
<i>Letícia de Oliveira Lourenço (Relatora), Andrea de Mesquita Gosling</i>	
Introdução	219
12.1 Histórico da seguridade social e previdência social	219
12.2 Natureza jurídica	221
12.3 Da possibilidade de impetração de mandado de segurança	226
Conclusão	232
13 CONCURSO PÚBLICO PARA O SESI E SENAI: A VISÃO DO TCU, DO MP E DO JUDICIÁRIO	233
<i>Livia de Almeida Souza (Relatora), Otônia Esther Menezes de Otoni Espíndola, Raquel Dias Magalhães</i>	
13.1 Introdução	235
13.2 Entes de cooperação	235
13.3 Da contratação de pessoal para o SESI e o SENAI	238
13.4 Concurso público para o SESI e SENAI: a visão do TCU	241
13.5 Concurso público para o SESI e SENAI: a visão do Ministério Público	243
13.6 Concurso público para o SESI e o SENAI: a visão do judiciário	245
Considerações finais	248
Referências	250
14 A MISSÃO DO SESI E DO SENAI VISANDO A HUMANIZAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL	251
<i>Luana Barroso de Albuquerque (Relatora), Christianne Oliveira Collyer, Otônia Esther de Menezes Otôni Espíndola</i>	
Introdução	253
14.1 Os direitos humanos, a humanização e a inclusão social na busca pelo estado democrático de direito	253
14.2 Serviços sociais autônomos: conceito e características	257
14.3 A importância da função social do SESI e do SENAI visando a humanização e a inclusão social	259
Considerações finais	262
Referências	263

15 PERÍCIA JUDICIAL: A IMPORTÂNCIA DA PROVA TÉCNICA E A IMPRESCIDIBILIDADE DA ATUAÇÃO CONJUNTA DO ADVOGADO E DO ASSISTENTE TÉCNICO	265
<i>Raquel Dias Magalhães (Relatora), Livia de Almeida Souza, Otônia Esther Menezes de Otoni Espíndola</i>	
Introdução	267
15.1 Da prova pericial	267
15.2 Dos assistentes técnicos	270
15.3 Dos advogados e a profissionalização dos assistentes técnicos	273
15.4 Da experiência do SESI/DR-CE e SENAI/CE	274
15.5 Considerações finais	276
Referências	277
16 CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS DO SISTEMA “S”	279
<i>Tácio Cheab Ribeiro</i>	
16.1 Resumo	281
16.2. Introdução	281
16.3 Princípios da Administração Pública e cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos	283
16.4 Contratos do sistema “S” e as cláusulas exorbitantes	288
16.5 Conclusão	292
17 PASSIVOS JUDICIAIS	293
<i>Telma Mahfuz</i>	
17.1 Apresentação	295
17.2 Quem paga pelos custos das ações?	295
17.3 Como surgem os conflitos trabalhistas?	296
17.4 Como prevenir os conflitos trabalhistas?	297
17.5 Quais as causas mais recorrentes das ações indenizatórias?	299
17.6 Como prevenir os acidentes e os furtos?	299
17.7 Conclusão	300
17.8 Referências	302
18 O ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES DO GERENCIADOR E DO ADERENTE NA NOVA SISTEMÁTICA DO REGISTRO DE PREÇOS DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI	303
<i>Thiago Pedrosa Figueiredo</i>	
Introdução	305
18.1 O sistema de registro de preços	305
18.2 A adesão à ata de registro de preços no âmbito da Administração Pública	308
18.3 A nova sistemática do registro de preços no RLC do SESI e do SENAI – a adesão ao registro de preços	312
Conclusão	320

19 A CONCESSÃO DE PATROCÍNIO NO ÂMBITO DO SESI/SENAI À LUZ DO TCU	321
<i>Victor Tainah Fernandes Dietzold</i>	
Introdução	323
19.1 A natureza do patrocínio	324
19.2 O enquadramento na inexigibilidade de licitação	326
19.3 Procedimento formal a ser observado	328
19.4 A importância da elaboração de normativos internos pelas entidades	333
19.5 Conclusões	333
20 O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E SUAS INGERÊNCIAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA, DA FISCALIZAÇÃO E DA INSPEÇÃO DO TRABALHO, EM FACE DAS ENTIDADES DO SISTEMA INDÚSTRIA. LIMITES DE SUAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA	335
<i>Wanderley Marcelino</i>	
20.1 Introdução	337
20.2 Por que eles insistem com a assinatura de TAC?	337
20.3 A entidade declina da assinatura do TAC. E daí?	338
20.4 As entidades do sistema e o MPT	338
20.5 Por que outras exigências?	339
20.6 Da legitimação e competência do MPT	340
20.7 O limite das atribuições do MPT. Até que ponto se acha legitimado a requisitar documentos.	345
20.8 Conclusão	348
Referências	349

APRESENTAÇÃO

É com orgulho renovado que apresento a publicação das teses inscritas para o Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico 2012 – SENAI 70 Anos. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído em 2007 pelas entidades do Sistema Indústria, como um complemento ao encontro anual dos seus advogados, alcança a sua 4ª edição.

Essa é uma edição com sabor especial, pois o Prêmio ENASI 2012 homenageia os 70 anos do SENAI. Instituição esta cada vez mais presente na vida de todos nós, prestando serviços fundamentais ao País e com capacidade de, no auge das suas sete décadas, se renovar permanentemente.

Tão importante quanto homenagear o SENAI, o Prêmio é a consagração da participação dos 27 autores (número recorde), de 11 Estados do País (outro número recorde), além do Departamento Nacional, que subscrevem as 20 teses (mais um número recorde) integrantes dessa publicação.

Todas as teses ora mencionadas 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 Leonardo Greco, José dos Santos Carvalho Filho e Humberto Ávila, os quais, juntamente comigo e com os doutores Cássio Borges e Sérgio Moreira, este último com a visão do gestor do Sistema Indústria, fizeram parte da comissão que selecionou os trabalhos jurídicos que serão defendidos por seus autores perante o Plenário do **Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria – ENASI**, que este ano chega a sua 10ª edição, a ser realizado nos dias 8 e 9 de novembro de 2012, na cidade de Natal/RN.

Parabenizo, especialmente, os autores dos trabalhos, cujos nomes estão realçados na capa, pois, independentemente da premiação, considero todos vencedores, assim como a CNI, o SESI, o SENAI e o IEL por incentivarem a pesquisa, o estudo e o aprimoramento do seu corpo jurídico.

Helio Rocha

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



**1 – O CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES
SINDICAIS PATRONAIS DA INDÚSTRIA**

ALEXANDRE CESAR COUTINHO CONRADO DANTAS (RELATOR)

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SERGIPE

O CADASTRO NACIONAL DE ENTIDADES SINDICAIS PATRONAIS DA INDÚSTRIA

“...vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”. BRASIL. Constituição (1988)¹.

Em 05 de outubro de 1988, quando o então presidente da Constituinte, Ulisses Guimarães, proclamou “Constituição Cidadã”, no ato de promulgação da nova Carta, acreditou-se definitivamente exorcizado o fantasma da “*ditadura*”.

Naquele momento, como que enxotados da vida nacional, os militares, **braço armado** do mesmo Poder Civil que permanecera incólume até ali, nos anos seguintes e até hoje, havia se recolhido definitivamente aos quartéis.

A juventude política, ainda embalada pelas “músicas de protesto” e arrepiadas quais paralelepípedos decantados por Chico Buarque, encontraria, graças à liberdade democrática, um atalho para as revistas e vídeos pornôs, então livremente vendidos em bancas de jornal, coisas raras e cobiçadas nos recentes tempos idos, esquecendo-se, quase, das lutas e dos mártires para aproveitarem os deleites profanos do novo panorama nacional.

Os sindicatos e suas congêneres, federações e confederações, cujas sementes, havia um século, aportaram ao Brasil na bagagem dos imigrantes europeus, não ficaram esquecidos. A nova Carta, proclamava-se à época, alforriava os sindicatos, desencrustrando-os do Poder Público, conferindo-lhes “*liberdade sindical*”.

E não era de se desejar diferente. 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.

A questão da liberdade sindical no Brasil é um tema até aqui não esgotado, até porque nunca efetivamente consumada.

Ao final deste trabalho, propomo-nos fustigar o segmento sindical patronal da indústria brasileira, no todo capitaneado pela CNI, a que **resgate**, do Ministério do Trabalho e do Emprego, o

¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2005. Artigo 8,

Cadastro Nacional de Entidades Sindicais Patronais da Indústria, ali mantido refém, aos gritos e sob verdadeira tortura, em que pese, neste sentido, o respaldo do Supremo Tribunal Federal.

Buscaremos demonstrar a **maturidade** da Confederação para assunção dessa tarefa, **por justa delegação constitucional**, ainda que lhe caiba publicizar o cadastro e submeter-se, sempre que necessário, e não poderia ser de outra forma, às decisões emanadas de tribunais na solução de litígios comuns ao tema.

Esse esforço representa uma insurgência contra o poder normatizador do MTE o qual, prevalecendo-se da Súmula 677 do STF, vem interferindo e quase intervindo, através de portarias e instruções normativas, na organização sindical patronal da indústria a qual, passivamente, finge não perceber que o sol da liberdade raiou desde 1988.

Por fim, desencavando as raízes dessa passividade, iniciamos nosso trabalho mostrando que o sindicalismo patronal, não o dos patrões de bodegas, mercearias e armarinhos, esses sempre fragilizados perante as incursões operárias, mesmo quando crentes no amparo da Justiça do Trabalho, ainda que detentores do bom direito, mas o sindicalismo do grande capital, sempre esteve associado ao Poder Político instalado, de quem contesta as investidas sociais, mas que as dribla ao barganhar os apoios que empresta a esse mesmo Poder que por sua vez o compensa, permitindo-lhe usufruir privilégios em outras instâncias, numa estratégia perfeita de perpétuo domínio econômico.

No seu Curso de Direito do Trabalho, Orlando Gomes/Elson Gottschalk comentam, com justa sabedoria: *“Já se disse, não sem certa razão, que o nosso Direito do Trabalho, tem sido uma dádiva da lei, uma criação de cima para baixo, em sentido vertical”*. Com a mesma justeza e razão, comentam, na sequência: *“Todavia não se deve olvidar que em outros (casos), mesmo antes da Revolução de 1930, o nosso incipiente Direito do Trabalho conheceu sua fase de autoafirmação, numa inequívoca demonstração histórica de consciência de classe, que já se delineava, desde o início do século”*².

Grande o acerto dos nossos mestres. Foi justamente contra essa *consciência de classe que já se delineava desde o início do século* que a entranhada articulação entre o Poder e o Grande Capital promoveram, a partir de 1930, de cima para baixo, em sentido vertical, a **“dádiva da lei”** sob a qual vivemos.

² GOMES, Orlando; GOTTSACHLK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: J, Forense, 2012. p.6

RÉDEAS DO ESTADO

Da República Velha à Crise de 1929

Em que pese o surgimento no Brasil, já a partir de 1872, de instituições com caráter reivindicatório³ é só a partir de 1906, com o 1º Congresso Operário Brasileiro⁴, que surge em São Paulo o primeiro nome de sindicato, Sindicato dos Trabalhadores em Mármore, Pedra e Granito⁵.

O movimento sindical nascente é pluralista, não existe disciplina com relação à base territorial ou restrições ao número de associados. Há uma influência étnica nessas associações que agrupam indivíduos por nacionalidades, por uma mesma profissão ou profissões conexas, livres, porém para se associarem.

Em 1907, o Decreto nº 1.637, organizou o sindicalismo urbano, ao reunir profissionais de profissões similares ou conexas. Enquanto o Decreto nº 979, de 1903, favoreceu a reunião dos profissionais da agricultura e das indústrias rurais, permitindo que o “sindicato”⁶ tivesse personalidade jurídica, bastando o registro de dois exemplares dos estatutos, da ata de instalação e da lista de sócios no Cartório do Registro de Hipotecas do Distrito, o novo dispositivo legal estabelecia a liberdade de constituição mediante “simples depósito de cópia dos estatutos na **repartição competente**”⁷.

Nessa primeira fase do nosso sindicalismo, as organizações surgidas, de sindicato, no dizer de Segadas Vianna⁸ “*apenas possuíam o rótulo*”. Vive-se porém um momento de conflito, o acordo entre as elites que davam sustentação ao regime oligárquico esgotava-se e a República frustrava as expectativas. Agitações acontecem em várias regiões do país, chegando inclusive às forças armadas, culminando com a Revolta dos Marinheiros, em 1910. Os privilégios econômico-financeiros do setor agrícola, especialmente o cafeeiro e a estrutura política baseada na corrupção e no voto de cabresto representavam os embriões da insatisfação. Eram fatores que solapavam a representatividade política dos grupos urbanos como a **emergente burguesia industrial paulista e os**

³ SIMÃO, Azis. **Sindicato e estado**. São Paulo: Dominus, 1966. p. 203.

⁴ LOBOS, Júlio. **Sindicalismo e negociação**. São Paulo: José Olímpio 1985. p. 74.

⁵ SIMÃO, Azis. **Sindicato e estado**. São Paulo: Dominus, 1966. p. 74.

⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 55.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.55.

⁸ SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. **Instituições do Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. 2., p. 958.

banqueiros os quais, somados à classe média urbana, aos operários e aos imigrantes iniciam uma proposta de “modernização” do país elegendo a indústria como prioridade de governo e não mais a agricultura. Em xeque o poder político dos coronéis do nordeste e dos barões do café, temos uma intensa queda de braço durante a década de 20, até que a Crise de 1929 e sua repercussão global forçam a capitulação do poder econômico dos cafeicultores, os quais, perdem prestígio político, oportunizando às elites urbanas o controle da política nacional.

A chegada dos imigrantes, especialmente os panfletários italianos, “ideários do coletivismo propagado por Michail Bakunin e com o anarco-comunismo de Kropotkin e seus seguidores”⁹ que pregavam o combate ao governo e à autoridade, a desnecessidade de leis jurídicas para governar a sociedade, o combate ao capitalismo, ou seja, uma posição crítica a todos os elementos que constituem uma ordem política, jurídica e social e sua associação ao meio trabalhista brasileiro, fez emergir, no meio sindical nascente, táticas como a sabotagem e a greve geral, dando causa “a uma campanha anti-sindicalista, de reflexos que se prolongaram no tempo”¹⁰, quiçá aos dias atuais.

O Governo Provisório – 1930 a 1934

*Ainda como órgãos de colaboração com o Poder Público, deverão cooperar os sindicatos, as federações e confederações...*¹¹.

Em 1930, menos de meio século da Abolição da Escravatura no Brasil e da proclamação da República, eram demasiadamente frágeis as instituições, ainda impregnadas do ranço do Império e dominadas pela elite econômica rural.

Em novembro daquele ano, o líder civil de um movimento armado de oposição, Getúlio Vargas, o mesmo que fora derrotado por Júlio Prestes em março anterior, na campanha presidencial, tornou-se presidente em caráter provisório, uma vez deposto por militares o governo legal do Presidente Washington Luis.

⁹ COSTA, Caio Túlio. O que é Anarquismo. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

¹⁰ HAREM, Sheldon Leslie. **Anarquistas, Imigrantes e o Movimento Operário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p. 30.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 19.970, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19770-19-marco-1931-526722-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 set. 2012.

Candidato da “conciliação nacional” no tumultuado momento, Getúlio representava os interesses das elites. Ao tempo que pregava a modernização do Brasil, **atendendo aos desejos dos industriais e banqueiros**, trazia consigo as marcas da tradicional elite agrária, donde se originara. Este duplo perfil, serviu para apaziguar as forças políticas até então em conflito, agora reunidas em torno do seu nome.

De 1914 a 1917, com a Primeira Grande Guerra, e mesmo nos anos seguintes, com a queda das exportações e o alto preço das importações, parte do capital rural tradicional havia migrado para a miragem da indústria nascente que se aproveitava da mão de obra ainda barata, resquício da extinta escravidão, à qual mesclava-se o estrangeiro europeu que aportava ao país trazendo consigo sonhos e desejos que ultrapassavam as ambições simples dos negros libertos e seus descendentes, muitos ainda cativos. Aliás, segundo Mariângela Guerreiro Milhoranza, “*mesmo com a abolição da escravatura e com o advento da Lei Áurea, ainda assim o trabalho escravagista era a dura realidade do país*”¹².

As indústrias de então, fruto dessa inversão de capitais, dão início a uma nova etapa para o capitalismo brasileiro, ainda com os pés no campo, as mãos na engrenagem das fábricas e a mente na política, quartel permanente de benefícios e privilégios que a classe dominante insistia em manter.

Da Europa, alarmada ainda com a Revolução Bolchevique de 1917 e agora com a quebra da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, chegavam preocupações com a agitação trabalhista nos grandes centros, tudo concorrendo para convencer o governo da necessidade de diminuir a influencia estrangeira sobre o movimento operário brasileiro.

Contra o anarcossindicalista, socialista, comunista ou trotskista, cuja ação sindical era bem mais direcionada ao plano político que ao reivindicatório trabalhista, o novo governo optaria por uma política de integração de classes de trabalhadores e empresários, por ele organizadas em categorias e um plano de enquadramento sindical, com o que se resguardou da efervescência revolucionária que crescia no meio operário.

*Neste sentido o Estado atribuiu aos sindicatos funções de colaboração com o Poder Público, a partir de um princípio de publicização dos sindicatos para que, controlados pelo Estado, não se atirassem em lutas entre o capital e o trabalho*¹³.

¹² MELHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Direito do Trabalho I**, Rio Grande do Sul: PUC RS. (Aula).

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.61.

Em novembro, através do decreto 19.433, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Designado Ministro o deputado gaúcho Lindolfo Collor, seu idealizador, cuidaria o governo de organizar a política trabalhista e administrar os rumos do proletariado como força de cooperação com o Estado. A equipe técnica do novo ministro, composta por nomes como Evaristo de Moraes, Joaquim Pimenta, Deodato Maia e Agripino Nazareth, inclui **Jorge Street**¹⁴. A indústria estava representada.

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, visando inibir a influencia estrangeira e nacionalizar o trabalho, promulga, ainda em 1930, a Lei dos Dois Terços, que restringia a admissão de não brasileiros:

*Essa gente vinha para o Brasil porque não sabia para onde ir. Quando as coisas lhes corriam bem em outros lugares, lembravam-se que existia no globo um país despolidado que era, sob muitos aspectos, o paraíso dos vagabundos. Para aqui se encaminhavam, aumentando a dificuldade da vida nos centros urbanos e, **infectando o trabalhador brasileiro de ideias subversivas** que não podem pregar livremente em nenhum país civilizado” (Lindolfo Collor, 1931, Ministro do Trabalho Indústria e Comércio, entrevista a O Estado de São Paulo)¹⁵.*

A partir de 1931 os sindicatos assumem caráter publicista: seus estatutos 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.

Considerada uma lei de experiência aplicada a um momento tumultuado da vida nacional, o Decreto nº 19.770/3:

Se defeitos tinha, não eram de molde a justificar a crítica com que foi veementemente alvejado; de uns, que o consideravam uma cópia da lei facista italiana, de outros, um modelo que se inspirava na ideologia comunista. Nem uma coisa nem outra. Fora, ao contrário elaborado tendo-se em conta as classes trabalhadoras no

¹⁴ LIMA, Mario de Almeida. **Origens da Legislação Trabalhista Brasileira**. Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva, 1991. p. 72.

¹⁵ LIMA, Mario de Almeida. **Origens da Legislação Trabalhista Brasileira**. Porto Alegre: Fundação Paulo do Couto e Silva, 1991. P. 85.

*Brasil; os obstáculos que se antepunham à sua organização e a uma política social que fosse a expressão de interesses que teriam de ser ritmados por um regime legal que resultasse de uma aproximação dessas classes com o Poder*¹⁶.

Essa aproximação era de certa forma recompensada pelo compromisso do reconhecimento do sindicato, pelo próprio Estado, como um ente de cooperação necessário à ordem e à economia nacionais, característica, aliás, que, contrariando muitas daquelas críticas, “*não se trata de um preceito facista ou comunista, mas, simplesmente, de um princípio de direito sindical*”¹⁷.

Mas, justificável entender, não poderia gerar outras reações. Na exposição de motivos com que o Decreto nº 19.770/31 foi apresentado ao presidente Vargas, Lindolfo Collor escreveu:

*Penso que não se poderia em tão poucas palavras precisar melhor a tendência dos nossos tempos em relação ao operário: considera-lo como associado do capital e da administração, ouvir-lhe sugestões, integrá-lo na comunhão de interesses econômicos de que ele é um dos fatores*¹⁸.

Cumpre-nos fazer uma leitura dessa intervenção do Estado com as idéias e forma de pensar da época, quando a concepção liberal pugnava pela permanência do Estado espectador, que atuasse somente para assegurar os efeitos e as consequências do que fora livremente estipulado pelas partes. Como conjugar a mentalidade comum da época, constituída por grandes latifundiários ou seus descendentes, contemporâneos, ainda, de ex-escravos, com a idéia de “...*considerá-lo como associado do capital e da administração, ouvir-lhe sugestões...*”?

Sobre o Decreto nº 19.770/31 replica Amauri Mascaro Nascimento, citando Oliveira Viana, 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*”¹⁹.

Em 1932, **em resposta aos rumos da Revolução**, acontece a Revolução Constitucionalista, movimento armado ocorrido em São Paulo, visando a derrubada do Governo Provisório.

¹⁶ PIMENTA, Joaquim. **Sociologia Jurídica no Trabalho**. Rio de Janeiro: Max Limonard, 1944. p.199.

¹⁷ SUSSEKIND, Arnaldo. **Negociação e Relações do Trabalho**. Rio de Janeiro: [S.l.], 1981. p. 73. (Coleção Universidade & Indústria).

¹⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. **Negociação e Relações do Trabalho**. Rio de Janeiro: [S.l.], 1981. p. 109. (Coleção Universidade & Indústria).

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1063.

Suprimida em poucos meses, foram presos, por apoiarem os revoltosos, Borges de Medeiros e Artur Bernardes, antigos patriarcas do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, o que “ajudou a rotular aquele movimento simplesmente como a contra-revolução dos “oligarcas” do antigo regime.”²⁰.

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)

Promulgada em 1934 a 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, a Lei dos Sindicatos.

Nela, o sindicato passou a ser, teoricamente, compreendido como pessoa jurídica de direito privado, dotado de liberdade de ação, de constituição e de administração²¹. Muito embora existam objeções a essa interpretação, uma vez que “delegados do Ministério eram credenciados a assistir as assembleias gerais e para, trimestralmente, examinar-lhes a situação financeira, comunicando ao Ministério a ocorrência de qualquer irregularidade. Até a caixa dos sindicatos passava a ser controlada. Devia manter-se num nível determinado, recolhendo-se o excedente ao Banco do Brasil²² o que comprometeria a manutenção dos trabalhadores em casos de greves prolongadas, **fragilizando-os perante o patronato**. Para alguns autores o que seria o hiato no intervencionismo aconteceu “*pelo menos no papel*”²³.

Antes da promulgação dessa Carta, o Decreto nº 24.694, “*bastante detalhista, interferente*”²⁴, 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.

Os componentes da Aliança Liberal, que haviam feito a Revolução de 1930, eram políticos locais unidos pelo desejo comum de derrubar a estreita elite governante da República Velha, mas que, diante dos violentos choques entre integralistas e comunistas, foram hábeis em mostrar à classe média e aos militares os perigos de uma política aberta. Assim, diante da possível “subversão vermelha”, dos discursos inflamados de Prestes por reforma agrária,

²⁰ SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: Getúlio a Castelo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 109.

²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 65.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 76.

²³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1064.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 6.

constituição de um governo popular, cancelamento das dívidas externas e nacionalização das empresas estrangeiras levaram o Congresso Nacional a promulgar uma Lei de Segurança Nacional, concedendo ao governo federal amplos poderes para reprimir a ação da Aliança Nacional Libertadora cujo quartel-general foi invadido em 13 de julho de 1935, sendo confiscados documentos que comprovariam seu financiamento pelo comunismo internacional.

Debelada a Intentona Comunista, movimento em reação que se seguiu à prisão de alguns líderes e ao fechamento da ANL, Vargas saiu fortalecido do episódio.

Um ano antes, em julho de 1934, com a eleição de Vargas, **Euvaldo Lodi**, que assumiria o mandato de deputado federal em maio de 1935, foi escolhido pelo presidente para integrar o recém-criado Conselho Federal de Comércio Exterior, órgão encarregado de ajudar a definir a política econômica do governo, tornando-se, no início de 1937, relator do inquérito feito pela CFCE que proibiu a importação de máquinas para novas fábricas dos setores de tecidos, chapéus, papel, fósforos e calçados que enfrentavam problemas de superprodução, decisão que indignou os estados do Norte e do Nordeste e ao próprio Jorge Street, então Diretor do Departamento Nacional da Indústria e Comércio.

“Antes que a polêmica se encerrasse, Street e Lodi já estariam fora do governo, pois, a 10 de novembro, o quadro político modificou-se com a implantação do Estado Novo”²⁵.

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 Público²⁶.

Em 1937, com a nova Carta Constitucional, a organização corporativa da ordem econômica brasileira viu-se efetivamente vinculada à organização sindical. Seu artigo 57 permitiu que “*pessoas qualificadas pela sua competência especial*”, designadas pelas associações profissionais **ou sindicatos reconhecidos em lei** se organizassem no Conselho de Economia Nacional, órgão encarregado de promover a organização corporativa da economia nacional.

²⁵ BUENO, Eduardo. **Produto Nacional**. Brasília: CNI, 2008. p. 139.

²⁶ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 24 set. 2012.

A mesma constituição 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*”²⁷.

A liberdade sindical preconizada no texto constitucional teve esvaziado o seu conteúdo por força das restrições impostas pelo momento político. Assim, visando ou não interesses de dominação política, o Estado brasileiro manteve sob o seu controle a economia nacional e, para seu sucesso “ *julgou imprescindível evitar a luta de classes; daí a integração das forças produtivas: os trabalhadores, empresários e profissionais liberais, numa atividade monolítica e não em grupos fracionados, com possibilidades estruturais conflitivas*”²⁸.

Em julho de 1939, o Decreto-lei nº 1.402 foi o instrumento do qual se valeu o Estado para reorganizar a ordem sindical. 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.

Em 1º de maio de 1943, em plena efervescência da Segunda Guerra Mundial, foi publicada a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.453, da mesma data. Como o próprio título indica, era a consolidação o enfeixamento de textos legais já existentes. Dois anos antes, em 1941, Lodi, então presidente da CNI, e Simonsen, presidente da FIESP, sugerem a Vargas que a responsabilidade de execução do projeto que consagrasse a criação de um sistema nacional de aprendizagem “*fosse repassada aos órgãos sindicais de segundo grau de empregadores. Acostumado a escutar os alvitreiros dos dois líderes industriais, Getúlio recomendou que, junto com o empresário Valentim Bouças, ambos estudassem*

²⁷ BUENO, Eduardo. **Produto Nacional**. Brasília: CNI, 2008. p. 141.

²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 68.

a questão”²⁹. Em julho de 1942, quarenta e cinco dias antes de declarar guerra à Alemanha, Getúlio assinaria o Decreto nº 10.009, criando o SENAI.

Do pós guerra a 1988

“...o exercício de funções delegadas pelo Poder Público”³⁰.

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”³¹. Um pouco antes da promulgação, fora aprovada a primeira lei de greve, através do Decreto-lei nº 9.070, de constitucionalidade é duvidosa, 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 sequencia, quando da promulgação da Constituição de 1988, recompensando os esforços do movimento sindical pela redemocratização do país, talvez mesmo uma conquista no trabalho junto ao parlamento constituinte, estava insculpido na nova Carta a liberdade de associação sindical, incluindo a inexistência, pelo Estado, de autorização para a sua fundação, organização ou funcionamento.

Desde a queda da República Velha e o início da Era Vargas, firmou-se o entendimento de que a industrialização, apoiada por políticas de Estado, seria a melhor estratégia para o desenvolvimento nacional. Promoveu o Estado, a partir de então, uma política industrial de “*corte desenvolvimentista*”³² para o que contou largamente com o apoio do capital nacional e inter-

²⁹ BUENO, Eduardo. **Produto Nacional**. Brasília: CNI, 2008. p. 145.

³⁰ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 24 set. 2012.

³¹ MORAES FILHO, Evaristo de. **O Problema do Sindicato Único no Brasil**. São Paulo: Alfa e Omega, 1952. p. 274.

³² SCHAPIRO, Mario Gomes. Estado, direito e economia no contexto desenvolvimentista: breves considerações sobre três experiências. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (Coord.). **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 286.

nacional. Com Vargas, esse esforço esteve apoiado num arcabouço jurídico que estimulava o investimento industrial, ao tempo que desencorajava as estratégias agrárias mantidas até ali.

O Estado interventor estimulou a criação de empresas estatais e regulou os segmentos de infra-estrutura com o que garantiu o fornecimento de matéria-prima industrial, disciplinou o custo da mão-de-obra, controlou o sistema cafeeiro, ofereceu subsídios públicos, tudo de modo a incrementar a **reversão econômica** em curso.

A criação do salário mínimo em 1940, de forte impacto na mão-de-obra operária, permitiu algum planejamento do custo de produção, de certa forma convergindo com o interesse empresarial que, com isso, tendo um parâmetro legal, não mais ficaria ao sabor de esporádicas reivindicações operárias.

Com o surgimento da Cia Vale do Rio Doce e a CSN em 1942, observa-se esforços públicos para a garantia de insumos siderúrgicos para a indústria nascente, tornando-se claro que a economia do país e o seu avanço passavam pela intervenção do Estado.

Quando em 1952 é criado o BNDE, instituição de fomento do desenvolvimento nacional, o adensamento do sistema produtivo estatal favoreceu sobretudo o fortalecimento do capitalismo nacional que, em 1953, vê surgir a Petrobrás, uma sociedade de economia mista, no entanto é só *“em 1956 que a renda do setor industrial superou pela primeira vez a do setor agrário”*³³.

O Plano de Metas que viria a ser implementado por Juscelino tinha dispositivos planejados desde 1930 e no qual *“...projetos, leis e regulamentos, entre outros herdados das primeiras iniciativas de planejamento estatal foram manejados de maneira coordenada e programada”*³⁴, ao que se somaram mecanismos de ação do Poder Público que atrelou medidas administrativas aos objetivos do desenvolvimento industrial. Ao encerrar-se, em 1961, o Plano de Metas, em que pese as críticas ao suposto descontrole fiscal das contas do Governo, registrava um crescimento de quase 100% na indústria de base, abrindo caminho para o II Plano Nacional de Desenvolvimento que seria articulado a partir dos governos militares e que se encerraria em 1979.

Ao final dessa década o Brasil apresenta um ambiente industrial de frágil concorrência, mas consolidado. Sua matriz produtiva, diversificada, dispunha de setores de infra-estrutura, indústria pesada, bens de consumo duráveis e não duráveis e, importante dizer, centros tecnológicos.

³³ OLIVEIRA, Francisco. **A economia brasileira: crítica à razão dualista**. São Paulo: Bomtempo, 2003. p. 35.

³⁴ LAFER, Celso, **O planejamento do Brasil: observações sobre o Plano de Metas**. São Paulo: Perspectiva, 1975. p. 29.

Do exposto, vimos que desde a presença de Jorge Street no Governo Provisório de Vargas, ele que antes disso já integrara a Comissão Nacional de Siderurgia, que trabalhara em atividades ligadas ao implemento de uma base industrial para o Brasil e que viria a ser um dos primeiros presidentes da CNI, até 1988, ano da nova Constituição, o segmento patronal da indústria ou seus representantes sempre estiveram muito próximos do Poder e do Estado, influenciando, opinando, dando direção à ordem econômica. O Estado por sua vez, até 1999, ano da extinção dos Juizes Classistas – de triste memória para o movimento sindical - teve seus tentáculos sobre o sindicalismo brasileiro, mantendo sob algum controle, alí já desnecessário, o impulso da massa trabalhadora.

Chegando ao fecho dessa exposição, consideramos desnecessárias mais evidências acerca da associação entre o Poder e o Grande Capital, para a organização e controle da economia nacionais, em detrimento da massa trabalhadora e do pequeno empresariado, sempre a reboque das circunstâncias.

O Poder Normatizador do MTE

‘..., vedadas ao Poder público a intervenção e a interferência na organização sindical’³⁵.

A Lei Sindical de 1907, Decreto nº 1.637, exigia o registro “no cartório de registro de hipotecas do distrito respectivo”. Porém, é com o Decreto nº 19.770/31 que o Estado assume a tutela das associações sindicais, condicionando o seu reconhecimento mediante registro no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Esse controle se manteve na experiência pluralista do Decreto nº 24.694, mas é com Estado Novo, em 1939, com o Decreto-Lei nº 1.402, que o registro consolidou-se como degrau para que as associações sindicais se tornassem efetivos órgãos de colaboração com o Estado. 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*”³⁶.

Com a Constituição de 1988, depois de discussões acerbas a propósito da competência para o registro, tendente ao cartório civil como qualquer associação comum, o que avultou preocu-

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. Inciso I, artigo 8º.

³⁶ LIMONAD, Max. **Problemas de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: [S.n.], 1943. p. 209.

pações com o número de entidade 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 unicidade 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, 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.

Essa 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 registrado 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.

Caberá ao Secretário de Relações do Trabalho negar o registro, determinando o arquivamento do pedido, conforme a redação do artigo 5º, 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, fere 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*"³⁷.

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

Ao **vedar** ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical, a Constituição de 1998, que de forma não expressa **repcionou**, 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.

No que se refere à CNI, esse **caráter** se evidencia, dentre outras delegações, ao permitir que a entidade sindical continue como gestora do SESI e do SENAI, maior instituição de ensino profissionalizante da América Latina, entes responsáveis por um leque de ações próprias do Poder Público, tidas por paraestatais e que movimentam recursos marcados como de “origem pública”.

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, não estaria apta a CNI, ela própria, a fazer 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**? Como eximir-se uma associação de ter, ela própria, o controle do seu quadro de associados, que em instância última são os sindicatos, ou poderão as entidades registradas no MTE reclamarem imediato direito a assento nos conselhos de representantes das federações?

Libertos pela Lei Áurea, os negros, num primeiro momento, e muitos pelo resto de suas vidas, permaneceram cativos por não saberem utilizar “essa tal liberdade”. Coisa similar aconteceu com o Sistema Patronal da Indústria, mesmo com toda alforria proclamada pelo Art. 8º da Constituição Federal. Permaneceu jungido ao MTE por um certo e compreensível comodismo, considerando que essa associação, desde as origens da industrialização brasileira, como demonstramos acima, foi mais compensadora que incômoda, quiçá altamente proveitosa.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2004. p.197.

Sobre isso, arguir-se-á que a Súmula 677, “*até que lei venha dispor a respeito*” já incumbiu essa atribuição ao próprio Ministério do Trabalho. No entanto a CNI, nos termos da Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, está legitimada a propor a revisão desse dispositivo.

Por que não fazê-lo?

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



**2 – A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE CRIAÇÃO
DE UM CADASTRO NACIONAL DE MAUS
FORNECEDORES PELO SESI E SENAI**

**ALINE DOS SANTOS LATROFE (RELATORA)
REGIS DE GODOY-ROCHA**

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SÃO PAULO

2.1 INTRODUÇÃO

A suspensão do direito de licitar de fornecedores considerados inadimplentes de obrigações contratuais contraídas com o SESI e o SENAI é prevista no artigo 32 da última edição do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI, bem como no Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI, ambos vigentes desde 2006:

Art. 32. O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive a suspensão do direito de licitar ou contratar com o SESI / SENAI por prazo não superior a 2 (dois) anos. (SESI, 2006; SENAI 2006).

Desde então tal determinação vem sendo incorporada ao texto-padrão dos editais de licitação adotados pelos Departamentos Regionais e aplicada exclusivamente no âmbito estadual, limitado ao Departamento Regional que publicou o Edital de Licitação e realizou a contratação mal-sucedida.

Isso se deve à inteligência do artigo 37, *caput*, do Regulamento do SESI e do artigo 31 do Regimento do SENAI, bem como ao fato de que o processo licitatório estabelece uma relação jurídica singular, que envolve unicamente o Departamento do SESI ou do SENAI contratante e a empresa contratada, razão pela qual as punições como a prevista no artigo 32 são aplicadas de maneira individual por cada unidade. (SESI, 2006; SENAI 2006).

Ocorre que esse procedimento não tem atingido com perfeição o objetivo de preservar o SESI ou o SENAI como um todo de contratos com fornecedores inidôneos. Isso porque frequentemente uma empresa que tenha sido punida num determinado Departamento Regional cruza a fronteira para voltar a cometer os mesmos desmandos em outro Estado, sem encontrar qualquer obstáculo tangível que a impeça de continuar agindo. Haja vista a relação singular e pontual havida entre entidade licitante e empresa contratada, não há qualquer previsão jurídica ou legal para que o cadastro de fornecedores inadimplentes seja aproveitado por outros Departamentos Regionais estranhos à relação contratual original.

Portanto, a exemplo do que já ocorre na Administração Pública, onde existe uma lista de fornecedores inadimplentes que poderá ser estendida a todos entes da federação.

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais”. (BRASIL, 2002).

Os Departamentos Regionais do SESI e do SENAI espalhados pelo Brasil têm buscado solução semelhante como uma proteção contra fornecedores que, por culpa ou má-fé, revelam-se danosos ao desempenho dos processos licitatórios.

Já há exemplos de tentativas de uma ação conjunta, em âmbito nacional, nesse sentido. Um Departamento Regional do SESI e do SENAI vem cancelando às entidades de outras unidades da Federação o acesso a uma lista onde constam aqueles fornecedores que foram considerados inadimplentes em relação às obrigações contraídas com aquelas entidades e, por causa disso, tiveram suspenso pelo período de 02 (dois) anos o seu direito de licitar¹.

Por mais louvável que seja essa iniciativa, a sua aplicabilidade no âmbito fático é passível de contestação judicial, uma vez que ainda não há uma previsão legal expressa no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI ou no Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI sobre a extensão dessas listas de maus fornecedores aos Departamentos Regionais estranhos à relação contratual malsucedida. Ao proceder assim, os Departamentos Regionais arriscam-se a gerar passivo judicial às entidades, uma vez que fornecedores prejudicados podem se sentir encorajados a buscar ação no Poder Judiciário pela suposta violação do Princípio da Legalidade que deve reger os processos licitatórios.

O presente trabalho dedica-se a propor soluções para esse impasse, tendo em vista casos concretos de inadimplemento contratual ocorridos nos Departamentos Regionais do SESI e do SENAI no Estado de São Paulo.

¹ Essa informação foi obtida no “VIII Núcleo Nacional das Entidades Integrantes do Sistema “S”: Com enfoque para o posicionamento da CGU e do TCU”, ocorrido nos dias 23, 24 e 25 de abril de 2012 em São Paulo, o qual contou com colaboradores do Sistema S de todos os estados.

2.2 A NATUREZA JURÍDICA DO SESI / SENAI E O RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrar a questão acima proposta, é conveniente se passar antes pela análise da natureza jurídica do SESI e do SENAI, verificando a sua submissão aos princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

O SESI e o SENAI foram criados e organizados pelos Decretos n.º 57.375, de 02 de dezembro de 1965 e n.º 494, de 10 de janeiro de 1962, respectivamente. Em ambos os diplomas, determinou o legislador que as entidades teriam características civis de instituições de **direito privado**, cabendo sua organização à Confederação Nacional da Indústria – CNI.

Fixou a legislação ainda que o SESI e o SENAI, por exercerem atividades de caráter público, fossem financiados por uma contribuição mensal compulsória a ser paga pelas indústrias. Contudo, tal contribuição teve sua aplicação integralmente vinculada ao exercício de suas atividades e ao atingimento dos fins sociais, de forma que as entidades são caracterizadas pela ausência de um fim lucrativo.

Todos esses aspectos deram ao SESI e ao SENAI a designação de entidades paraestatais. Assim ensina Hely Lopes Meirelles (2007):

São pessoas jurídicas de Direito Privado que, por lei, são autorizadas a prestar serviços ou realizar atividades de interesse coletivo ou público, mas não exclusivos do Estado. São espécies de entidades paraestatais os serviços autônomos (SESI, SESC, SENAI e outros) (...). As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime de iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário. São os denominados entes de cooperação com o Estado.

Em razão do SESI e o SENAI gerirem recursos públicos e exercerem atividades de interesse e utilidade sociais, decidiu o Tribunal de Contas da União que as entidades estão submetidas aos princípios previstos no artigo 37, *caput*, Constituição Federal:

3. Com efeito, é pacífica a jurisprudência dessa corte no sentido de que os serviços sociais autônomos, a despeito de não integrarem a Administração Pública

Indireta, estão sujeitos aos princípios constitucionais elencados no art. 37 da Carta Magna, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, porque são destinatários de recursos públicos, mesmo porque tais serviços sociais podem ser enquadrados na administração pública descentralizada (...). 6. Portanto, a flexibilidade administrativa conferida a tais entidades é apenas relativa. E, sendo assim, os atos oriundos do chamado Sistema 'S', incluídos os de seleção de pessoal, estão limitados pelos princípios constitucionais da Administração Pública” (Acórdão nº 500/2010, Plenário. Rel. Min. André Luís de Carvalho). (JUSTEN FILHO, 2010a)

A fim de garantir a correção nos usos desses recursos advindos de terceiros, o SESI e o SENAI ainda ficaram submetidos à fiscalização orçamentária não só do já mencionado Tribunal de Contas da União, como também da Corregedoria Geral da União, ambos responsáveis pela orientação acerca da atuação das entidades.

Como decorrência lógica, ensina Marçal Justen Filho que “*embora não integrando a Administração Pública, essas entidades teriam o dever de prestar contas ao TCU por serem beneficiárias de recursos públicos. Mais ainda, a natureza pública dos recursos acarretaria a incidência de regime jurídico assemelhado ao público*” (JUSTEN FILHO, 2010b).

Completa Carvalho Filho (2012):

Esses recursos não provém do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como dinheiro público. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos em lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles.

O “*regime jurídico assemelhado ao público*” a que estão condicionadas as entidades em razão da origem de seu orçamento, ainda deu vazão a mais um dever. Este foi anunciado na decisão n.º 907/97 – Plenário, proferida pelo Tribunal de Contas da União, e consistiu na obriga-

toriedade das instituições que compõe o Sistema “S” em estabelecer regras de contratação observando os princípios gerais de licitação².

Complementando a diretriz supra descrita, na mesma decisão consolidou-se que as entidades não estão sujeitas aos procedimentos licitatórios em espécie descritos na Lei 8.666/93, mas sim aos seus próprios regulamentos, que devem ser elaborados, aprovados e publicados pelos órgãos internos competentes. Foi seguindo esse entendimento que em 1998 o Conselho Nacional das entidades editou e publicou o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e o Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI

Verifica-se, portanto, que apesar do TCU perfilhar o entendimento de que o Sistema “S” não está obrigado à realização de certames, o Regulamento de Licitação e Contratos do SESI e o do SENAI foram além. Para o respeito dos princípios gerais e a demonstração da total transparência na gestão de seus recursos, o diploma condicionou as entidades ao dever de licitar.

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

No mais, em que pese a qualidade de documento administrativo dos Regulamentos, ficou ali traduzida a ideia de que todas as suas regras estão submetidas às determinações e preceitos da Constituição Federal e aos princípios licitatórios. Tal assertiva pode ser observada no *Ato Ad Referendum* n.º 04/1998 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e *Ato Ad Referendum* n.º 03/1998 do Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI, e também no Artigo 2.º dos Regulamentos:

*Art. 2.º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SESI / 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. (grifo nosso)*

² Apesar de a lei 8.666/93 não ter incluído no rol de seu artigo 1º as entidades do Sistema ‘S’, o Tribunal de Contas da União, na Decisão 907/1997, proferiu o entendimento de que estas devem observar os princípios gerais da licitação, o que foi consagrado pelo Regulamento de Licitações e contratos do SESI e do SENAI. Em posição contrária, CARVALHO FILHO (2012, p. 531 a 533), o qual afirma que as entidades estariam obrigadas a realização dos certames por estarem incluídas no artigo 1º como empresas indiretamente controladas pela União.

Dessa forma, todo o procedimento realizado pelo SESI ou pelo SENAI deve vir revestido dos princípios enumerados, em especial o Princípio da Legalidade, sem os quais poderá a licitação ser considerada nula. Frise-se que, em decorrência de tais princípios, os contratos firmados deverão ser adstritos aos termos dos editais, e não poderão criar obrigações ou aplicar penalidades que extravasem as regras previstas no instrumento convocatório ou nos Regulamentos de Licitações de Contratos vigentes.

Importante registrar que em caso de omissão ou dúvida nos Regulamentos de Licitações e Contratos específicos, as entidades deverão valer-se das regras gerais previstas na Lei 8.666/93 que tem expressamente previsto em seu Artigo 3.º a preservação dos princípios de Isonomia e da Seleção da Proposta mais Vantajosa, mas também dos princípios constitucionais básicos da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, todos estes previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Conclui-se, portanto, que o SESI e o SENAI estão submetidos aos princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal tanto no respeito aos Regulamentos quanto na utilização das regras gerais da Lei 8.666/93, de forma que são obrigados a dar estrita efetividade a essas disposições em todos os seus atos e em todas as suas decisões.

2.3 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA DE NORMAS PUNITIVAS EM RAZÃO DA SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, E A IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO INTERPRETATIVA DO ARTIGO 32 DOS REGULAMENTOS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SESI E DO SENAI

Para a formação de uma compreensão integral da problemática abordada, ainda se fazem necessárias breves linhas acerca da interpretação de normas punitivas quando submetidas ao Princípio da Legalidade.

Como visto no capítulo anterior, o SESI e o SENAI, apesar de serem entidades de direito privado, estabeleceram em seus Regulamentos de Licitações e Contratos que estão obrigados ao cumprimento desse valor específico, de forma que todos os atos por eles emanados devem vir fundamentados em regra expressa fixada em seus decretos criadores ou disposições regulamentadoras.

Ocorre que, em caso de dúvida sobre o significado de uma regra, seja ela contratual ou regulamentar, duas interpretações se mostram possíveis em qualquer situação: uma que amplia e outra que restringe a sua aplicação.

É certo dentro do campo da hermenêutica, entretanto, que nas hipóteses de normas que determinam sanções, especialmente no regime público ou, no caso do SESI e do SENAI, em que o regime é assemelhado ao público, o Princípio da Legalidade e os princípios basilares de interpretação condicionam a utilização de uma aceção *restritiva*, uma vez que as penalidades dão causa à inibição do exercício de direitos.

Dá fundamento a esse raciocínio, também, a submissão do procedimento licitatório à estrita legalidade. Assim sendo, qualquer punição que não esteja expressa e claramente prevista no Regulamento de Licitações e Contratos não poderá ser aplicada, sob pena de violação à direito pético. Na interpretação restritiva, como ensina Miguel Reale (2002, p. 295), o “*intérprete, limitando a incidência da norma, impede que a mesma produza efeitos danosos*”.

Em consequência, fica evidente que os editais das licitações e os contratos a serem firmados com os vencedores dos certames não poderão extrapolar as penalidades aplicadas em caso de inadimplemento contratual, posto que não podem ultrapassar os efeitos dados pelo próprio regulamento.

Assim sendo, não se pode concordar integralmente com o entendimento da especialista Julieta Mendes Lopes Vareschini (2011) quando afirma que:

Da leitura do art. 32 extrai-se, também, que a suspensão impede que a empresa penalizada participe de licitação ou contrate com qualquer regional integrante da entidade que aplicou a sanção. Assim, por exemplo, a aplicação dessa penalidade pelo SESI-PR impedirá que a empresa contrate com qualquer SESI. Isso porque o art. 32 foi claro ao prescrever a incidência dessa penalidade, ao referir-se que a suspensão do direito de licitar será com o SESI. Caso o interesse fosse em restringir os efeitos dessa sanção apenas ao ente que a aplicou, certamente o Regulamento teria utilizado outra terminologia, como contratante, por exemplo.

Em que pese o significado protetivo dado pela autora ao artigo 32 acima transcrito, a própria interpretação sistemática conferida ao ordenamento jurídico e a submissão das regras regulamentares ao Princípio da Legalidade impedem a efetivação dessa medida.

Para a aplicação de uma penalidade de tamanha severidade mostra-se necessária a previsão expressa da suspensão do direito de licitar em caráter nacional nos Regulamentos, bem como a instituição de um processo administrativo próprio, o qual garanta ao contratado penalizado a oportunidade de manifestar-se, preservados os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

No mais, como dispõe o artigo 31 do Regimento do SENAI e artigo 37 do Regulamento do SESI, todas as regionais possuem esferas de atuação própria e limitadas ao estado em que possuem sua sede, de modo que todas estão posicionadas horizontalmente e atuam dentro de sua jurisdição de forma independente e autônoma das demais regionais.

Dessa forma, fica vedada a implementação obrigatória da decisão de suspensão de uma empresa de uma entidade regional estadual em outra sem a sua expressa concordância. Evidente que tal logística poderia facilmente dar origem a divergências de conduta entre as unidades regionais, a morosidade do procedimento e a falta de homogeneidade³, características essas diametralmente opostas as que buscam os Regulamentos constitutivos do SESI e do SENAI.

Percebe-se, portanto, que para a suspensão do direito de licitar e do cadastro de uma empresa em caráter nacional, é necessária a regulamentação do artigo 32 do Regulamento de Licitações e Contratos, bem como decisão anterior à aplicação da penalidade, ambas implementadas por órgãos superiores e de obediência geral. Para tanto, constatamos ser preciso uma atuação conjunta, que dentro da estrutura organizacional do SESI e do SENAI poderá ocorrer da maneira que segue.

Num primeiro momento, para que seja inserido no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e no Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI a previsão expressa de suspensão do direito de licitar em âmbito nacional, é preciso a emissão de um *Ato Ad Referendum* pelo Conselho Nacional de cada entidade que discipline a matéria, uma vez que nos termos do artigo 19, Alínea a, do Regulamento do SESI e do artigo 15, Alínea a, do Regimento do SENAI, esses são os órgãos normativos com jurisdição em todo o país.

Normatizado o procedimento cabível no instrumento regulatório dos certames, o processo administrativo que viabilizará a suspensão das empresas inadimplentes em caráter nacional e obrigatório deverá ter sua tramitação processada pelo Departamento Nacional de cada uma

³ Tendo em vista a ausência de um rol de critérios objetivos no artigo 32 do Regulamento de Licitações e Contratos, uma entidade estadual em face de uma inadimplência de um Contratado poderia aplicar a penalidade de suspensão, o que em outra regional poderia ser resolvido amigavelmente. Daí é que surge a provável falta e homogeneidade do sistema como um todo.

das entidades, órgão de administração com jurisdição em todo o território, nos termos do artigo 20, Alínea a, do Regulamento do SESI e artigo 16, Alínea a, do Regimento do SENAI.

Vejamos adiante com mais detalhes este processo.

2.4 A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO SESI E DO SENAI PARA A NORMATIZAÇÃO E DO DEPARTAMENTO NACIONAL PARA A APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO DO DIREITO DE LICITAR EM ÂMBITO NACIONAL

Como já se viu, o SESI e SENAI constituem entidades sem fins lucrativos, de natureza paraestatal e de direito privado, criados por força de lei e mantidos por meio de dotações orçamentárias ou por contribuições compulsórias parafiscais. Tem por escopo principal a cooperação com o Poder Público, ministrando ensino ou assistência nas mais variadas formas aos profissionais da indústria. Não integram a Administração Direta nem Indireta, mas trabalham ao lado do Estado e sob o seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos.

Conforme previsto tanto no artigo 9.º do Regulamento do Serviço Social da Indústria, bem como no artigo 3.º do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, as duas casas são instituições com sede e foro jurídico na Capital da República, cabendo à Confederação Nacional da Indústria – CNI aprovar os atos relativos à sua organização.

Com Departamentos Regionais distribuídos por todas as 27 Unidades da Federação, tanto o SESI quanto o SENAI organizam-se de maneira descentralizada e autônoma em cada Estado, devendo contudo manter relações permanentes com a Confederação Nacional da Indústria – CNI com o intuito de assegurar o cumprimento dos objetivos peculiares a cada instituição. Como exemplo das relações estão: a fiscalização e o controle orçamentário, a observância de critérios de delegação de responsabilidades e a instituição de regulamentos inerentes à organização e atividades das casas, notoriamente no tocante aos processos licitatórios.

A normatização das atividades das entidades ficou a cargo de dois órgãos com jurisdição em todo o país: o Conselho Nacional do SESI e o Conselho Nacional do SENAI. Ambos tem

como função determinar as diretrizes normativas que deverão ser respeitadas por todas as unidades estaduais, além dos procedimentos internos que serão utilizados em apuração. O acerto da afirmação pode ser observado no Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI, que estabelece as competências privativas do seu Conselho Nacional no artigo 19, em cuja Alínea ‘v’ lê-se:

Art. 19 Compete ao Conselho Nacional:

(...)

v) expedir as normas internas de seu funcionamento, alterando-as quando julgar conveniente.

Da mesma maneira, o Regulamento do Serviço Nacional da Indústria – SESI estabelece na alínea ‘u’ de seu artigo 24 a competência de resolver os casos omissos relativos à administração da entidade no plano nacional – o que inclui, a exemplo do que ocorre no SENAI, a elaboração, promulgação e aplicação de um Regulamento de Licitações e Contratos.

Ao passo que ambos Regulamentos reconhecem o caráter autônomo de cada Departamento Regional, tanto do SENAI quanto do SESI, fica claro que apenas os respectivos Conselhos têm a legitimidade jurídica necessária para estabelecer quaisquer regulamentações que devam ser acatadas pelos órgãos estaduais. A adesão, ainda que voluntária, dos órgãos estaduais aos feitos uns dos outros, mesmo que com o fulcro de salvaguardar as entidades, carece de respaldo jurídico específico e, por isso mesmo, é passível de contestação judicial.

Considerando-se ao que já foi discutido neste trabalho, fica patente que a observância pelo SESI e pelo SENAI dos princípios constitucionais pertinentes às licitações obriga as duas entidades a regulamentar o artigo 32 de seus Regulamentos de Licitações e Contratos, se for considerado pertinente a ampliação da aplicabilidade de um cadastro de maus fornecedores a todo o território nacional.

Essa regulamentação se daria por meio da promulgação de um *Ato Ad Referendum* pelos Conselhos Nacionais, enumerando os critérios objetivos de adoção da suspensão nacional, bem como incumbindo um órgão do Departamento Nacional da tarefa de compilar os relatos de contratos malsucedidos de todos os Departamentos Regionais, intimar os envolvidos e conceder-lhes o direito ao contraditório e à ampla defesa por meio de processo administrativo próprio, julgar os recursos apresentados e por fim divulgar um cadastro que poderá ser observado em todo o país.

Verifica-se do parágrafo supra que o processo administrativo teria de ser movido perante o Departamento Nacional, posto que órgão supremo da administração, e que dará vigência às resoluções emanadas pelo Conselho Nacional. Assim sendo, mediante uma análise pormenorizada pelo órgão que detém uma visão abrangente das peculiaridades das entidades, fica fundamentada uma decisão mais justa.

Além disso, não se pode olvidar de que tal decisão deverá ser comunicada em meio específico a todos os Departamentos Regionais, os quais estarão obrigatoriamente vinculados ao cumprimento da decisão do Departamento Nacional. Como consequência, observa-se:

- a ausência de divergências entre as unidades estaduais;
- maior rapidez execução da penalidade em todos os Departamentos Regionais, posto que serão comunicados simultaneamente;
- a desnecessidade de processos administrativos estaduais movidos perante cada um dos Departamentos Regionais, evitando-se decisões dissonantes.

Evidente, portanto, que o SESI e o SENAI beneficiam-se com a implementação das medidas apontadas nesse trabalho. Além da previsão de uma punição mais severa permitida pelo regulamento e pela lei em geral, o que levaria as empresas a cumprirem com mais rigor os pactos firmados por meio das licitações, as entidades estariam resguardadas de possíveis contestações judiciais por empresas penalizadas, bem como alcançariam uma homogeneidade de conduta e coerência de atuação.

2.5 CONCLUSÃO

O zelo observado tanto pelo SESI quanto pelo SENAI na condução de seu mandato público, muitas vezes encontra como percalços as más práticas de prestadores de serviços e fornecedores que, indiferentes à nobreza da contribuição prestada por ambas instituições aos trabalhadores da indústria e ao país como um todo, operam com irresponsabilidade e completo descaso com os recursos de natureza pública com que são remunerados.

Em face dessa realidade muitas vezes tão adversa, os esforços dos Departamentos Estaduais para afastar os maus profissionais acaba não surtindo o efeito desejado, uma vez que os

recursos tecnológicos disponíveis atualmente acabam servindo de veículo para que o oportunismo e a desonestidade não encontre limites em distâncias ou limites geográficos. Daí a necessidade urgente de que os órgãos competentes estejam cientes dessa situação, e se empenhem para instituir os dispositivos legais adequados para coibir essa prática e salvaguardar a tranquilidade e a segurança do SESI e do SENAI em cada uma das Unidades da Federação no desempenho de suas atribuições estatutárias.

A criação dos elementos jurídicos propostos no presente trabalho, além de representar uma segurança para todos os Departamentos Estaduais do SESI e do SENAI, também poderá constituir um importante meio de auto-regulação e aperfeiçoamento do mercado, na medida em que os maus profissionais, prestadores de serviços e fornecedores não encontrarão mais maneiras de repetir seus desserviços.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 31 jul. 2012.

CARDOSO, Rodrigo; GRANJEIRO, Wilson J. **Direito Administrativo Simplificado**. 3. ed. Brasília: Gran Concursos, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010a.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SENAI. **Regulamento de Licitações e Contratos do SENAI**. Brasília: SENAI, 2006.

SESI. **Regulamento de Licitações e Contratos do SESI**. Brasília: SESI, 2006.

VARESCHINI, **Julieta Mendes Lopes**. **Licitações e Contratos no Sistema "S"**. 4. ed. Paraná: JML, 2011.

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



**3 – PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO
NOS RESULTADOS NO SESI/SC –
POSSIBILIDADE JURÍDICA**

**ANDRÉ LUIZ DE CARVALHO CORDEIRO (RELATOR)
CARLOS JOSÉ KURTZ
DANIEL HORÁCIO DE ARAÚJO**

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

3.1 INTRODUÇÃO

A Constituição promulgada em 1988 afirmando seu compromisso com a cidadania estabelece em seu preâmbulo o objetivo de instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de 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. Fica evidente a intenção do legislador de valorizar instrumentos que desenvolvam o indivíduo e a coletividade na busca do bem comum.

É nesse contexto que está inserido o Plano de Participação nos Lucros ou Resultados. Previsto no art. 7 da Carta Magna, constitui-se em ferramenta moderna de competitividade e justiça social, ingredientes fundamentais para um país que busca o pleno desenvolvimento.

A função social da empresa e o princípio da eficiência, também previstos na Constituição, encontram no PPR elementos para seu atingimento.

Há, todavia, alguns questionamentos quanto a possibilidade de utilização do instituto por entidades sem fins lucrativos. No que diz respeito ao Sistema “S”, em especial ao SESI, deve ser considerada a sua singular natureza e as experiências já implantadas.

É com essa perspectiva constitucional que passaremos a analisar o PPR e sua aplicação nas entidades sem fins lucrativos, em especial no SESI.

3.2 BREVE HISTÓRICO

De forma a ilustrar o presente trabalho, traz-se breve histórico sobre a participação de empregados nos lucros e resultados das empresas.

Na ensinança de Arnaldo Sussekind, há afirmação de que “NAPOLEAO BONAPARTE teve a iniciativa de assegurar aos artistas de Comedie Française a participação nos lucros dos empreendimentos (Decreto de 1812).”¹

Já Alice Monteiro de Barros, assevera que a origem é controvertida “alguns autores atribuem a Edmé Leclair, em 1842, a primeira forma de participação nos lucros, outros sustentam que

¹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 435.

seu precursor é Robert Owen. O mais acertado é situarmos a gênese do instituto em 1812, pois à época, já se encontrava previsto para os artistas da Comédia Francesa, por iniciativa de Napoleão Bonaparte.

O assunto foi tratado também nas encíclicas papais *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra*, sendo consagrado, pela primeira vez, no plano constitucional, na Constituição de Weimar. No Brasil, a matéria foi inserida, inicialmente, na Constituição de 1946 e mais tarde reproduzida nas Constituições de 1967 e 1988.”²

Quanto a inserção do tema na doutrina social da Igreja, Arnaldo Sussekind diz que “com a influência, inclusive dos sindicatos católicos, que mais ardorosamente defendeu, desde a Encíclica “Quadragesimo Anno”, de PIO XI, em 1931, a participação dos empregados nos lucros da empresa. Afirmou PIO XI, naquele ano, a conveniência de se iniciar um processo pelo qual fosse possível “temperar o contrato de trabalho com o de sociedade”. Os métodos poderiam variar, mas o preferencial seria através da distribuição de ações aos empregados.

Em 1961, o atual Papa, JOÃO PAULO II, na sua Encíclica *Mater et Magistra*, reproduz PIO XI e aduz ser muito desejável “que os trabalhadores possam chegar a participar na propriedade das empresas, na forma e no grau mais conveniente, pois nossos dias, mais ainda que nos tempos do nosso predecessor, é necessário procurar, com todo o empenho, que, para o futuro, os capitais ganhos não se acumulem nas mãos dos ricos, senão na justa medida, e se distribuam com certa abundância entre os operários” (parágrafo 74 da encíclica precitada).

Esse direito não se universalizou. Adotado em raras constituições e poucas legislações, não se justificou a adoção de nenhuma convenção ou recomendação internacional. A OIT, até hoje, não incluiu o tema na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho.

É na América Latina que preponderam as normas constitucionais e legais sobre a participação obrigatória dos empregados nos lucros da empresa. Na Europa prevalece o caráter facultativo da participação nos lucros, embora na França ela seja compulsória nas empresas com mais de cem empregados³.

² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 759.

³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 436.

3.3 O PPR E AS ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS

A origem da dúvida quando a possibilidade de implementação do Programa de Participação nos Resultados por entidades sem fins lucrativos, como é o SESI/SC, reside na interpretação do artigo 2º, parágrafo 3º, inciso II, alíneas “a” a “d”, da Lei 10.101/2000, assim descrito:

Art. 2º. A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

(...)

§ 3º. Não se equipara a empresa, para os fins desta Lei:

(...)

II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

- a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;*
- b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País;*
- c) destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;*
- d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.*

Assim, considerando ser matéria passível de interpretação, sendo que é simplista o raciocínio pela impossibilidade, passamos a explanar a hermenêutica jurídica na defesa da plena possibilidade do SESI de adotar o PPR.

3.4 DISCUSSÃO – O SESI E O QUESTIONAMENTO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

O presente estudo, em parte, teve origem em defesa administrativa do SESI/SC no TC 025.679/2010-4 – Prestação de Contas, que tramita no Tribunal de Contas da União – TCU.

Após procedimento da Controladoria Geral da União – CGU identificou-se possível irregularidade do PPR instituído pelo SESI/SC, sob os seguintes fundamentos:

Programa de Participação nos Resultados – PPR, o Sesi+, instituído e mantido com indício de irregularidade, haja vista que a Lei 10.101/2000, a qual dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, não se aplicaria ao Sesi-DR/SC, por força do disposto no art. 2º, § 3º, desse mesmo normativo legal, além de tal PPR, da forma como concebido, contrariar as premissas do Decreto-Lei 9.403/1946, que define o Sesi como parte integrante do sistema criado, organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria:

(...)

Análise: em linhas gerais, os argumentos apresentados pelos gestores do Sesi-DR/SC já foram analisados e rejeitados pela CGU/SC. O Programa de Participação nos Resultados – PPR, denominado como Sesi+, foi instituído pelo Sesi-DR/SC em 28/03/2002, e teve seu Regulamento aprovado pelo respectivo Conselho Regional mediante a Resolução 371/2002, de 28/06/2002. Esse programa prevê critérios e metas para a premiação anual de todos os colaboradores da entidade com base na Lei 10.101/2000, mediante a aplicação de percentuais dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências, conforme a seguir:

Art. 1º Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da constituição.

(...)

O Sesi-DR/SC é, por natureza jurídica, um serviço social autônomo criado com base no Decreto-Lei 9.403/1946 e com regulamento aprovado por meio do Decreto 57.375/1965, portanto, não é empresa e também a ela não se equipara, justamente por se enquadrar nas alíneas de “a” a “d” do art. 2º, § 3º, inciso II, da Lei 10.101/2000, a qual, inapropriadamente serviu de base legal para o Programa de Participação nos Resultados – PPR (Sesi+). A adoção de gratificação por atingimento de metas e/ou resultados, como no caso do Sesi-DR/SC foi o Programa de Participação nos Resultados – PPR (Sesi+), pode ser feita por qualquer órgão ou entidade, desde que devidamente fundamentada e cumpridos todos os trâmites legais aplicados ao Sesi-DR/SC.

Como será comprovado, os fundamentos jurídicos apresentados pela CGU estão equivocados, considerando que é plenamente possível o Sesi/SC formular e implementar Programa de Participação de Resultados para seus empregados.

3.5 FUNDAMENTO JURÍDICO – POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO

3.5.1. Da questão constitucional

A Constituição Federal de 1988 prevê a Participação nos Lucros e Resultados no Título II - que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo II, destinado aos Direitos Sociais, precisamente no artigo 7º, inciso XI, com a seguinte redação:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

*XI - **participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;***

Assim, o mandamento constitucional propôs, como forma de melhorar as condições sociais dos trabalhadores, a participação destes nos lucros e resultados das empresas onde exercem suas atividades laborais, sendo que a legislação ordinária deveria regulamentar a forma.

Desde logo, não há dúvidas que a Carta Magna objetivou distribuir, de forma abrangente, portanto, à todos os trabalhadores, a participação nos lucros ou resultados, caso o contrário, as exceções estariam expressas na redação do supracitado artigo.

As exceções, tanto não estão previstas na Constituição Federal, que o artigo 218, em seu parágrafo 4º, reafirma que o Estado promoverá, incentivará, apoiará e irá estimular, sistemas de remuneração, desvinculados do salário, para empresas e empregados, a título de participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

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.

Logo, não se olvida a intenção da Lei Maior em estender os Programas de Participação nos Lucros e Resultados à todas as empresas e seus empregados, sem exceção, de forma desvinculada do salário, inclusive para entidades sem fins lucrativos.

*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.**⁴*

Não há vedação constitucional às empresas - independente da sua natureza - que pretendam instituir o Programa de Participação nos Resultados – PPR.

3.5.2. Da caracterização do SESI como empresa empregadora

Para esclarecer quanto a possibilidade do SESI/SC implementar o Programa de Participação nos Resultados - PPR, é necessário efetuar a correta caracterização da entidade, para efeitos da Lei 10.101/2000.

O Sistema “S” possui uma configuração jurídica muito peculiar. No campo das relações trabalhistas e, portanto, do próprio PPR o artigo 62 do Decreto nº. 57.375, de 2 de dezembro de 1965, que aprovou o Regulamento do Serviço Social da Indústria – SESI, qualificou como “entidade de direito privado, como **empresa empregadora**”.

Diz o supracitado artigo:

*Art. 62. Os servidores do SESI, qualificados, perante êste, como beneficiários, para os fins assistenciais estão sujeitos a legislação do trabalho e da previdência social, considerando-se o Serviço Social da Indústria, **na sua qualidade de en-***

⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 296.

***tidade de direito privados, como empresa empregadora**, reconhecida a autonomia dos órgãos regionais quanto à feita composição e peculiaridade de seus quadros empregatícios, nos termos do artigo 37, parágrafo único.*

Parágrafo único. Só depois do pronunciamento da entidade, em processo administrativo, salvo se faltar menos de sessenta dias para a prescrição do seu direito, poderá o servidor pleitear em juízo qualquer interesse vinculado ao seu status profissional.

Dessa forma, não há dúvidas quanto a caracterização do SESI/SC como empresa, para efeitos da Lei 10.101/2000, não sendo necessário fazer qualquer equiparação, portanto, inaplicável o § 3º do art. 2º da Lei nº 10.101/2000.

3.5.3. Do enquadramento do SESI na Lei 10.101/2000

Como já observado, o enquadramento do SESI/SC na Lei 10.101/2000 é medida que se impõe, considerando sua natureza, finalidade e atuação. De qualquer forma, ainda que se utilize uma interpretação literal, cumpre o SESI/SC os requisitos da referida legislação.

É que o parágrafo 3º, II do artigo 2º da referida lei exclui as entidades sem fins lucrativos que, cumulativamente, preencha quatro (a – d) requisitos, quais sejam:

§ 3º Não se equipara a empresa, para os fins desta Lei:

(...)

II - a entidade sem fins lucrativos que, cumulativamente:

- a) não distribua resultados, a qualquer título, ainda que indiretamente, a dirigentes, administradores ou empresas vinculadas;*
- b) aplique integralmente os seus recursos em sua atividade institucional e no País;*
- c) **destine o seu patrimônio a entidade congênere ou ao poder público, em caso de encerramento de suas atividades;***
- d) mantenha escrituração contábil capaz de comprovar a observância dos demais requisitos deste inciso, e das normas fiscais, comerciais e de direito econômico que lhe sejam aplicáveis.*

A Controladoria Geral da União - CGU entendeu que o SESI/SC não poderia instituir o PPR, pois se enquadra na exclusão insculpida no supracitado artigo, já que a entidade é congênere da CNI.

A Confederação Nacional das Indústrias - CNI **é uma entidade sindical de grau superior** com finalidade em aspectos gerais, de representação, estudos e coordenação dos interesses das categorias econômicas da indústria, no intuito de fomentar e expandir a competitividade do setor industrial e o desenvolvimento econômico do País.

Já o SESI possui natureza jurídica de serviço social autônomo e **é uma instituição de direito privado** que tem como finalidade estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida do País, e ainda para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes (art. 1º do Regulamento do Serviço Social da Indústria).

Desta forma, resta evidente que as características existentes entre SESI e CNI não as assemelham no tocante a igualdade de identidades e nem tampouco as tornam entidades cujas finalidades possuam mesmo gênero, ou seja, não são congêneres.

Assim, não incide o SESI no impedimento previsto na alínea “c”, inciso II, § 3º do artigo 2º da Lei 10.101/2000, e neste sentido poderá instituir o Programa de Participação nos Resultados aos seus trabalhadores, pois os requisitos não estão cumulados.

De todo modo, o SESI não se enquadra **cumulativamente** nos quatro critérios constantes do inciso II do § 3º do art. 2º da Lei nº 10.101/2000.

3.5.4. Da importância do PPR como instrumento de gestão

O Programa de Participação nos Resultados do SESI/SC respeita integralmente a Constituição Federal, a legislação ordinária e os Decretos de Criação e Regulamentação da entidade, sendo que, devido ao caráter social do Programa, restaria configurado um grave retrocesso a competente gestão da entidade em Santa Catarina, que tem como aliados os trabalhadores, devendo ser, portanto, considerado um avanço social, com a valorização da pessoa do trabalhador e a elevação da produtividade da entidade, como pressupõe seu próprio regulamento.

Após aproximadamente 10 (dez) anos de programa de participação nos resultados, o SESI/SC acumulou premiações no campo da gestão, citam-se: 1) GREAT PLACE TO WORK - 100 Melhores Empresas para Trabalhar no Brasil; 2) Prêmio ADVB – Empresa Cidadã – PAF – Programa Atleta do Futuro; 3) REVISTA EXPRESSÃO – Pesquisa Gestão Sustentável – Destaque

em Consumidores e Clientes; 4) 1º Lugar – Programa de Desenvolvimento de Gestão – SESI/DN – baseado no MEG).

É importante apresentar os números do SESI/SC nos últimos anos:

Tabela 1: Números do SESI/SC

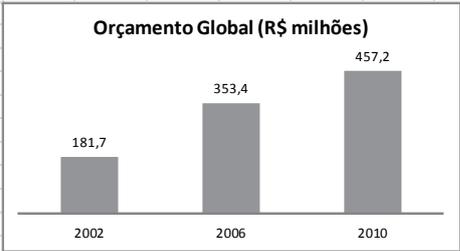
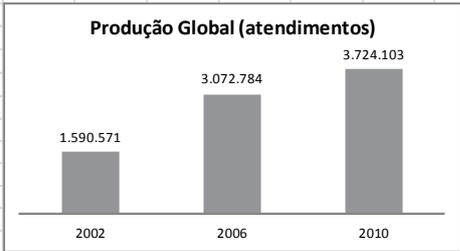
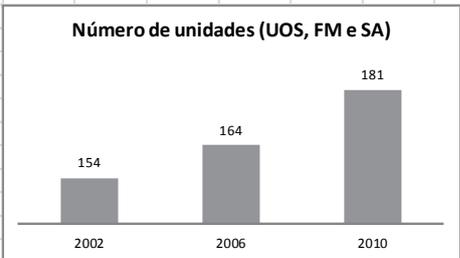
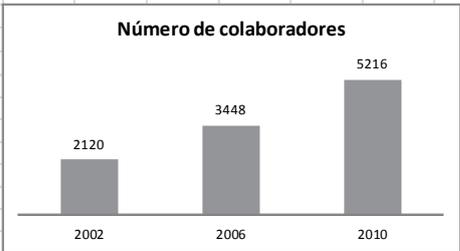
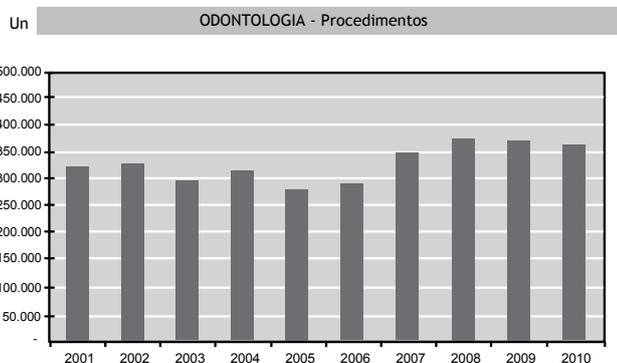
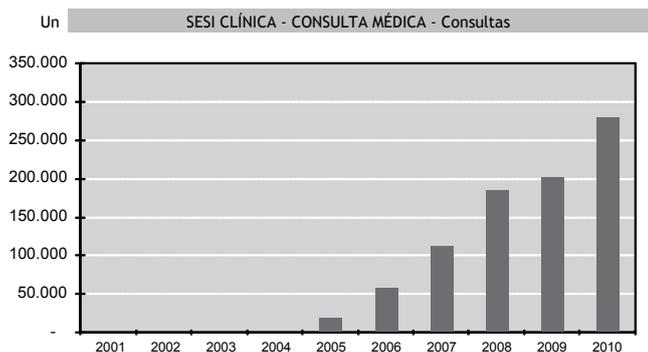
Orçamento Global (R\$ milhões)			Fonte: Relatórios anuais SESI (2010: cubo)
Ano	Valor	Varição (2002 para 2010)	
2002	181,7		
2006	353,4		
2010	457,2	152%	
Produção Global (atendimentos)			Fonte: Cubo, Relatórios anuais SESI e Book
Ano	Valor	Varição (2002 para 2010)	
2002	1.590.571		
2006	3.072.784		
2010	3.724.103	134%	
Número de Unidades			Fonte: Relatórios anuais SESI
Ano	Valor	Varição (2002 para 2010)	
2002	154		
2006	164		
2010	181	18%	
Número de colaboradores			Fonte: Relatórios anuais SESI
Ano	Valor	Varição (2002 para 2010)	
2002	2120		
2006	3448		
2010	5216	146%	

Tabela 2: Produção Saúde

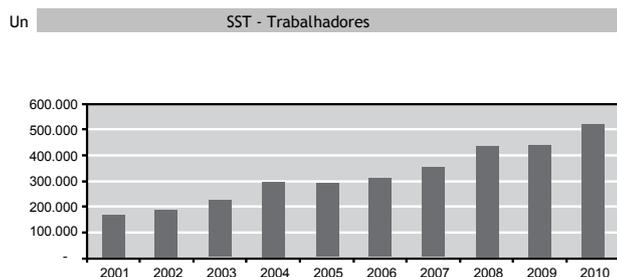
PRODUÇÃO SAÚDE



ODONTOLOGIA	
Período	Real. (UN)
2001	304.979
2002	310.658
2003	280.481
2004	297.100
2005	264.908
2006	275.315
2007	328.364
2008	354.771
2009	350.168
2010	342.496



SESI CLÍNICA	
Período	Real. (UN)
2001	0
2002	0
2003	0
2004	0
2005	18.400
2006	58.400
2007	114.922
2008	186.505
2009	202.299
2010	281.011



SST	
Período	Real. (UN)
2001	158.848
2002	178.465
2003	210.817
2004	276.384
2005	278.706
2006	297.703
2007	338.479
2008	420.814
2009	429.753
2010	506.682

Assim, como comprovam as premiações e os números do SESI/SC acima demonstrados, a entidade é modelo de gestão para os demais estados da Federação, a entabulação de metas e a valorização dos trabalhadores da entidade quando do seu cumprimento elevaram o SESI/SC a patamares de excelência em gestão administrativa, não imaginados na década passada, com ganhos reais e concretos para toda Indústria Catarinense.

3.6 CONCLUSÃO

Como afirmado, há ampla de defesa da possibilidade jurídica do SESI em implementar o Programa de Participação nos Resultados, nos moldes da Lei 10.101/2000, tanto no que diz respeito a legalidade como quanto a sua utilização como instrumento de gestão.

Assim, de forma a tornar firme e vigoroso os argumentos na defesa do PPR do SESI, o eminente jurista Eros Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, respondeu sob forma de parecer dois (02) questionamentos, da seguinte forma:

1. O Serviço Social da Indústria – SESI/SC, entidade sem fins lucrativos, pode aplicar aos seus empregados o Programa de Participação nos Resultados – PPR nos moldes da Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000?

Resposta: sim, o Serviço Social da Indústria – SESI/SC, entidade sem fins lucrativos, pode aplicar aos seus empregados o Programa de Participação nos Resultados – PPR nos moldes da Lei 10.101 de 19 de dezembro de 2000;

2. O SESI/SC é entidade congênere à Confederação Nacional da Indústria – CNI para efeitos da Lei 10.101/00?

Resposta: não; o SESI/SC não é entidade congênere à Confederação Nacional da Indústria – CNI para os efeitos da Lei 10.101/000.

Referido parecer, cujo a conclusão está descrita acima, desenvolve seus fundamentos inicialmente pelo fenômeno econômico e da responsabilidade social da empresa, inserindo o SESI como tal (empresa); pelo viés constitucional e legal, diferenciando o conceito de lucros e de resultados; pelo conceito de congênere.

Dessa forma, amparado pela Constituição Federal, pelo Regulamento do SESI e pelos resultados obtidos nas unidades que implementaram, o PPR é um valioso instrumento de gestão e cidadania, para uma sociedade mais livre, justa, solidária e eficiente.

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



**4 – O REPERCUSSÃO GERAL E
SÚMULA VINCULANTE DO STF**

CHERYL BERNO (RELATORA)

DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

4.1 INTRODUÇÃO

Até bem pouco tempo os advogados precisam conhecer apenas as normas, a doutrina e a jurisprudência para tentarem garantir o direito de seus representados. Para ver declarada uma norma inconstitucional, precisavam pedir esta declaração ao Supremo Tribunal Federal - STF, normalmente por meio de recurso extraordinário ou em alguns casos via ação direta de inconstitucionalidade, as formas mais comuns utilizadas pelo Sistema S, sindicatos e empresas.

No entanto, poucos causídicos sabem, e muitos estão descobrindo aos poucos, que as mudanças promovidas pela Justiça Brasileira, que a princípio, parecem meramente procedimentais, impõe um conhecimento muito mais amplo. Agora é indispensável entender de informática e ficar atento às ações de outros colegas, cujo julgamento pode resultar na impossibilidade de apreciação das suas próprias ações, por melhores que sejam os argumentos.

Estamos falando da figura da repercussão geral e da súmula vinculante no STF, sob o cenário do processo eletrônico e do julgamento virtual, institutos que juntos modificaram a sistemática de apreciação de constitucionalidade pela mais alta Corte do país.

Para fins meramente didáticos trataremos inicialmente dos aspectos gerais da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas para situar o leitor, depois das formas de apreciação dessa qualidade pelo STF, tratando especialmente da repercussão geral e das súmulas vinculantes, tudo sob a égide do processo eletrônico e do julgamento virtual, demonstrando, inclusive com casos práticos, como todos podem ser afetados pela mudança na sistemática de análise da norma pela Suprema Corte.

Pretendemos assim suscitar o debate acerca da matéria e chamar a atenção para a necessidade de acompanhar com cuidado as causas de interesse das entidades do “Sistema S” e das empresas pelas entidades representadas que sejam submetidas à repercussão geral e ou objeto da súmula vinculante.

4.2 CONSTITUCIONALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

Embora uma norma presuma-se válida, constitucional, essa qualidade pode ser afastada caso não esteja de acordo com a Constituição Federal.

Sendo a Lei Fundamental a base de todas as normas, estas devem submeter-se aos seus ditames. As normas inferiores não podem contrariar a Constituição, mas, se isso ocorrer, estar-se-á diante de um caso de inconstitucionalidade, que resulta do conflito de uma norma ou de um ato com a Constituição, numa relação de caráter normativo e valorativo¹. A inconstitucionalidade pode advir de ação ou omissão que ofenda a Constituição, no todo ou em parte.

A Constituição Brasileira de 1988 prevê a inconstitucionalidade por ação, que resulta da prática de ato que, por qualquer de seus elementos, viola a Constituição e a inconstitucionalidade por omissão, que advém da inércia ou do silêncio dos órgãos do poder público, que deixam de praticar o ato exigido pela Lei Maior para sua eficácia².

Contudo, se uma norma presume-se constitucional, é preciso tratar em especial, da questão da declaração de inconstitucionalidade, visando à verificação quando e como uma norma pode ser dada por inconstitucional e quais as formas dessa pronúncia.

4.3 PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma visa à preservação do Estado Democrático de Direito, pois, se nesse se permitissem normas inválidas, não se estaria seguindo os seus princípios instituidores, em especial:

- i. princípio da legalidade: as normas obrigam e, portanto, devem ser válidas;*
- ii. princípio da segurança jurídica: não se sujeitará os cidadãos à normas incompatíveis com o ordenamento jurídico e, se eventualmente isso ocorrer, o sistema deve garantir o não cumprimento da norma inválida;*
- iii. princípio da proporcionalidade: do mesmo modo que o cumprimento das normas é pressuposto de um Estado Democrático de Direito, esse deve garantir ao cidadão suscitar a constitucionalidade das normas;*

¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1985. p. 274.

² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. 34. “O descumprimento, ou a violação, da Constituição tanto ocorre quando um ato é praticado contra a Lei Magna (em desobediência a seus preceitos formais ou materiais) ou quando se deixa de dar execução a um programa (a uma norma pragmática) por ela traçado. Esta última hipótese é a da inconstitucionalidade por omissão, por parte do legislador e (ou) administrador que deve implementar o programa. A caracterização de omissão, porém, não é fácil, pois o legislador tem a discricção, ou seja, a apreciação da oportunidade e da conveniência de dar execução ao programa. Por isso, em se tratando de omissão de lei, o Supremo Tribunal Federal não poderá senão dar ‘ciência’ ao legislativo (art. 103, § 2º, primeira parte). Se a omissão, porém, for de medida administrativa, o Supremo Tribunal deverá fixar prazo, no máximo de trinta dias, para sua efetivação (art. 103, § 2º, última parte)”.

- iv. *princípio da moralidade: não se pode obrigar o cidadão ao cumprimento de normas cuja inconstitucionalidade seja plausível;*
- v. *princípio da boa-fé: parte-se do pressuposto que o Estado não irá impor normas inconstitucionais, mas se isso ocorrer, que assegurará ao cidadão o direito de contestação;*
- vi. *princípio da nulidade da norma inconstitucional: deve a norma inconstitucional ser afastada.*

No Estado Democrático de Direito, face à tripartição dos poderes, delegou-se a tarefa de averiguação da constitucionalidade da norma ao Poder Judiciário, que fiscaliza a validade das leis ou atos normativos frente à Constituição do Estado³.

Lembra este autor que “Em todo o Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador”.

No Brasil, esse controle se dá pelos métodos do controle difuso e concentrado. O que difere um método do outro é, a princípio, a capacidade de um ou vários órgãos judicantes conhecerem e decidirem acerca da inconstitucionalidade. A Constituição Federal, em seu art. 102, dispõe que compete ao STF julgar, entre outros:

- a) ação direta de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual;
- b) ação declaratória de constitucionalidade da lei ou ato normativo federal;
- c) arguição de descumprimento de preceito fundamental;
- d) mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou ainda julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição.

Nas primeiras hipóteses, estamos diante do controle concentrado, também denominado “via de ação direta”, “controle abstrato”, etc. Esse controle de constitucionalidade é executado por um único órgão, que, ao declarar a inconstitucionalidade, o faz desvinculado de um caso concreto submetido ao Poder Judiciário.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 31.

No Brasil, é responsabilidade do STF a análise da validade da norma face à Constituição Federal, com exclusividade no sistema concentrado e subsidiariamente no sistema difuso. Daí a denominação do STF de “guardião da Constituição”.

No sistema difuso, a alegação de inconstitucionalidade provém incidentalmente de um processo judicial, podendo ser arguida no curso de uma ação submetida à apreciação dos tribunais, sendo discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso. A decisão de inconstitucionalidade é, dessa, forma, deferida a qualquer órgão judicante – individual, coletivo, comum e especial.

Nessa hipótese, como o objeto da ação não é propriamente a declaração de inconstitucionalidade da norma, embora essa seja condição prévia para sua apreciação, qualquer órgão do Poder Judiciário pode e deve conhecer e decidir o mérito, aplicando ou não a norma impugnada, consoante sua validade ou não, frente à Lei Maior⁴. Luís Roberto Barroso observa:

Se o controle incidental e difuso pode enquadrar-se na função típica do Judiciário, o fato é que o controle de constitucionalidade em via principal certamente refoge ao exercício típico da jurisdição. Nessa hipótese, referida na Constituição como ação direta (art. 102, I, a), o controle se exerce de modo concentrado e em tese, in abstracto, tendo por objeto a apreciação da compatibilidade da norma com a Constituição. Não se cuida, como no normal da atuação do Judiciário, de solucionar um caso concreto, um conflito de interesses entre partes. Aqui, constatada a incompatibilidade da norma com a Lei Maior, a consequência é a paralisação de sua eficácia e eventual retirada do mundo jurídico. A doutrina costuma referir-se a tal papel como o desempenho de uma atividade legislativa negativa⁵.

Nos termos do art. 103 da Constituição Federal Brasileira de 1988, tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental e súmula vinculante: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de uma Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do DF; Governador do Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. José Afonso da Silva bem resume o sistema brasileiro de constitucionalidade:

⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88-89.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 163-164.

Em suma, à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a referida ação declaratória de constitucionalidade. De acordo com o controle por exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: (1) a interventiva (...) (2) a genérica: (a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (...).(b) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração e inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (...) (3) a supridora de omissão: (a) do legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 102, § 2º)⁶.

A presunção de validade das normas, combinada com os vários tipos de pronúncias de invalidade supracitados, leva às seguintes hipóteses, que Marco Aurélio Greco e Helenilson Pontes Cunha distinguem como sendo as quatro dimensões de validade da norma:

- a) norma com presunção de constitucionalidade;
- b) norma declaradamente constitucional;
- c) norma declaradamente inconstitucional com efeitos *inter partes* ou norma sem presunção de constitucionalidade; e
- d) norma declaradamente inconstitucional, com efeitos *erga omnes*.

⁶ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 51-52.

Não obstante a clareza das hipóteses elencadas, que são auto-explicativas, a fim de ajustar os conceitos, visando a evitar equívocos de interpretação, passa-se a um breve resumo de cada uma das situações acima postas.

4.4 NORMA COM PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE

Vige o princípio da presunção de validade da norma, pelo qual uma lei presume-se válida até prova em contrário.

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção iuris tantum, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão competente. O princípio desempenha uma função pragmática indispensável na manutenção da imperatividade das normas jurídicas e, por via de conseqüência, na harmonia do sistema. O descumprimento ou não-aplicação da lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade, antes que o vício haja sido proclamado pelo órgão competente, sujeita a vontade insubmissa às sanções prescritas pelo ordenamento. Antes da decisão judicial, quem subtrair-se à lei o fará por sua conta e risco. (...) O princípio da presunção de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à autuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável⁷.

Vários outros princípios que norteiam o sistema jurídico pátrio corroboram para que Constituição e as normas sejam preservadas. Assim, sempre que possível, cumpre ao intérprete analisar as normas tentando integrá-las ao ordenamento.

A lei sancionada presume-se válida, até em homenagem ao princípio da segurança jurídica. Há uma suposição de que o legislador observou as regras para a edição da norma e que a mesma está de pleno acordo com o restante do ordenamento jurídico, em especial, com a matriz constitucional.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 164-165 e 174.

Visando a assegurar a qualidade de validade da norma, tem-se inclusive um tipo de controle de constitucionalidade preventivo, pelo qual um órgão, de natureza política ou jurisdicional, ajuíza a constitucionalidade da norma antes mesmo de sua edição.

O mais comum é o sistema repressivo ou *a posteriori*, pelo qual o Poder Judiciário é que deve afastar a validade da norma. Lúcio Bittencourt é taxativo: “toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela”⁸.

Dessa forma, pode-se elevar à condição de princípio, a presunção da validade das normas.

4.5 NORMA DECLARADAMENTE CONSTITUCIONAL

Quando uma norma passa pelo crivo do STF e o mesmo a declara válida, pode-se dizer que a norma é declaradamente constitucional, não obstante a decisão que pronuncia essa condição da norma não tenha efeito preclusivo, podendo, por outras questões constitucionais, vir mais tarde a ser afastada por vício de constitucionalidade.

Melhor explicitando, uma norma pode ser considerada válida diante de um determinado dispositivo constitucional, porém, posteriormente, ao ser questionada novamente a sua validade diante de outro dispositivo, pode ser declarada inconstitucional.

Contudo, não se deve neste trabalho, que pretende ser prático e útil, deixar de registrar que o que tem ocorrido, seja pelo número vultoso de processos que chegam ao STF, seja pela necessidade de se uniformizar a jurisprudência, é que na prática, uma vez declarada constitucional uma determinada norma, o Poder Judiciário de uma maneira geral não mais dá acesso a sua análise sob outros dispositivos.

Veja-se, por exemplo, os casos da declaração de constitucionalidade do aumento das alíquotas do Finsocial das prestadoras de serviço, da contribuição ao Salário-educação, da contribuição denominada “SAT” – Seguro de Acidente do Trabalho. Em todos esses casos havia ainda muitos argumentos que poderiam levar à declaração de inconstitucionalidade das respectivas normas tributárias. No entanto, todas as causas que foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário, posteriormente ao chamado *leading case*, foram julgadas no mesmo sentido, face à anterior decisão pela constitucionalidade.

⁸ BITTENCOURT, Lúcio. **O controle jurisdicional das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 91-92.

Assim, embora na teoria seja possível deixar aberta a questão da validade da norma diante de outros dispositivos constitucionais, na prática o que se vê é que uma vez declarada constitucional a norma, a mesma está fadada à condição de “norma declaradamente constitucional”.

4.6 NORMA DECLARADAMENTE INCONSTITUCIONAL COM EFEITOS *ERGA OMNES*

O STF, ao analisar as ações declaratórias de constitucionalidade, as ações diretas de inconstitucionalidade e as ações de descumprimento de preceito fundamental, além das propostas de súmula vinculante, está tomando uma decisão que refletirá diretamente na norma, declarando sua validade ou invalidade, o que atingirá a todos. Portanto, a sua decisão influirá diretamente no ordenamento jurídico, tratando-se assim de verdadeira “sentença judicial com força de lei”⁹.

Nesse caso, a decisão do STF irradia efeitos em todo o ordenamento jurídico e são estes efeitos que serão vistos na sequência, com mais zelo.

3. Norma declaradamente inconstitucional com efeitos *inter partes* ou norma sem presunção de constitucionalidade

Pode o STF, normalmente através da análise de recurso extraordinário, ser compelido a analisar a validade de uma norma no caso concreto, situação em que a decisão somente teria efeito entre as partes envolvidas.

É o chamado controle difuso ou via de defesa ou exceção, que tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da edição da norma constitucional e *inter partes*, gerando efeitos somente entre as partes envolvidas, ao menos até se instituir a repercussão geral, que passou a balisar os demais casos existentes no país sobre o mesmo assunto. Assim, a decisão no caso eleito para a apreciação da matéria acabará refletindo em todos os demais existentes. Vejamos como funciona a repercussão geral.

⁹ CANOTILHO, Gomes J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Almedina: Coimbra, 2000. p. 994.

4.7 REPERCUSSÃO GERAL NO STF

Os requisitos para processamento do recurso extraordinário encontram-se elencados no art. 102, III da CF, a saber: 1) *causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo constitucional; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local que tenha sido contestado em face da Constituição Federal; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.*

No RE o advogado da recorrente deverá ainda demonstrar que houve o chamado prequestionamento, ou seja, que as questões suscitadas no recurso foram tratadas na instância inferior e a partir da Emenda Constitucional 45/2004 demonstrar também a repercussão geral das questões constitucionais discutidas.

O que é repercussão geral não consta na Constituição Federal, mas o Código de Processo Civil – CPC tratou de consignar que para efeito da repercussão geral, será considerada a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa e que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

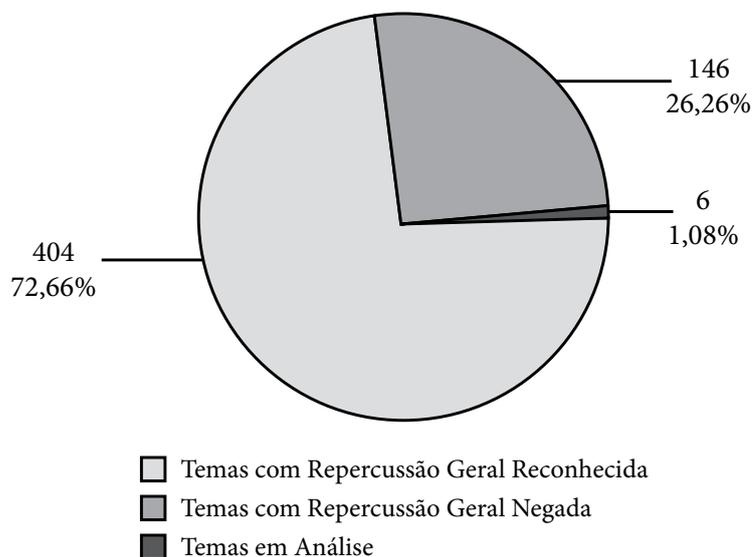
Além de ser um requisito constitucional, a repercussão geral, modificou a forma de julgamento pelo STF, segundo o site do Tribunal:

A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso

contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria¹⁰.

Como se vê, a repercussão geral não atinge somente as partes no processo específico na qual é suscitada, mas toda a coletividade, todo o país, é uma forma de uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. Para se ter uma ideia do número de recursos nesta situação atualmente no país seguem os dados do STF:

Exame da Repercussão Geral



Fonte: www.stj.jus.br

O tema é importante e merece mais atenção por parte dos operadores do Direito. Assim, são validas as explicações básicas que seguem sobre o trâmite destes recursos. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do STF e observado o seguinte, conforme o CPC:

- cabe ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo do STF;

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 set. 2012.

- negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos;
- julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se;
- mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o STF cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

Segundo o Regimento Interno do STF, o julgamento de mérito de questões com repercussão geral, nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico e observará o seguinte:

- recebida a manifestação do relator, os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. O ministro relator juntará cópia das manifestações aos autos, quando não se tratar de processo informatizado, e, uma vez definida a existência da repercussão geral, julgará o recurso ou pedirá dia para seu julgamento, após vista ao Procurador-Geral, se necessária; negada a existência, formalizará e subscreverá decisão de recusa do recurso.
- reconhecida a repercussão geral, serão distribuídos ou redistribuídos ao relator do recurso paradigma, por prevenção, os processos relacionados ao mesmo tema. Toda decisão de inexistência de repercussão geral é irrecurável e, valendo para todos os recursos sobre questão idêntica, deve ser comunicada, pelo relator à presidência do Tribunal, que promoverá ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados do STF.
- protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, a presidência do Tribunal ou o relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de suspendam todas as demais causas com questão idêntica.
- quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a presidência do tribunal ou o relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem.

- O tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o STF decida os que tenham sido selecionados para análise.

O até aqui explicado é o que diz a teoria, mas na prática o que se vê é ainda uma confusão quanto ao julgamento da repercussão geral no STF e afirmamos isto porque defendemos uma tese, na qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro elegeu um recurso extraordinário como representativo da controvérsia. Nesse caso defendemos a inconstitucionalidade da alíquota adicional ao ICMS destinada ao Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais – FECP. O *leading case* deveria ter seguido este trâmite especial. No entanto, o que se viu foi a Ministra relatora deixar de analisar a repercussão geral e julgar monocraticamente o recurso, como se, aliás, o STF já tivesse anteriormente analisado o mérito da questão, o que não corresponde à verdade.

E nem após inúmeros recursos, o STF admitiu que havia se equivocado e deixado de julgar o recurso eleito como deveria, o que demonstra que embora este instituto seja tão importante, os Ministros da Corte Suprema ainda não estão atentos aos novos procedimentos, pondo em risco desta forma este importante instituto.

Quando um recurso é eleito como paradigma, para orientar todas as demais causas no Brasil, isto é uma questão nacional, que merece todo cuidado e zelo, afinal, o que o STF decidir afetará a vida de milhares de pessoas e empresas.

Assim, devemos voltar os holofotes para estes recursos que estão sendo eleitos como representativos de causas e dar-lhes o devido acompanhamento e atenção, sob pena de depois, só restar o recurso da lamentação.

A importância do tema para as empresas está evidente, mas para demonstrar que até as entidades do Sistema S estão sujeitas à causas que podem ser decididas em repercussão geral, basta consultar o RE 642.442 da União contra o SESI do Rio Grande do Sul. Neste processo o SESI ganhou no Tribunal Regional Federal, mas a União pretendia ver a matéria analisada pelo STF, que negou a existência de repercussão geral.

Caso fosse aceita a repercussão, o processo de um departamento regional poderia ser o *leading case* para os demais departamentos de todo o Brasil, que teriam que se curvar à decisão consignada no caso alheio. Para as empresas já existem inúmeras teses, que serão julgadas em um recurso eleito para a análise desta maneira.

Vale atentar ainda para o fato de que o primeiro ministro sorteado para apreciar o caso no STF pode decidir a aplicação da norma para todos no país, assim, o relator ou relatora, também são importantes.

Outro aspecto relevante é o fato do julgamento ser informatizado, o que pode dificultar a atuação do próprio advogado e dos demais.

Trata-se de instituto relativamente novo para o direito brasileiro, assim talvez sejam necessários mais alguns anos para conferirmos os resultados de um julgamento em massa e eletrônico e os benefícios e prejuízos que estes procedimentos podem trazer ao Direito.

4.8 SÚMULA VINCULANTE DO STF

O STF pode, de ofício ou por provocação pelos órgãos e entidades já mencionados, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista na Lei 11.417 de 19.12.2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal que instituiu este novo instrumento de controle de constitucionalidade das leis.

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 dos membros do STF, em sessão plenária. No prazo de 10 dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o STF fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o STF por decisão de 2/3 dos seus membros poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente cabe reclamação ao STF, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação. Vale lembrar que contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. Ao julgar procedente a reclamação, o STF anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

O STF já editou 32 súmulas vinculantes, que podem ser consultadas no site do STF na Internet. No mesmo local podem ser consultadas as novas propostas de súmula, dentre as quais a proposta de súmula 69 que supostamente pretende acabar com a Guerra Fiscal e acerca da qual apresentamos manifestação de inconformidade, demonstrando o absurdo e a insegurança que seria a sua adoção.

Essa proposta de súmula referida, é a primeira que despertou interesse nacional das empresas, afinal, todos os Estados da federação e o Distrito Federal concederam incentivos fiscais ou tem os outros institutos que se pretende limitar por súmula. Neste diapasão a questão se tornou relevante para o empresariado brasileiro, que através das suas representações foi obrigado a começar a entender também desta “nova forma de declaração de inconstitucionalidade de norma”, daí a importância de estudar a matéria com mais profundidade, para buscar a garantia dos direitos das entidades que compõe o Sistema S e dos sindicatos e empresas associados.

4.9 PROCESSO ELETRÔNICO E JULGAMENTO VIRTUAL

Embora não pareça matéria jurídica é preciso cuidar das questões até aqui suscitadas e ainda saber manejar o processo de forma eletrônica e acompanhar os julgamentos virtuais do STF.

Isto porque a lei prevê o processo eletrônico em diversas instâncias e também no STF. Assim, o advogado ainda terá que ter, além de conhecimento jurídico, uma certificação digital, que nada mais é que a sua assinatura digital em um *chip* ou *token* que guardam os seus dados eletronicamente, e um mínimo conhecimento de informática para enviar as suas peças de forma eletrônica à Corte e a outras instâncias, além de acompanhar os julgamentos virtuais e saber como atuar nesta nova sistemática.

No Rio de Janeiro já tem até juizado especial cível que só trabalha com processo eletrônico e declara revel a parte que não apresenta previamente os seus documentos por este meio.

E como já mencionado, o STF também julga os casos de repercussão geral virtualmente, de forma que fica mais difícil a atuação dos advogados. Mas, esta troca dos processos do papel para o meio digital é irreversível, assim, o melhor é conhecer bem os sistemas, para que o Direito não fique prejudicado.

Para citar um exemplo dos riscos do processo eletrônico, já houve intimação de decisão liminar que não havia sido dada pelo Juiz e intimação de advogado sem que ele soubesse, pois, o serventuário que certifica, em algumas varas, a intimação do advogado, sem que este tenha sequer tomado ciência da decisão.

O processo eletrônico, embora a princípio pareça um facilitador do exercício do direito, pode representar uma perda de direitos para os advogados, que como se viu, se não acompanharem bem estas mudanças podem ser preteridos.

Enfim, é preciso ficar atento também ao processo eletrônico e ao julgamento virtual, para que a informática não prevaleça sobre o Direito.

4.10 CONCLUSÃO

A repercussão geral e a súmula vinculante, com o processo eletrônico e o julgamento virtual ao fundo, representam uma nova forma de debate da constitucionalidade das normas no âmbito do STF, a última instância para as discussões judiciais mais importantes do país. Assim, o acompanhamento dos processos eleitos como representativos de repercussão geral, bem como das propostas de súmulas vinculantes, é indispensável, para se for o caso, apresentar manifestação, ainda que como terceiro interessado.

Não se deve perder de vista que uma vez decidida a causa ou adotada a súmula vinculante, encerram-se as possibilidades de discussão no STF, ou via de consequência, na Justiça, por melhor que sejam as teses de defesas que poderiam levar ao entendimento contrário.

Não fosse só a necessidade de conhecer estes novos institutos, há ainda a importância de acompanhar o processo eletrônico e o julgamento virtual, para que não se tornem instrumentos de perda de direitos.

Este trabalho não tem o propósito de solucionar todas as questões, até pela novidade do tema e pela limitação de páginas, mas pretende lançar argumentos para suscitar o debate, para que tenhamos mais elementos ao enfrentarmos as mudanças na condução das causas no STF e ficarmos atentos e preparados para melhor defendermos os interesses do Sistema S e das empresas e sindicatos associados.

...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 ideal¹¹.

¹¹ BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. São Paulo: Lejus, 2004, p. 125.

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



**5 – A ISENÇÃO TRIBUTÁRIA DO PIS NO SISTEMA S:
POSIÇÃO INÉDITA DE NOSSOS TRIBUNAIS**

**CHRISTIANNE OLIVEIRA COLLYER (RELATORA)
LUANA BARROSO DE ALBUQUERQUE
OTÔNIA ESTHER DE MENEZES OTÔNIO ESPÍNDOLA**

DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

5.1 INTRODUÇÃO

A elaboração deste trabalho possui a finalidade de promover o estudo acerca da plausibilidade jurídica de o Serviço Social da Indústria - SESI e o Serviço Nacional de Aprendizagem Indústria - SENAI conseguirem, mediante tutela jurisdicional, “isenção” do recolhimento da contribuição do PIS, que incide em 1% (um por cento) sobre a folha de salários, haja vista o Tribunal Regional da 1ª Região, em isolada decisão proferida no ano de 2009, isentar uma entidade baiana, integrante do “Sistema S”, ao referido recolhimento.

A Unidade Jurídica da Federação dos Estados do Ceará considera a tese em comento de grande relevância, uma vez que o assunto é inovador, pois trata-se de uma decisão isolada de um dos nossos Tribunais, que, em sendo julgado procedente, poderá beneficiar todo o Sistema S, mormente o SESI e o SENAI, podendo, inclusive, reaver para os seus cofres, os valores pagos indevidamente a título do Programa de Integração Social – PIS.

O fato é que o SESI e o SENAI são organizações específicas de política social que ocupam um espaço significativo nas relações entre o Estado e a Sociedade Civil, exatamente por que acabam por suprir, com suas atividades, as carências sociais e educacionais daquele com esta.

No decorrer do trabalho, perceber-se-á que não se trata apenas de isenção, que é outorgada por lei, mas também de imunidade tributária, que está prevista na Constituição Federal. Ora, a imunidade tributária nas instituições de educação e assistência social estimula, de certa forma, a criação e a manutenção de tais entidades, cujos fins guarnecem e emparelham com os deveres do próprio Estado, desde que não possuam fins lucrativos, o que é o caso.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, passa-se à uma breve análise com as impressões jurídicas respaldadas na lei, na doutrina e nas jurisprudências consolidadas em nossos Tribunais.

5.2 SOBRE A SISTEMÁTICA DO RECOLHIMENTO DO PIS NO SISTEMA “S”: SESI E SENAI

As contribuições para o Programa de Integração Social – PIS e para o Programa de Integração Social/ Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP, destinam-se a promover a integração do empregado na vida e no desenvolvimento das empresas e, à formação do patrimônio do servidor público, respectivamente.

O PIS foi concebido originariamente pela Lei Complementar sob o nº 7/70, que, ao lado do PASEP (criado pela LC 08/70), destinam-se ao financiamento da seguridade social. Vale salientar que, tais contribuições, foram unificadas e, a partir de 1º de julho de 1976, passaram a ser denominadas de PIS/PASEP. Sua execução se dá mediante Fundo de Participação, constituído por depósitos mensais efetuados pelas empresas, no caso do PIS, pelo SESI e pelo SENAI, na Caixa Econômica Federal.

Vale dizer contudo que, este ensaio teórico, todavia, será voltado somente ao estudo do PIS, haja vista o SESI e o SENAI, serem pessoas jurídicas de natureza privada, sem fins lucrativos, nos termos do artigo 14, do Código Tributário Nacional – CTN.

5.3 A NATUREZA JURÍDICA DO PIS

A natureza jurídica do PIS é tributária, na forma de Contribuição Especial e na subespécie de Contribuição Social. O Prof. Sacha Calmon Navarro Coêlho (2001, p. 403) atenta para o fato de que no Direito Tributário da Constituição de 1988, as Contribuições Especiais são três, para financiar os deveres do Estado em três áreas: a da Seguridade Social (previdência, saúde e assistência social), a da intervenção no domínio econômico e social (portos, café, cultura etc) e a da manutenção das entidades representativas das categorias econômicas e de seus órgãos de classe (contribuições corporativas OAB etc.)

Assim dispõe a nossa Lei Maior no que compete às Contribuições Especiais, em seu art. 149, parágrafo primeiro:

Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observando o disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195 § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo Primeiro. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União, de sistemas de previdência e assistência social.

Segundo o renomado autor, as únicas Contribuições Especiais que se justificam são as Sociais, que, para o presente caso, são pagas pelos empregadores sobre a folha de pagamentos. Leia-se o que dispõe o artigo 195, inciso I, alínea “a”:

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:

*a) **folha de salários** e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço(...). (G.N.)*

Sobre folha de salários, Henry Tilbery *apud* Melo¹ sustenta que “ é preciso elucidar o verdadeiro sentido do termo ‘folha de salários’, sendo óbvio que a contribuição do empregador sobre a folha de salários somente cabe em relação aos seus empregados. Este assunto será retomado posteriormente. Por enquanto nos basta.

Em razão da natureza dos seus contribuintes, ficou estabelecido que, sobre a folha de salários, assunto alvo do estudo em tela, contribuiriam as instituições sem fins lucrativos, *in casu*, SESI e SENAI, entidades integrantes do Sistema “S”.

Mister faz-se salientar que tais entidades atuam como *longa manus* do Estado, exatamente por que prestam serviços sociais e educacionais à comunidade no lugar daquele. Daí exsurge a pergunta: “ - **Se as entidades do Sistema S, que prestam serviços à comunidade, serviços esses de competência do Poder Público, não mereciam, nos termos do art. 150, inc. VI, alínea “c”², da Constituição Federal, gozar da ampla imunidade tributária?**”

Essa questão é controversa levando-se em conta que a imunidade tributária é uma benesse constitucional prevista apenas para os impostos, e, ainda, sob determinadas condições, e não aos tributos de uma forma geral, o que acabaria por excluir as Contribuições Sociais do gozo da imunidade, já que não são impostos.

¹ MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**. [S.l.]: Malheiro Editores, 2010: p.183

² “(...) é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI- instituir impostos sobre: (...) c) (...) instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.”

Contudo, há quem defenda que as contribuições sociais são uma modalidade de impostos. Octávio Campos Fischer apud Melo³, verificou que o art. 239 da CF/88 e o art. 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) contêm **quatro diferentes impostos**, quais sejam: a) um imposto sobre o faturamento; b) **um imposto sobre a folha de pagamento**; c) um adicional sobre o Imposto de Renda; e d) um imposto sobre a receita bruta operacional.

Seguindo essa linha de raciocínio, se se considerar as contribuições sociais enquanto impostos, especialmente o PIS, estas gozariam de ampla imunidade, nos termos acima esposados.

5.4 DAS SITUAÇÕES HIPOTETICAMENTE DESCRITAS PELA LEI COMO GERADORAS DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

Sabe-se ao certo que, em reverência ao princípio da legalidade, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de lei (CF, art. 150, inc. I).

De acordo com Hugo de Brito Machado⁴:

O que a lei deve prever não é apenas a hipótese de incidência (...). Deve estabelecer tudo quanto seja necessário à existência da relação obrigacional tributária. Deve prever, portanto, a hipótese de incidência e o conseqüente mandamento. A descrição do fato temporal e da correspondente prestação, com todos os seus elementos essenciais, e, ainda, a sanção, para o caso da não prestação.

Em assim sendo, conforme dito outrora, a Lei que instituiu a cobrança do PIS de forma geral foi a LC 07/70. Após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, foram editadas diversas Medidas Provisórias (MP) consolidadas na MP nº 2.158-35/2001 e expedidos inúmeros Atos Normativos versando sobre a cobrança do PIS nas entidades sem fins lucrativos.

A MP nº 2.158-35/2001, em seu art. 13, assim dispõe:

*Art. 13. A contribuição para o PIS/PASEP será determinada com base na **folha de salários, à alíquota de um por cento**, pelas seguintes entidades:*

³ MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**. [S.l.]: Malheiro Editores, 2010: p.244.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 41.

I - templos de qualquer culto;

II - partidos políticos;

III - instituições de educação e de assistência social a que se refere o art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997⁵;

IV - instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, a que se refere o art. 15 da Lei no 9.532, de 1997;

V - sindicatos, federações e confederações;

VI - serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;

VII - conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;

VIII - fundações de direito privado e fundações públicas instituídas ou mantidas pelo Poder Público;

IX - condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e

X - a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB e as Organizações Estaduais de Cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1o da Lei no 5.764, de 16 de dezembro de 1971. G.N.

a) Do Fato Gerador:

A *latere*, a Secretaria da Receita Federal no Brasil editou a Instrução Normativa (IN) sob o nº 247, de 21 de novembro de 2002, alterada pela IN/SRF nº 464, de 21 de outubro de 2004, que dispõe, dentre outros que, a contribuição para o PIS terá como fato gerador a **folha de salários** das entidades a seguir delineadas:

*Art. 9º São contribuintes do PIS (...) incidente sobre a **folha de salários** as seguintes entidades:*

I – templos de qualquer culto;

II – partidos políticos;

III – instituições de educação e de assistência social que preenchem as condições e requisitos do art. 12 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997⁶;

IV – instituições de caráter filantrópico, recreativo, cultural, científico e as associações, que preenchem as condições e requisitos do art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997;

V – sindicatos, federações e confederações;

VI – serviços sociais autônomos, criados ou autorizados por lei;

⁵ Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

⁶ BRASIL. Lei Nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9532.htm>. Acesso em: 24 set. 2012.

VII – *conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas;*

VIII – *fundações de direito privado;*

IX – *condomínios de proprietários de imóveis residenciais ou comerciais; e*

X – *Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) e as Organizações Estaduais de Cooperativas previstas no art. 105 e seu § 1º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971.*

Parágrafo único. As sociedades cooperativas, na hipótese do § 5º do art. 33, também contribuirão para o PIS(...) incidente sobre a folha de salários. (Grifos Nossos).

No caso dos serviços sociais autônomos criados ou autorizados por lei, disposto no inciso VI do art. 9º da norma em epígrafe, tem-se como exemplo o **SESI**. As instituições de educação e de assistência social que prestem os serviços para os quais tenham sido instituídas e os coloquem à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos, em obediência aos ditames da lei nº 9.532/97, em seu art. 12, previsto no inciso III do art. 9º da IN supramencionada, tem-se o **SENAI**, o que se pode afirmar que aplica-se ao caso, a norma em comento.

b) Da Base de Cálculo:

A base de cálculo do PIS - Folha de Salários, de acordo com o art. 51 da IN nº 247/2002, alterada pela IN/SRF nº 464/2004, é o **total da folha de pagamento mensal dos empregados**. Senão perceba-se:

*Art. 51. A base de cálculo do PIS (...) incidente sobre a **folha de salários mensal, das entidades relacionadas no art. 9º⁷**, corresponde à remuneração paga, devida ou creditada a empregados.*

Vale considerar ainda que, não integram a base de cálculo da contribuição:

a) o salário-família;

b) o aviso prévio indenizado;

c) o FGTS pago diretamente ao empregado na rescisão contratual;

d) a indenização por dispensa, desde que dentro dos limites legais.

⁷ Ver alínea “a” do item anterior.

Leia-se o que menciona o Parágrafo Único do art. 51 da mencionada norma:

Parágrafo único. Não integram a base de cálculo o salário família, o aviso prévio indenizado, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pago diretamente ao empregado na rescisão contratual e a indenização por dispensa, desde que dentro dos limites legais.

Na linha dessa orientação fiscal (e em consonância com a interpretação que parece ser adequada para o tema), também **não integra a base de cálculo da contribuição o valor da remuneração paga a trabalhador autônomo** pela prestação de serviços.

c) Da Alíquota:

Na determinação da contribuição PIS -Folha de Salários, aplica-se a alíquota de 1% (um por cento) sobre a base de cálculo definida no item anterior.

Perceba-se o que dispõe o art. 61 da IN 247/2002:

“Art. 61. A alíquota do PIS(...) é de 1% (um por cento), quando aplicável sobre a folha de salários”.

d) Do Prazo para Recolhimento:

Em relação à forma e ao prazo de recolhimento, a r. contribuição deve ser paga até o último dia útil da primeira quinzena do mês seguinte ao mês de ocorrência dos fatos geradores, mediante Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF. Veja-se o que reza o art. 71, inciso I da presente norma (IN 247/2002):

Art. 71. O pagamento das contribuições deverá ser efetuado até o último dia útil da primeira quinzena do mês subsequente (Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001, art. 18):

I – ao de ocorrência do fato gerador, na hipótese do art. 2º⁸; (...)

⁸ Art. 2º As contribuições de que trata esta Instrução Normativa têm como fatos geradores:

I – na hipótese do PIS (...):

b) a folha de salários das entidades relacionadas no art. 9º.

Caso a contribuição não seja recolhida no prazo supra, haverá a incidência de juros e de multa de mora⁹.

Em suma e a título de exemplo: Se, em um dado mês, o valor bruto da folha de pagamento referente a rendimentos do trabalho assalariado de entidades como p. ex., o SESI, for de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a contribuição devida na modalidade PIS – Folha de Salários pela referida entidade será de RS 1.000,00 (hum mil reais).

5.5 DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PROVENIENTES DO PIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 239, CF), estipulou-se que os recursos provenientes da mencionada contribuição serviriam para financiar o programa do seguro-desemprego e o abono salarial, sendo este, consistente no pagamento de um salário mínimo anual aos empregados que recebem até dois salários mínimos de remuneração mensal, desde que seus empregadores contribuam para o PIS (...) (art. 239, §3º, CF). Perceba-se o que menciona o dispositivo constitucional:

Art. 239- A arrecadação decorrente das contribuições para o PIS, criado pela LC 07/70 (...), passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa de seguro-desemprego e o abono de que trata o §3º deste artigo.

5.6 DIFERENÇAS ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

Em linhas gerais, imunidade tributária é a qualidade da situação que não pode ser atingida **pelo imposto** em razão de norma constitucional que, por algum motivo (pessoal ou material), deixou-a fora do campo da autorização da incidência dos tributos. Em outras palavras, a imunidade tributária, segundo Hugo de Brito Machado¹⁰ “é o obstáculo criado por uma

⁹ Art. 103. Ao PIS/Pasep e à Cofins aplicam-se, subsidiariamente e no que couber, as penalidades e demais acréscimos previstos na legislação do imposto de renda.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

norma da Constituição que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas.”

A imunidade, portanto, constitui uma limitação ao poder de tributar, ou seja, a lei tributária está proibida, por disposição da Constituição Federal, de incidir sobre determinados fatos e pessoas.

A isenção tributária é um fenômeno que se refere à exceção legal de exigibilidade do tributo devido, que exclui, mediante lei, parcela da hipótese de incidência, ou suporte fático da norma de tributação.

SOUSA (1975,p.97) define a isenção como:

O favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido. É importante fixar bem as diferenças entre não-incidência e isenção: tratando-se de não-incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação tributária; ao contrário, na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento.

Contudo, pode-se dizer que a isenção possui como objeto a Desconsideração dos fatos geradores que cabem na hipótese de incidência. Para isso, faz-se necessário, primeiramente a criação do tributo, para depois isentá-lo. Vale considerar que somente quem pode criar o tributo é quem pode também isentá-lo. A isenção deve ser concedida mediante lei e somente por lei pode ser outorgada ou extinta.

Não é demais lembrar que as regras que tratam da isenção devem ser interpretadas literalmente, de acordo com o que dispõe o artigo 111, do CTN¹¹. No caso de inexistência da norma de isenção, o tributo deve ser pago.

5.7 SOBRE AS INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988, traz em seus arts. 6º, 205 e 206, as seguintes definições:

¹¹ Art. 111. “Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...); II outorga de isenção (...)”

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

Art. 205- A educação, direito de todos e dever do estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206 – O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I- igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III- pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV- gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V- valorização dos profissionais de ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso de provas e título;

VI- gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII- garantia do padrão de qualidade.

Neste diapasão, pode-se entender a educação como sendo direito de todos e dever do Estado e da família, como apoio fundamental ao desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Mânica¹² chama atenção para o fato de que, mesmo o conceito de educação estando entendido e solidificado como Cláusula Pétrea na Constituição Federal de 1988, bem como ao que determina a lei de Diretrizes e Bases, devendo as instituições de educação, tal como o SENAI, ser merecedora da imunidade tributária, não é esse o entendimento da Secretaria da Receita Federal.

O autor descreve que os artigos 1º e 2º da Instrução Normativa nº 113, de 21 de setembro de 1998, alterada pela IN SRF 133, de 13 de novembro de 1998, dispõem que, só podem gozar da imunidade tributária àquelas instituições de ensino que prestem serviço ao pré-escolar, fundamental, médio e superior. Tal entendimento vai de encontro aos artigos acima esposados da Constituição Federal e a legislação acerca da educação, o que se leva a pressupor que o dispositivo é passível de inconstitucionalidade e ilegalidade.

¹² MÂNICA, Fernando Borges. **Terceiro Setor e Imunidade Tributária**: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

Dando continuidade ao raciocínio, entende-se que o dever do Estado em promover a educação, seja por meio direto ou por órgãos ou instituições descentralizadas, é fundamento para sua própria existência, pois tal dever, quando cumprido, amplia as oportunidades da coletividade manter-se harmônica e produtiva.

Combinando a leitura do art. 6º com os arts. 205 e 206 da CF, pode-se concluir que a promoção e incentivo da educação devem estar enraizados nos objetivos do Estado.

Com a devida vênia, o legislador constituinte quis destacar a relevância social da educação, e quando ministrada sem fim lucrativo e direcionada aos que dela necessitam, enquadra-se como serviço de assistência social, conforme se infere da leitura sistemática da Constituição Federal.

Analisando sob esta ótica, conclui-se que as instituições educacionais sem fins lucrativos acabam por tornar-se um prolongamento do Estado, pois auxilia no cumprimento do dever de promover e desenvolver comunidades por meio da educação, merecedoras, no entanto, também de imunidade tributária.

5.8 DAS INSTITUIÇÕES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

Pode-se dizer que a assistência social é a atividade desenvolvida por profissionais que atuam junto aos indivíduos ou a grupos sociais com a perspectiva de mudança social, no sentido de melhoria da qualidade de vida, bem como auxiliando e promovendo para a construção da cidadania de cada pessoa.

O Texto Constitucional traz em seu título VIII, onde trata “Da Ordem Social”, o conceito de Assistência Social como componente da Seguridade Social, ao lado da Saúde e da Previdência Social. Veja-se:

Art. 194 – A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

O conceito de assistência social, também alvo do estudo em tela, apartado da saúde e da previdência, pode ser vislumbrado no artigo 203 da CF/98, na seção intitulada “Da Assistência Social”:

Art. 203- A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II- o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III- a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV- a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Portanto, cabe salientar aqui a importância da imunidade tributária das Instituições de Assistência Social, tal qual o SESI, já que os serviços prestados pelas entidades ao lado dos profissionais e da sociedade civil, suplementam os serviços que, em tese, deveriam ser cumpridos pelo Estado. Sabe-se ao certo, que tais serviços, na maioria das vezes, não são realizados com total eficiência, como outorga a Constituição, não por displicência ou desinteresse, mas por falta de recursos.

Contudo, imunizando a carga de impostos destas entidades, de certa forma, é estimulada a criação e manutenção de instituições, cujos fins guarnecem e emparelham com os deveres do próprio Estado.

Pode-se perceber ainda que, o legislador constituinte afastou qualquer espécie de incidência por imposto, assegurando a imunidade das instituições de assistência social, quando acostou o art. 150 da Carta Maior:

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

(...)

*VI- instituir **impostos** sobre:*

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços (...), das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.(...) G.N.

As regras que norteiam a imunidade dessas entidades estão previstas no art. 14 do CTN, *in examen*:

Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso IV do art. 9, é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I- não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio o de rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

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

III- manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

§1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do art. 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

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

Eis, no entanto, os requisitos legais para que as entidades de educação e assistência social, tais como o SENAI e o Sesi, respectivamente, sejam beneficiadas pela imunidade tributária.

Todavia, há de se destacar mais uma vez, que a imunidade garantida às instituições que se amoldam aos requisitos da lei são somente com relação aos **impostos**.

Restou-se demonstrado em linhas anteriores que **o PIS é uma espécie de tributo**, denominado em sua essência de Contribuição Especial, sob a forma de Contribuição Social.

Em se tratando de tributos de outra natureza, *i.e.*, que não são impostos, a imunidade tributária prevista em nossa Carta Magna, em tese, não se aplica. No item seguinte esta questão será melhor trabalhada.

No entanto a isenção poderá ser aplicada, desde que seja instituída uma lei que se refira à exceção legal de exigibilidade do tributo devido.

5.9 DA POSIÇÃO INÉDITA DE NOSSOS TRIBUNAIS SUPERIORES

O Tribunal Regional da 1ª Região, em isolada decisão proferida no ano de 2009, “isentou” uma entidade baiana, integrante do “Sistema S”, que incluía o Sesi e o SENAI, ao referido recolhimento, incidente sobre a folha de salários.

De acordo com o disposto no art. 195, §7º, da Constituição Federal, são **isentas** de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei.

Convém salientar que, no julgamento do RMS 22.192/DF, com relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/1996, ficou estabelecido que a cláusula acima aposta, da Constituição Federal, *não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. **A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, §7º da Constituição da República, 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.*

Portanto, apesar de no texto constitucional estar escrito “isenção”, estamos diante de “imunidade”, consoante julgamento acima declinado.

Nestes termos, esta UJ entende que o SESI, enquanto entidade sem fins lucrativos de assistência social, se amolda ao benefício constitucional da imunidade tributária sobre o PIS, nos termos delineados pelo próprio STF, assim como do art. 195, § 7º, da CF, mormente porque atende aos requisitos dispostos no art. 14, do CTN, no qual repete-se à exaustão: *i) não distribui qualquer parcela de seu patrimônio ou de sua renda, a qualquer título; ii) aplica integralmente no País seus recursos, na manutenção dos seus objetivos institucionais; iii) mantém escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.*

Com relação ao SENAI, vislumbra-se a isenção e não imunidade, consoante decisum lançado em julgamento do Agravo de Instrumento sob o nº 2009.01.00.053795/DF, cuja relatoria pertenceu à Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, no qual deu provimento ao presente recurso determinando a suspensão da exigibilidade da cobrança da contribuição do PIS em desfavor do agravante, ao reconhecer, dentre outros que:

*(...) **a isenção estendida ao Sistema “S” é expressamente prevista na Lei 2.613/1955: 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).***(...)

Portanto, conclui-se com a leitura da decisão acima mencionada que, o SENAI goza de ampla isenção fiscal, incluindo-se o PIS, exatamente porque existe previsão legal para tanto.

5.10 ARRECADAÇÃO DO PIS NO SESI E NO SENAI NOS ÚLTIMOS 5 (CINCO) ANOS

Respeitados os prazos para a Fazenda constituir (decadencial) e cobrar (prescricional) o crédito tributário, que é de 05 (cinco) anos (arts. 173 e 174, CTN), apurou-se junto à Controladoria Corporativa do SESI e do SENAI, *ad exemplum*, os seguintes valores referentes à apuração do PIS nos anos e nas competências que abaixo se seguem:

Tabela 1 – Arrecadação do PIS no SESI e no SENAI

	Competências	Valores (R\$)	Total (R\$)
SENAI	01-12/2007 A 01-12/2011	677701,72	
SESI	01-12/2007 A 01-12/2011	789420,79	
			1467122,51

- **Total apurado: R\$ 1.467.122,51 (hum milhão, quatrocentos e sessenta e sete mil, cento e vinte e dois reais e cinquenta e um centavos).**

5.11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, esta UJ vislumbra a possibilidade de êxito da demanda uma vez que as referidas entidades se amoldam à legislação concessiva da imunidade, para o caso do SESI, e da isenção, para o caso do SENAI, podendo reaver, mediante tutela jurisdicional, os valores pagos a título de contribuição para o PIS dos últimos 5 (cinco) anos.

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



**6 – CONSIDERAÇÕES SOBRE A ALIENAÇÃO
IMOBILIÁRIA DIRETA ENTRE AS ENTIDADES SESI
E SENAI: TRANSFERÊNCIA PATRIMONIAL ENTRE
SESI E SENAI. VEDAÇÃO LEGAL PARA ALIENAÇÃO
IMOBILIÁRIA DIRETA. VISÃO SISTÊMICA.
CONSIDERAÇÕES E ARGUMENTOS QUE PODERIAM
AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DO REGULAMENTO
DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SISTEMA “S”.**

**DANIEL HORÁCIO DE ARAÚJO(RELATOR)
ANDRÉ LUIZ DE CARVALHO CORDEIRO
LEANDRO G. GUBERT**

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SANTA CATARINA

PROBLEMA

O **SESI** e **SENAI**, pertencem ao Sistema Indústria como Entidades integrantes do **Sistema CNI – Confederação Nacional da Indústria**, sendo que o seu patrimônio físico, mais propriamente os seus bens imobiliários, ficam registrados em nome do **Departamento Nacional** da respectiva Entidade ou em caso de extinção destes, o seu patrimônio igualmente se reverterá para a CNI (art. 17, § 3º do Regulamento do SESI). Nesse sentido, sempre que há a necessidade ou interesse na alienação de um bem imóvel, faz-se necessária a autorização da baixa, primeiro pelos respectivos Conselhos Regionais e posteriormente, pelo Conselho Nacional da respectiva Entidade.

Em todo o Brasil, SESI e SENAI para o desenvolvimento de suas atividades finalísticas por interesses comuns e pela política de integração em âmbito regional, compartilham imóveis que em muito dos casos, pertencem somente a uma dessas Entidades e, a sua utilização pela não proprietária, seja parcial ou integral, se dá através de Contratos de Cessão de Uso, Contrato de Comodato, Contrato de Locação ou até mesmo de modo tácito e informal.

Não obstante a forma do instrumento legal da ocupação, é fato que também em muitos casos a Entidade que não é a proprietária do imóvel utilizado acaba promovendo reformas, benfeitorias, ampliações e investimentos fixos e semi fixos no imóvel ocupado e não é raro ocorrer, que passado algum tempo, a Entidade proprietária não mais possui interesse na manutenção daquele bem e, por outro lado, a outra, por todos os investimentos já efetuados e por estar bem instalada, por conveniência e oportunidade, deseja adquirir o referido bem.

Ocorre que o **Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e SENAI** (Sistema “S”) não contempla a possibilidade da venda direta de uma Entidade para a outra, mesmo que dentro do mesmo Sistema e ainda que observada a avaliação oficial e a conveniência de ambas as Entidades no negócio. Portanto, ao promover um certame licitatório para a venda daquele imóvel, poderá a Entidade interessada na aquisição, ver-se alijada por proposta de terceiro, acarretando, na prática, um prejuízo, se não financeiro, mas também de cunho administrativo e operacional à entidade que será desalojada e por consequência, um prejuízo aos destinatários dos serviços prestados e ao próprio Sistema CNI.

6.1 DA LEGISLAÇÃO ATUAL QUE VEDA A ALIENAÇÃO DIRETA

Como é cediço, as entidades SESI e SENAI são entidades de direito privado, sem fins lucrativos, sendo a primeira, de assistência social e a segunda, de aprendizagem industrial, que foram criadas pela Confederação Nacional da Indústria e em face do regime jurídico a que se submetem, segundo o entendimento atual de alguns doutrinadores e dos órgãos de controle, é de que inobstante serem entidades privadas, integrantes do conhecido Sistema Indústria e Sistema “S”, vinculadas ao sistema sindical, sendo que, devido a natureza ímpar e singular de suas atividades, pois exercem atividades típicas de entes públicos, são privadas em sua concepção, e foram dotadas de privilégios tributários, para que possam bem desempenhar suas importantes funções para a nação - *interesse público – e por gerirem recursos públicos (ainda que privados mas que passam pelos mecanismos de arrecadação da administração pública)*, sujeitam-se aos princípios e as normas gerais que disciplinam quanto ao uso de verba pública, motivo pelo qual, devem realizar, em regra, nos termos dos seus Regulamentos de Licitações e Contratos, prévio procedimento licitatório para formalizar as contratações de bens e serviços que necessitem, assim como, para as alienações de seus bens móveis e imóveis, recebendo em troca dessa atuação, a imunidade tributária, fundamentada pelos artigos 5º do Decreto lei nº 9.403 de 25/06/1946, artigos 11, 12 e 13 da Lei nº 2.613/1955 e art. 150, inciso VI, letra “c” , combinado com o § 7º do art. 195 da Constituição Federal.

Tal dispositivo legal que obriga estas Entidades a licitar encontra respaldo no 1º artigo do Regulamento de Licitações e Contratos – comuns a estas e as demais entidades integrantes do Sistema “S”.

Por certo, estes mesmos normativos afastam a licitação nas situações que excepcionalmente permitem a dispensa ou a inexigibilidade, respectivamente, artigos. 9º e 10º daquele regulamento, hipóteses essas que devem ser vistas como exceções, sob pena de afronta aos princípios que regem o procedimento licitatório.

No mesmo sentido, ao pretenderem alienar e/ou adquirir bens e serviços devem, as entidades SESI e SENAI, em primeiro lugar, justificar a necessidade da referida alienação/aquisição, bem como definir o objeto e o seu custo, para em seguida, solicitar autorização à autoridade competente, nos moldes das previsões constantes em seus normativos, e, então, definir o procedimento a ser adotado para viabilizar sua pretensão: certame licitatório ou contratação direta.

Portanto, devem estas Entidades por ocasião do ato que antecede a contratação analisar, preponderantemente, se o caso concreto enquadra-se em alguma das hipóteses de dispensa de licitação relacionadas no art. 9º de seu Regulamento ou se configura caso de inexigibilidade de licitação, diante de comprovada inviabilidade de competição, já que o rol contido no art. 10 é apenas exemplificativo, não esgotando, portanto, as situações que podem conduzir à inexigibilidade.

Em síntese, temos que, dentre as hipóteses de dispensa de licitação cabe o exame dos requisitos exigidos para a caracterização das situações contidas nos incisos II, c/c III do art. 6º; VI; ou nas hipóteses previstas nos art. 9º :

Art. 6º. São limites para as dispensas e para as modalidades de licitação:

...

III - para as alienações de bens, sempre precedidas de avaliação:

a) DISPENSA - até R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais);

b) LEILÃO OU CONCORRÊNCIA, dispensável nesta a fase de habilitação - acima de R\$ R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais).

...

Art. 9º. A licitação poderá ser dispensada:

...

II) nas alienações de bens até o valor previsto no inciso III, alínea “a” do art. 6º;

...

VI - na aquisição, locação ou arrendamento de imóveis, sempre precedida de avaliação;

A letra “a” do inciso III do art. 6º, refere-se a dispensa de licitação pelo valor e permite apenas que a alienação de bens ocorra quando o custo total do bem, não ultrapassar R\$ 44.000,00, sendo que acima desse valor, deve-se realizar licitação na modalidade leilão ou concorrência, como determina a alínea “b” do inciso III do art. 6º.

Todavia, mesmo que a situação se enquadre no preceito em tela, não ficam as entidades, em vistas dos princípios que lhes são aplicáveis, desobrigadas de toda e qualquer formalidade, não possuindo, igualmente, total liberdade para escolher o adquirente.

Assim é que devem justificar a escolha da pessoa ou entidade que será a adquirente dos bens, motivando tal ato no processo interno. Somente diante de justificativa que demonstre os proveitos dessa situação para a entidade é que estará a operação de alienação regular a luz do citado Regulamento.

Nota-se, outrossim, que o inciso VI do dispositivo, que cuida da aquisição, locação ou arrendamento de imóvel, não traz nenhum requisito para a configuração da dispensa de licitação nele referida, apenas mencionando a necessidade de prévia avaliação, dando a entender, assim, que toda e qualquer aquisição de imóvel possa nele ser fundamentada e ser, consequentemente, efetuada de forma direta.

Dessa forma, há de se ter em mente que não é qualquer situação que ensejará a aquisição de um imóvel com dispensa de licitação fundamentada no preceito reproduzido, pois, apesar de o mesmo nada exigir, tem-se que a dispensa só será crível quando a localização do imóvel for condicionante para a sua escolha; o imóvel se destinar ao atendimento de finalidade precípua da entidade; e o preço, resultante de devida avaliação, for equivalente aos praticados no mercado, consoante exige hipótese similar constante no inciso X do art. 24 da Lei nº 8.666/931, que traça norma gerais sobre licitações e é aplicada de forma subsidiária às entidades do Sistema “S”, como já decidiu o Tribunal de Contas da União.

A respeito do assunto, Marçal Justen Filho, esclarece a questão, aduzindo:

As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração não tem outra escolha. Quando a Administração necessita de imóvel para destinação peculiar ou com localização determinada, não se torna possível a competição entre particulares. Ou a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição.

(...)

Há hipóteses em que dois (ou mais) imóveis atendem aos reclamos da Administração. Ainda que os imóveis sejam infungíveis entre si, surgirão como intercambiáveis tendo em vista a necessidade e o interesse da Administração Pública. Qualquer dos imóveis satisfará a exigência que justifica a aquisição pela Administração. Nesses supostos, a questão muda de figura e a licitação se impõe. Estarão presentes os pressupostos da competição”. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 250).

No mesmo sentido entende Julieta Mende Lopes Vareschini, que ao comentar o referido inciso VI do art. 9º registra:

A hipótese contemplada no inciso VI do art. 9º deve ser interpretada com cautela. A dispensa de licitação só se justifica se a localização ou as características do imóvel forem imprescindíveis para o atendimento da necessidade almejada, não sendo possível a contratação de outro imóvel. (VARESCHINI, 2011, p. 108-109).

A exigência de que o Estatuto das Licitações e Contratos seja observado por entidades do Sistema 'S' pode ser justificada em duas hipóteses: ausência de regra específica no Regulamento próprio das entidades ou dispositivo, do mesmo regulamento, que contrarie os princípios gerais da Administração Pública e os específicos relativos às licitações e os que norteiam a execução da despesa pública. (TCU - Acórdão 3454/07 - Primeira Câmara.)

Ainda em relação as previsões de modalidades de licitação, preceitua Julieta Mende Lopes Vareschini:

A ausência de licitação decorre, portanto, da impossibilidade de o interesse público ser satisfeito com outro imóvel. Assim, a entidade deverá justificar no processo porque somente aquele determinado imóvel atende às suas necessidades, afastando a licitação por total inviabilidade de competição.

Com efeito, se não há outro com as especificações exigidas, não há razão para instaurar o certame que, conforme já destacado, pressupõe a existência de competitividade.

A situação equivale, portanto, à hipótese descrita no inciso X do artigo 24 da Lei 8.666/93, que disciplina a dispensa de licitação para “a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.” (VARESCHINI, 2011, p. 108-109).

Por analogia citamos o entendimento do Tribunal de Contas da União, a respeito da escolha de imóveis, como se vê:

A alegada localização privilegiada do imóvel, para funcionamento da Central de Suporte Odontológico, não afasta a necessidade dos procedimentos relativos a licitação, pesquisa de preços e publicação, para que a locação entre as partes possa se inserir nos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, ainda, economicidade. Na verdade, a Cidade Industrial de Contagem, local em que está situado o imóvel em questão, possui inúmeros outros imóveis em que as atividades almejadas pelas partes poderiam se

desenvolver. Vale lembrar que o próprio Sistema FIEMG, que inclui o SESI e o SENAI, possui diversos imóveis na região industrial da cidade de Contagem. (BRASIL, 2002).

Como pode ser constatada, a dificuldade não está na possibilidade da aquisição por uma das Entidades, mas sim, na alienação pela proprietária do imóvel, posto que como visto acima, a aquisição pelo SESI de um imóvel do SENAI, ou vice e versa, será possível diante de certos pré requisitos, com fundamento no inciso VI do art. 9º do Regulamentos, se a localização do imóvel for condicionante para a sua escolha; o imóvel se destinar ao atendimento de finalidade precípua da entidade; e o preço, resultante de devida avaliação, for equivalente aos praticados no mercado, fatos estes que devem ser devidamente evidenciados e justificados no processo a fim de motivar o ato.

Em verdade essa hipótese de dispensa de licitação se assemelha à inexigibilidade de licitação em virtude de inexistência de competição (*caput* do art. 10 do Regulamento), já que exige um único imóvel em condições de atender satisfatoriamente a finalidade precípua da entidade.

Evidente, ademais, que o objeto da contratação também deve destinar-se ao atendimento de atividade finalística da contratante, sob pena de desvio de finalidade. Importa salientar, ademais, que por atividade finalística entende-se o objetivo primário da criação da entidade, que no caso do SENAI e do SESI é, em linhas gerais, a defesa dos interesses coletivos dos agentes da indústria. (VARESCHINI, 2011, p. 115-116).

Releva consignar que, pertencendo as entidades (SESI/ SENAI) ao Sistema Indústria e tendo ambas seus bens imóveis registrados em nome do Departamento Nacional da Indústria, o qual, inclusive, tem a competência através de seu Conselho autorizar a alienação desses, não se vê razão na pretensão (aquisição pelo SESI de imóvel do SENAI e vice e versa).

Enfim, tem-se que, se necessária e justificada a aquisição/alienação de bens pelas entidades cabível, a rigor, prévia licitação, ressalva sendo feita somente se o caso concreto se enquadrar em alguma das hipóteses que afastam a licitação (dispensa ou inexigibilidade), o que não se vislumbra, em princípio quando se consulta os referidos órgãos.

É certo que o parágrafo único do art.1.255 do Código Civil, prevê que uma das condições de aquisição de bem imóvel, seria aquela em que o usuário possuidor, ocupante de boa fé, tiver investido (construído) no mesmo e essa construção exceder consideravelmente o valor do terreno, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo.

Portanto, nesse caso, hipoteticamente, teríamos que ter a avaliação do terreno e a avaliação das edificações nele promovidas e verificar, mediante laudo técnico pericial, se os investimentos efetuados naquele imóvel ultrapassariam “consideravelmente” o valor do terreno, e se positivo, poderia então aquele possuidor de boa fé, adquiri-lo, seja mediante acordo, seja mediante sentença judicial.

Mas ainda assim, tal possibilidade de venda direta, ainda que legal, mesmo que pudesse evitar o confronto com os dispostos do Regulamento de Licitações e Contratos, continuaria restrita ao cumprimento dessa regra entabulada pelo Código Civil e inviabilizaria as situações que assim não se configurassem.

Nesse sentido, temos que nos dispositivos assentados no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”, inexistente a possibilidade da alienação direta de bem imóvel entre as entidades SESI e SENAI, se o valor da operação ultrapassar o valor de dispensa prevista na letra “a”, inciso III do seu art. 6º daquele instrumento.

6.2 CONSIDERAÇÕES QUE PODEM PERMITIR A MODIFICAÇÃO DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

6.2.1 Da natureza das entidades SESI e SENAI

Temos que por criação e definição, o SESI, criado pela CNI – Confederação Nacional da Indústria, é uma entidade de direito privado, nos termos da lei civil, com a finalidade de prestar assistência social aos trabalhadores da indústria e de atividades assemelhadas, em todo o País, conforme inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas de 07 de agosto de 1946, tendo o seu Regulamento aprovado pelo Decreto nº 57.375 de 02/12/1965 e o SENAI, criado pelo Decreto-lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942, com a finalidade de organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para os industriários, e também organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria, sendo entidades coirmãs por nascimento, pertencentes ao mesmo Sistema Indústria e em ambas, está previsto que no caso de dissolução, o seu patrimônio reverterá à CNI – Confederação Nacional da Indústria, a qual, estão vinculados o respectivo Departamento Nacional.

Como já dito, ambas as entidades possuem uma natureza peculiar e pertencem ao Sistema Indústria, portanto, são entes sistêmicos e harmônicos, de atuação integrada e com características comuns, ou seja, os conselhos departamentos e seus regulamentos são muito parecidos, o presidente da CNI é também o presidente dos Conselhos Nacional do SESI e do SENAI e o diretor de seus Departamentos; nos Estados, o Presidente da Federação das Indústrias é o Presidente dos Conselhos Regionais de ambas as Entidades e ao mesmo tempo o Diretor Regional do SESI e estes são estimuladas a fazer convênios e contratos entre si, mas também com o IEL, com o Centro das indústrias e a própria Federação das Indústrias, portanto, as suas atuações e o seus controles são finalístico.

6.2.2 Do Regulamento de Licitações e Contratos

SESI e SENAI estão sujeitos aos princípios gerais do art. 137 da Constituição Federal, assim como outras entidades que arrecadam recursos equiparados a recursos públicos, mas não estão sujeitos aos estritos procedimentos da Lei nº 8.666/93 (*Licitações e Contratos da Administração Pública*), exatamente, por serem entes privados e não pertencerem a administração pública, tendo estes, juntamente com os demais entes do Sistema “S”, constituído o seu próprio regulamento, aprovado em 01/09/1998 ou seja, se auto regulam por terem reconhecidas a atipicidade e a relevante função social, muito embora sejam auditados por CGU e pelo TCU.

Importante ressaltar, que conforme o voto do Sr. Ministro Relator do TCU, Min. Lincoln Magalhães da Rocha, ficou assentado que :” **cabe aos próprios órgãos do Sistema “S” aprovar os regulamentos internos de suas entidades**”.

Como é de pleno conhecimento, temos que por seus regulamentos os Departamentos Regionais de ambas as entidades ao adquirirem um bem imóvel, comunicam ao respectivo Departamento Nacional e por disposição de seu Regulamento, no caso do SESI, dado na letra “n” do art. 24, e letra “e” do art. 19 no do SENAI, tem estes a competência para “ *autorizar a alienação e o gravame de bens móveis e imóveis pertencentes a entidade* “, quando dos pedidos de baixa, para alienação, venda, permuta, gravame, etc, respeitados a competência dos Departamentos Regionais nos limites de suas competências (Resolução nº 01/82).

Contudo, o Regulamento de Licitações e Contratos, que é uma auto regulamentação dessas entidades, sob a ótica da natureza sistêmica das entidades SESI e SENAI, de um controle forçosamente sistêmico de suas finalidades e uma interpretação sistêmica de sua integração, deixou uma lacuna ao não prever a possibilidade da alienação direta de uma entidade a outra

pertencente ao mesmo sistema, criando então a dúvida por não trazer em seu bojo a permissividade expressa.

Numa rápida análise em relação ao Regulamento de Licitações e Contratos de SESI e SENAI, cuja interpretação somente poderia partir de uma visão sistêmica, verifica-se que há um contra-senso lógico no dispositivo de vedação da venda direta ou melhor, na ausência explícita desta, posto que, muito embora não haja um permissivo legal para a venda de imóveis entre Entidades do mesmo sistema, por outro lado, temos que o inciso V do art.10, permite que possa haver a transferência do bem através de doação, o mesmo prevalecendo para o caso do inciso IV, que o permite na permuta ou dação em pagamento, observada a avaliação atualizada.

Ora, se a entidade alienante pode doar, pode permutar ou dar em dação em pagamento os seus bens imóveis, ainda que para os dois últimos casos, mediante a avaliação atualizada, por óbvio e sem qualquer prejuízo para a mesma, poderia promover a venda direta, também mediante avaliação prévia e parecer técnico que justificasse aquela modalidade de licitação.

Com o advento da política de integração das entidades promovida pela CNI, com o compartilhamento de atividades meio e a unificação de atividades fim como forma de diminuir e racionalizar despesas e ao mesmo tempo, dar celeridade e qualidade na prestação dos serviços do Sistema Indústria e, até mesmo muito antes desse procedimento ser colocado em prática, vinha sendo comum em alguns Departamentos Regionais que estas Entidades já estivessem compartilhando espaços físicos em imóveis cuja propriedade pertenciam a somente uma delas.

Então, temos que inobstante a propriedade pertencer a uma delas, esse fator não impediu que ao longo dos anos houvessem sido promovidas benfeitorias, acréscimos, manutenções preventivas ou corretivas por parte da outra – não proprietária - sem qualquer garantia de ressarcimento, originando, entretanto uma espécie de “crédito”, equiparado a um direito real sobre aquelas despesas promovidas naquele bem imóvel, medidas as quais podem até ter aumentado significativamente o valor final do referido bem, passível de ser pleiteado judicialmente como ressarcimento ou “embargos de retenção” numa eventual venda já que foram promovidos de boa fé e com a autorização da entidade proprietária.

Por óbvio, a compra e venda de bem imóvel não é atividade finalística e nem compatível a nenhuma das Entidades do Sistema “S” que pudesse justificar o enquadramento da dispensa de licitação, ainda que sejam entidades sem fins lucrativos e que possam integrar o mesmo sistema indústria, como é o caso de SESI e SENAI, tal qual acontece na contratação de serviços, nos termos do permissivo inciso IX do art. 9º do citado Regulamento.

Entretanto, por outro lado, também é inegável, que a instalação de uma das Entidades num local que se mostre apto ao desenvolvimento pleno e eficaz de suas atividades finalísticas, seja pelo lapso temporal de pleno funcionamento, seja pela qualidade das instalações, pela facilidade da localização que permite um rápido acesso ao seu público alvo, seja pelos investimentos já efetuados no imóvel ocupado, seja pelas despesas que terá que desembolsar para uma nova instalação física, por certo são fatores suficientes a permitir a alienação direta àquela entidade já ocupante.

Na realidade, inexistente no Regulamento de Licitações e Contratos uma vedação explícita, mas tão somente, lista-se as formas de alienação dos bens e, em não conteúdo um permissivo positivo para essa venda direta entre entidades do mesmo sistema (com *in caso* SESI e SENAI), passou então a prevalecer o entendimento dos órgãos de controle, sejam internos ou externos, que há impedimento legal desse modo de alienação, quando na verdade, deveria ser o contrário, ainda que num exercício forçoso, posto que, se o legislador originário não vedou expressamente, por certo estaria permitido diante dessas circunstâncias operacionais que não foram previstas ainda em 1997 e principalmente, pela visão sistêmica que foi dada a atuação dessas entidades.

Ora, indaga-se, o que pode ser mais prejudicial na prática ao resguardo do patrimônio dessas Entidades, poder vender diretamente o imóvel, pelo preço oficial de uma avaliação, efetuada por empresa especializada e homologada pela Caixa Econômica Federal, para outra Entidade coirmã e que manterá o atendimento aos trabalhadores da indústria conforme a sua finalidade institucional ou doar o bem a “qualquer” donatário, já que o regulamento não condiciona a qualidade deste, ainda que diante de uma justificativa plausível a luz dos interesses e análise autorizativa do Departamento Regional e do Departamento Nacional da respectiva Entidade doadora.

6.3 CONCLUSÕES

Feitas essas considerações, objetivamente temos :

6.3.1 Vedações existentes para a alienação direta do bem imóvel

I – Pela legislação atual estribada no Regulamento de Licitações e Contratos, tem-se que a alienação de bens pelas entidades integrantes do Sistema “S”, ainda que pertencentes ao mes-

mo Sistema Indústria, a rigor, só é possível mediante a prévia licitação, ressalva esta, sendo feita somente se no caso concreto, este se enquadrar em alguma das hipóteses que afastam a licitação (dispensa ou inexigibilidade).

II - A hipótese de dispensa de licitação tratada no inciso II do art. 9º, c/c;

III do art. 6º, permite apenas que a alienação de bens ocorra quando o custo total da despesa, aí considerados todos os objetos de mesma natureza que possam ser alienados de uma só vez no exercício orçamentário, não ultrapassar R\$ 44.000,00. Mesmo nesta situação deve-se justificar a escolha da pessoa ou entidade que comprará os bens, motivando tal ato no processo interno, para regularidade do procedimento.

III – A luz do art. 1.255 do Código Civil, tem-se que a outra condição de aquisição direta de bem imóvel, de uma entidade pela outra, seria aquela em que o usuário possuidor, ocupante de boa fé, tiver nele investido valor em benfeitorias que possa exceder consideravelmente o valor do próprio terreno onde está edificado o imóvel objeto da pretendida aquisição, seja através de acordo entre as partes, seja através de decisão judicial.

6.3.2 Considerações que fundamentam a necessidade da alteração do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”

Considerando que:

- a política atual de integração das atividades meio das Entidades SESI e SENAI nos Departamentos Regionais, a visão sistêmica e operacional incentiva na prática a utilização de imóveis compartilhados;
- o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S” é fruto de uma construção de auto regulamentação das próprias entidades desse sistema, tendo sofrido já inúmeras atualizações e nesse sentido, carece de nova alteração a fim de adaptar-se a atual realidade do Sistema Indústria, possibilitando a alienação na forma direta por dispensa, quando a fundamentação da venda estiver suficientemente demonstrada;
- a indústria se integra num sistema e como um sistema tem que ser harmônico, o Regulamento não precisa dizer que não pode haver alienação direta de uma entidade para a outra, posto que numa interpretação sistêmica tal ato teria que ser permitido naturalmente, entendendo-se que a vedação existente é direcionada a terceiros estranhos a este sistema;

- inobstante o enquadramento da modalidade que se dará a alienação, a operação deverá estar sempre condicionada ao pagamento total no valor da avaliação oficial elaborada por empresa credenciada pela Caixa Econômica Federal, resultante de devida avaliação, sendo equivalente aos preços praticados no mercado de modo a motivar o ato da autoridade.
- nos termos do art. 11 do citado Regulamento, os casos de dispensa e de inexigibilidade atualmente nele configurados, vinculam e responsabilizam formalmente a autoridade administrativa da entidade, pois está ter que ratificar as justificativas da alienação direta, inclusive em relação ao preço praticado, portanto, a pretendida alienação direta não afastaria a responsabilização cível e até criminal também nessa modalidade de alienação;
- não haveria prejuízos aos Departamentos Nacionais, já que o valor da venda de uma entidade a outra pertencente ao mesmo sistema, no caso *in tela*, ao Sistema Indústria e, considerando que tais valores seriam obrigatoriamente reutilizados nas atividades da entidade alienante ou na aquisição de outro bem imóvel, conseqüentemente, sem quaisquer prejuízos patrimoniais ou financeiros à CNI;
- quando o imóvel já é compartilhado entre as entidades os benefícios práticos para a entidade adquirente em relação aos investimentos já efetuados por esta naquele bem, são muitos superiores, aos de uma nova aquisição, construção, mudanças, etc;
- a Entidade alienante não estaria sujeita a possíveis pedidos de ressarcimento ou embargos de retenção em face das melhorias e benfeitorias edificadas pela entidade não proprietária, caso a venda fosse efetuada para aquela ocupante;
- se a localização do imóvel for um dos fatores condicionantes para a continuidade das atividades da entidade adquirente e sua escolha estiver plenamente justificada;
- se restar comprovado que o imóvel se destina e continuará destinado ao atendimento de finalidade precípua da entidade adquirente e que, por outro lado, já não há mais interesse da entidade alienante em fazer uso daquele bem;
- a melhor das interpretações é a sistêmica com a interação das entidades e, se a regra jurídica é de que o acessório segue o principal, então seria justo e legal admitir-se para essa plena integração a possibilidade da alienação direta por dispensa de licitação.

6.4 CONCLUSÃO

Isto posto, em apertada síntese, tem como objeto o presente trabalho, trazer elementos de cunho legal e prático que possam permitir um estudo visando a inclusão de novo dispositivo no Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema “S”, passando este a conter expressamente, a possibilidade da alienação de bem imóvel por entidade do mesmo sistema indústria, no caso, SESI e SENAI, desde que, fique circunstanciadamente justificada a aquisição pelo preço oficial de mercado e a utilização daquele bem nas atividades finalísticas e estatutárias da entidade adquirente, sem prejuízo de estender essa prerrogativa a todas as entidades integrantes do Sistema Indústria e do Sistema “S”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Decisão 1384/2002: auditoria SESI/MG**. Brasília, 2002. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha.

GRAÇA, Wagner Freire de Castro. **Jurisprudência do Tribunal de Contas da União e as licitações e contratos no sistema “S”**. Curitiba: JML, 2011. 791 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

MARÇAL, Justen Filho. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012. 15. ed. 991 p.

REGULAMENTO do Serviço Social da Indústria: SESI: atualizado pelo decreto nº 6.637, de 5 de novembro de 2008. Brasília: SESI/DN, 2008. 49 f.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. DEPARTAMENTO NACIONAL. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial SENAI**. Brasília: SENAI/DN, 2009. 43 p.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. DEPARTAMENTO NACIONAL. **Regulamento de licitações e contratos do SESI**: com modificações da resolução nº 01/2011. Brasília: SESI/DN, 2011. 67 p.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e contratos no sistema “S”**. Curitiba: JML, 2011. 461 p.

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



**7 – A RESPONSABILIDADE CIVIL POR
ACIDENTE DE TRABALHO NO ÂMBITO
DA INDÚSTRIA E SEUS REFLEXOS**

DIOGO DE SOUZA E MELLO

DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

7.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o importante tema dos Acidentes de Trabalho, especificamente dentro do setor industrial, analisando o acervo legal sobre a matéria, bem como, demonstrará que a prevenção e o conhecimento das consequências da responsabilidade civil dentro deste tema, ainda mais nos dias de hoje, são uma questão de estratégia empresarial.

Como é sabido, as repercussões nos casos de acidente de trabalho em geral são traumáticas seja para o trabalhador, sua família, para as empresas, e até mesmo para a sociedade. Para diagnosticar o cenário atual que envolve os acidentes de trabalho na indústria, enfrentaremos questões de Direito Constitucional; Trabalhista e Civil, bem como, faremos uma análise sobre os fundamentos da responsabilidade objetiva e subjetiva, da seguinte forma:

- a) A Importância do tema.
- b) O Enquadramento legal: CRFB Art. 7º XXVIII e a Lei nº 8.213/91 e Leis acidentárias.
- c) Conceito e espécies de acidente do trabalho.
- d) Responsabilidade civil por acidente de trabalho.

O presente trabalho elucidará de forma precisa que a prevenção contra os acidentes de trabalho não se resume ao cumprimento de leis, sendo hoje uma questão pontual na visão de estratégia dos negócios e um imprescindível pressuposto de existência e sucesso empresarial, ratificando a importância da prevenção e do conhecimento na responsabilidade empresarial.

Uma lição que toda empresa, seja qual for o ramo de atividade e toda a sociedade jamais poderá afastar ou ignorar, é que existe um custo social em tudo o que envolve a responsabilidade por acidente de trabalho. Nesse sentido, como ensina o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR é que: *“É justo que o indivíduo aprisionado nas garras do convívio perigoso, sem meios de evitá-lo, reclame responsabilidade para quem lhe impõe danos. Mas, sendo de dimensões sociais esse clima de risco inafastável, sua solução também tem de ser social.”* (OLIVEIRA, 2009).¹

¹ Humberto Theodoro Júnior prefaciando a obra de Sérgio Oliveira.

7.2 A IMPORTÂNCIA DO TEMA

Diariamente um grande número de trabalhadores entra em gozo de auxílio-doença previdenciário, com período de afastamento superior a 15 dias. Outros tantos, são acometidos de incapacidade para o labor ou infelizmente falecem.

As repercussões nos casos de acidente de trabalho em geral são traumáticas seja para o trabalhador, sua família, para a empresa ou para a sociedade. Muitas vezes o simples fato de se adotarem medidas de proteção, (que por sua vez quase sempre são simples e de baixo custo), já reduz os efeitos danosos evitando muitas vezes o cenário mais drástico. O melancólico paradoxo que faz parte da vida de uma grande quantidade de trabalhadores é que muitas vezes o local onde o empregado deveria estar ganhando a vida acaba sendo o local onde o trabalhador perde a vida.

O Brasil já ostentou o título nada honroso de campeão mundial de acidentes de trabalho na década de 70. Com relação ao cenário sobre os acidentes de trabalho existem muitas dificuldades no fechamento dos números oficiais, posto que o INSS, que faz a gestão da CAT – (Comunicação de Acidente de Trabalho) trabalha com os dados sempre do último ano passado, deixando de levar em consideração informações de outros órgãos da administração pública.

Até a elaboração deste trabalho (agosto/2012) somente estavam disponíveis os dados até o ano de 2010, razão pela qual optamos em apresentar os números dos últimos três anos somente: 2008, 2009 e 2010.

De qualquer forma podemos analisar os números de acidentes com CAT e sem emissão de CAT para termos uma idéia deste quadro:

Ano	Quantidade de contribuintes	Quantidade de trabalhadores empregados	Total de CAT emitidas registradas	Total de casos sem emissão da CAT	Total Geral de acidentes
2008	53.964.928	42.076.251	551.023	204.957	755.980
2009	55.877.835	43.439.321	534.248	199.117	733.365
2010	60.227.841	46.709.417	525.206	176.290	701.496

Fonte: DATAPREV, CAT, SUB. <http://portal.dataprev.gov.br/>

Nota: Os dados, estando sujeitos a correções.

a) Acidentes com CAT Registrada – corresponde ao número de acidentes cuja Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT foi cadastrada no INSS. *Não são contabilizados o reinício de tratamento ou afastamento por agravamento de lesão de acidente do trabalho ou doença do trabalho, já comunicados anteriormente ao INSS;*

b) Acidentes sem CAT Registrada – corresponde ao número de acidentes cuja Comunicação de Acidentes do Trabalho – CAT não foi cadastrada no INSS. O acidente é identificado por meio de um dos possíveis nexos: Nexo Técnico Profissional/Trabalho, Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP ou Nexo Técnico por Doença Equiparada a Acidente do Trabalho. Esta identificação é feita pela nova forma de concessão de benefícios acidentários;

Acidentes Típicos – são os acidentes decorrentes da característica da atividade profissional desempenhada pelo acidentado;

Durante o ano de 2010, foram registrados no INSS cerca de 701,5 mil acidentes do trabalho. Do total de acidentes registrados com CAT, os acidentes típicos representaram 79,0%; os de trajeto 18,0% e as doenças do trabalho 3,0%. As pessoas do sexo masculino participaram com 76,5% e as pessoas do sexo feminino 23,5% nos acidentes típicos; 65,0% e 35,0% nos de trajeto; e 57,8% e 42,2% nas doenças do trabalho. (*fonte: Dataprev*)

Na distribuição por setor de atividade econômica, o setor ‘Agropecuária’ participou com 3,9% do total de acidentes registrados com CAT, o setor ‘Industrial’ com 43,9% e o setor ‘Serviços’ com 47,3%, excluídos os dados de atividade “ignorada”.

A Análise destes dados demonstra que ainda é tímida a redução dos casos de acidentes de trabalho. Tais números são assustadores, mas, por outro lado, indicam aumento das medidas preventivas, além de demonstrar que o empresariado tem dado maior atenção ao tema da Responsabilidade por Acidente de Trabalho.

Em poucas linhas, é correto afirmar que INVESTIR EM PREVENÇÃO PROPORCIONA VÁRIOS BENEFÍCIOS PARA AS EMPRESAS, EM ESPECIAL A INDÚSTRIA, UMA VEZ QUE AS ATIVIDADES INDUSTRIAIS, EM GERAL, SÃO AGREGADAS A DIVERSOS TIPOS DE RISCOS:

Os ganhos para a empresa são:

- 1) **Retorno financeiro para o empregador.**
- 2) **Reconhecimento dos trabalhadores pelo padrão ético e programas de prevenção da empresa.**
- 3) **Melhoria das contas da Previdência Social.**
- 4) **Ganho emocional dos empregados: valorização e respeito.**
- 5) **Maior produtividade.**
- 6) **Menor absenteísmo.**
- 7) **Repercussão na avaliação mercantil da empresa**
- 8) **Maior Lucratividade.**

Em curto e objetivo resumo: A Prevenção contra os acidentes de trabalho não se resume ao cumprimento de leis, não se resume ao cumprimento das variadas normas, súmulas, enunciados, portarias etc, sendo hoje uma importantíssima questão na visão de estratégia dos negócios e um imprescindível pressuposto de existência empresarial.

As lesões acidentárias daqueles que sofrem um acidente de trabalho podem causar por exemplo perdas patrimoniais. Em primeiro lugar, no tocante aos próprios gastos implementados para sua recuperação (além daqueles previdenciariamente acobertados, se for o caso). Em segundo lugar, podem produzir restrição relevante ou, até mesmo, inviabilização da atividade laborativa do empregado, conforme a gravidade da lesão sofrida. (DELGADO, 2012, p. 621).

7.3 O ENQUADRAMENTO LEGAL: CRFB ART. 7º XXVIII E A LEI Nº 8.213/91

A Constituição Federal assegura aos trabalhadores, no art. 7º, XXVIII o direito aos benefícios do seguro contra acidentes do trabalho, sem excluir a indenização a que o empregador está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

A ação judicial por parte do empregado vítima de acidente de trabalho ou de doença ocupacional, exige previamente que o evento danoso esteja enquadrado nas hipóteses que a Lei n.º 8.213/91 considera como acidente do trabalho.

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Outros aspectos do acidente do trabalho estão estabelecidos no Regulamento da Previdência social. (DECRETO Nº 3.048 - DE 06 DE MAIO DE 1999 - DOU DE 7/05/1999 - Republicado em 12/05/1999).

A Lei 11.430/2006 introduziu o art. 21-A na Lei 8.213/91 instituindo o nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade.

Da dificuldade de enquadramento

A primeira vista enquadrar um determinado caso como sendo típico de “acidente de trabalho” pode parecer simples, baseado nas normas acima citadas, mas na verdade a tarefa é complexa, tendo em vista a vastidão do mundo do labor.

Existem dificuldades de enquadramento nos seguintes casos: 1) Acometimento de doenças ou acidentes que não tenham vinculação direta ou indireta com a execução do trabalho. 2) O não enquadramento por parte do empregador de uma situação acidentária nas normas legais, visando escapar da garantida de emprego e das indenizações por responsabilidade civil. 3) Acometimento de doenças e acidentes de colaboradores não registrados. 4) Trabalho mediante contratos que fraudam a legislação trabalhista. (OLIVEIRA, 2009, p. 37).

Essas dificuldades mostram que os números oficiais não são precisos e fazem com que o déficit social e previdenciário seja muito maior, ensejando um custo direto e indireto que não se conhece ao certo.

Além disso, do ponto de vista legislativo fica comprovado que as normas possuem brechas e falhas, sendo necessária a modificação e o aperfeiçoamento, pois do contrário o crescimento sócio-econômico do país fica comprometido.

7.4 CONCEITO E ESPÉCIES DE ACIDENTE DO TRABALHO

O legislador não conseguiu formular um conceito capaz de absorver todas as variadas formas possíveis relativas as incapacidades laborativas. Diante dessa dificuldade a lei definiu apenas o acidente do trabalho em sentido estrito, denominado “Acidente Típico” acrescentando outras hipóteses que se equiparam ao “Acidente Típico”. Vejamos o art. 19 da Lei 8.213/91:

“Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

Conceito doutrinário: “Acidente do trabalho é o evento verificado no exercício do trabalho de que resulte lesão corporal, perturbação funcional, ou doença que cause a morte ou a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (MAGANO apud OLIVEIRA, 2009, p. 41).

Cabe destacar por oportuno as situações equiparadas ao acidente de trabalho são elas: 1) os acidentes ocorridos no local de trabalho mas que não tem relação com o ofício do empregado. 2) Acidentes fora do local de trabalho, mas com vínculo direto ou indireto com o cumprimento do contrato de trabalho. 3) Acidentes no trajeto de ida ou volta entre residência e local de trabalho.

São características dos Acidentes de Trabalho:

- a) Evento danoso

- b) Decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa
- c) Que provoca lesão corporal ou perturbação funcional
- d) Que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho

A Lei 11.430/2006 que introduziu o art. 21-A na Lei 8.213/91 de certa forma ampliou o conceito genérico de acidente do trabalho, pois determinou que a perícia médica do INSS considere a natureza acidentária da incapacidade quando constatar a ocorrência denexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo decorrente (da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade) em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Por sua vez o Decreto 6.042/2007 ao regulamentar essa mudança introduziu o § 4º no art. 337 do Reg. da Previdência Social.

“Para fins deste artigo, considera-se agravo a lesão, doença, transtorno de saúde, distúrbio, disfunção ou síndrome de evolução aguda, subaguda ou crônica, de natureza clínica ou sub-clínica, inclusive morte, independentemente do tempo de latência. – ou seja: agora existe uma maior amplitude no conceito

O Acidente de trajeto ou acidente *in itinere*

O volume de acidentes de trajeto está inserido no contexto maior dos acidentes de trânsito em geral, cujos números são assustadores. No Brasil ocorrem mais de um milhão de acidentes de trânsito por ano.²

O acidente *in itinere* está regulamentado pela Lei n. 8.213/91;

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

(...)

IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:

(...)

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

² Conforme relatório da Datapreve.

O entendimento correto do que seja o “*percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela*” é tema de controvérsia e de embates nos tribunais.

O trabalhador com frequência desvia-se do percurso por algum interesse particular, para uma atividade de lazer (clube) ou compras em um supermercado/farmácia. São aceitáveis pequenos desvios e toleradas algumas variações quanto ao tempo de deslocamento, desde que “compatíveis com o percurso do referido trajeto”, porquanto a Previdência, na esfera administrativa, não considera acidente do trabalho quando o segurado, por interesse pessoal, interrompe ou altera o percurso habitual. (BRASIL, 2012, art. 216 § 2º).

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é se o tempo do deslocamento (*nexo cronológico*) fugir do usual ou se o trajeto habitual (*nexo topográfico*) for alterado substancialmente, hipóteses em que restará descaracterizada a relação de causalidade do acidente com o trabalho. Se o trabalhador tiver mais de um emprego, será também considerado acidente de trajeto aquele ocorrido no percurso de um para outro local de trabalho. (BRASIL, 2012, art. 216 III).

Destacamos também outras hipóteses que a Lei n. 8.213/91 equipara ao acidente do trabalho para os efeitos dos beneficiários da legislação acidentária:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta lei:

II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada com o trabalho;

c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

d) ato de pessoa privada do uso da razão;

e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;

III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

IV - o acidente sofrido pelo segurado, ainda que fora do local e horário de trabalho:

a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;

b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;

c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente de meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;

d) no percurso da residência para o local de trabalho ou desde para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

§ 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.

§ 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às conseqüências do anterior.

Vejamos jurisprudência sobre o tema:

Acidente de trânsito – percurso para o trabalho – configuração de acidente do trabalho. A doutrina equipara o trajeto para o trabalho ou volta para a residência, como um prolongamento da prestação laborativa para efeito da existência de acidente de trabalho. Há, assim, acidente de trabalho, em qualquer dos dois sentidos – quando ocorrido durante a viagem entre a residência e o local de trabalho, mesmo sentido da norma insculpida na alínea d, inciso IV, do artigo 21 da Lei 8.213/91. Assim, verificado que o obreiro fora vítima de acidente de trânsito durante o trajeto para a empresa, impõe-se reconhecer a existência de acidente de trabalho ensejador do direito à estabilidade provisória (TRT – 3ª Reg. – 5ª Turma. RO nº 15160/97 – Rel. Luiz Philippe – DJMG 18/4/98 – p. 9). (NETO, 2005).

7.5 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRABALHO

O primeiro passo para o reconhecimento de qualquer direito ao empregado que sofreu acidente do trabalho ou situação legalmente equiparada é a comunicação da ocorrência à Previdência Social.

Da Comunicação do Acidente de Trabalho – CAT

É Dever do empregador a obrigação de expedir a comunicação do acidente, ficando dispensada, assim a vítima ou seus dependentes da iniciativa ao requerimento. Lei n. 8.213/91:

Art. 22 A empresa deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o 1º (primeiro) dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob a pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário-de-contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social.

A CAT deverá ser preenchida em todos os casos em que ocorrer acidente ou doença ocupacional, mesmo que não haja afastamento do trabalho ou incapacidade.

A comunicação do Acidente do Trabalho à Previdência Social deverá ser expedida pela empresa, de acordo com formulário próprio criado pelo INSS: *(formulário e respectivas instruções de preenchimento estão reguladas pela Portaria n. 5.817 de 06 de outubro de 1999 e ordem de serviços INSS/DSS n. 621, de 5 de maio de 1999 e ainda Instrução Normativa do INSS/PRES. N. 20 de 11 de outubro de 2007 que promoveu mudanças e alterações no formulário da CAT.*

Se do acidente resultar óbito, além da comunicação ao INSS até o primeiro dia útil seguinte, a empresa deverá comunicar a ocorrência imediatamente à autoridade policial.

Existem casos conhecidos de fraudes com relação aos documentos relativos ao CAT, porém poucos se dão conta que a norma, instituída no Código Penal (§ 3º, I, do art. 297) com as modificações da Lei n. 9983/2000, estabelece a pena de reclusão de dois a seis anos “*para quem insere na folha de pagamento ou em documento para fazer prova perante a Previdência Social pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório ou quem omite a vigência de contrato de trabalho ou de prestação de serviços*”.

A emissão da CAT não significa que houve confissão da empresa quanto à ocorrência de acidente do trabalho, porquanto a caracterização oficial do infortúnio é feita pela Previdência Social, depois de comprovar o liame causal entre o acidente e o trabalho exercido. (OLIVEIRA, 2009, p. 62). A não emissão da CAT pelo empregador, apesar de dificultar, não impede o enquadramento do evento como acidente do trabalho.

Importante destacar na hipótese acima (sob o enfoque normativo civil) que segundo o art. 129 do Código Civil de 2002, reputa-se verificada quanto aos efeitos jurídicos, a condição, cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Assim verificando-se pelas provas dos autos que ocorreu a hipótese legalmente classificada como acidente do trabalho, são reconhecidos pela sentença todos os efeitos jurídicos, como se a CAT tivesse sido regularmente emitida.

A RESPONSABILIDADE CIVIL em seu sentido etimológico, exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Juridicamente é o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. É um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

O art. 186 e o art. 927, do Código Civil de 2002, assim estabelecem:

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Após a CF/88 e com sintonia no que dispõe a LEI 8.213/91 havendo culpa do empregador, de qualquer espécie ou grau, é devida a indenização – (*esse entendimento superou a antiga súmula 229 do STF que só deferia indenização mediante dolo ou culpa grave*). (NETO, 2005; CAVALCANTE, 2005, p. 787).

Já se consolidou na doutrina que a responsabilidade por acidente do Trabalho é extracontratual, uma vez que decorre de comportamento ilícito do empregador, por violação dos deveres das normas de proteção ao trabalhador e ao meio ambiente do trabalho. Não é “contratual porque não há cláusula no contrato de trabalho prevendo garantia de integridade (física e mental) do empregado”. (OLIVEIRA, 2009, p. 89).

Todavia, o que pede real análise é a verificação, nos casos de acidente de trabalho, se estamos diante da responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Acidente de trabalho: responsabilidade subjetiva ou objetiva?

A responsabilidade civil é subjetiva quando estiver vinculada ao comportamento do sujeito que causa os danos, por dolo ou culpa. (código civil Arts. 186 e 927 caput). Será objetiva quando bastar o nexo de causa e o dano, sendo irrelevante se a conduta do agente for dolosa ou culposa. É também chamada de “teoria do risco” - aquela que deriva do exercício da sua atividade e cria risco de dano para outrem, independente de culpa ou dolo. (Parágrafo único do Art. 927 CC/2002)

A norma constitucional (art. 7, XXVIII) citada no capítulo do enquadramento deixará de ser aplicada, quando a atividade do empregador normalmente envolver risco, portanto, aplicando-se a responsabilidade objetiva?

Para Pablo Stolze Gagliano, (NETO, 2005; CAVALCANTE, 2005, p. 820). não é possível adotar a responsabilidade objetiva, já que estaria havendo violação da norma consagrada na Constituição Federal, que assegura a responsabilidade subjetiva do empregador. O argumento em síntese é que uma norma infraconstitucional não pode afastar o núcleo constitucional. Se o constituinte quisesse reconhecer a responsabilidade objetiva, seria explícito, à exemplo da responsabilidade civil do Estado, não se pode admitir. (NANNI, 2003) Também se filia a esta corrente Rui Stoco.

Para Enéas Matos não se aplica o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil aos acidentes de trabalho, “continuando a empresa a responder por esses somente quando for provada a sua culpa.” o argumento é que a Constituição Federal de 88 ao instituir a responsabilidade do empregador por dolo ou culpa, prevalece sobre a nova disposição do Código Civil, por ser hierarquicamente superior, pouco importando que o diploma civil tenha sido promulgado posteriormente. (DIAS, 2006, p. 230).

Este mesmo entendimento também é endossado pelo atualizador da obra de Aguiar Dias – Dr. Rui Berford Dias

Nem a Constituição Federal no art. 7, XXVIII, nem o parágrafo único do art. 927 do CC/2002 cuidam de acidente de trabalho, mas sim, da possibilidade de indenização de direito comum à margem da ação acidentária.

E continua afirmando:

Quando, pretende o empregado receber, além da indenização acidentária, ou independentemente dela, uma indenização de direito comum, a Constituição Federal a ele impõe a demonstração da culpa do empregador, sendo insuficiente aquela relação causal, visto como doença, como vimos, em certas situações é uma decorrência natural da atividade abraçada pelo empregado.

A segunda corrente que entendemos ter inteira aplicação nos casos de acidente de trabalho sustenta que deve haver harmonia na interpretação da norma esculpida no inciso XXVIII do art. 7º da CF/88 com o que dispõe o caput do artigo, que prevê “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Assim, o rol dos direitos mencionados no art. 7º da Constituição Federal não impede que a lei ordinária amplie os existentes ou acrescente outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador.

Esse é o entendimento de Arnaldo Süssekind, Caio Mário, Dallegrave Neto, Sebastião Geraldo de Oliveira, para eles não há dúvida que aplicando-se o fundamento da responsabilidade objetiva ocorrerá a melhoria da condição social do trabalhador ou do ex trabalhador.

Se prevalecer o entendimento da primeira corrente teríamos situações absurdas que ferem a boa lógica. Se um autônomo sofrer um acidente o tomador dos serviços responderá, independentemente de culpa, pela teoria do risco, sendo inegável o dever reparatório; no entanto o trabalhador permanente, registrado não teria assegurado a reparação. Não se pode imaginar que dentro de uma referida atividade, ainda mais quando a atividade envolver risco, que para terceiros a empresa responderá objetivamente e para seus empregados responderá subjetivamente.

As empresas que desenvolvem atividades nucleares, por exemplo, respondem de forma objetiva para os danos que forem causados à terceiros, não se podendo imaginar que somente seus empregados seriam excluídos dessa modalidade. (o mesmo nos casos do Código de Defesa do Consumidor; na Lei Ambiental 6.938/81; o Transportador Aéreo; etc).

Jorge Souto Maior aduz em resumo que o ato ilícito pode atingir o campo dos negócios jurídicos, ou seja, quando o empregador exercer seus direitos de forma abusiva fora dos limites da lei, da boa-fé, fora do interesse social se configura o ato ilícito. O “risco” que consta no parágrafo único do art. 927 é o risco para “os direitos” que é, portanto, mais amplo. (NANNI, 2003).

Nos acidentes de trabalho embora seja regra que a responsabilidade será subjetiva e dependerá da comprovação de culpa. Portanto, além de verificar a culpa também se analisa a exis-

tência do dano; É o ponto de partida. Vale dizer que a ocorrência de um acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade da empresa não gera “automaticamente” o dever de indenizar.

Essa regra já não se sustenta em todos os casos. Será apurado o comportamento da empresa – ou seja, será o comportamento desidioso do patrão que atua de forma descuidada, omissa, etc com isso deixa de observar as normas de proteção e cuidado. Será verificado ao mesmo tempo se o acidente ou a doença não surgiu pelo risco da atividade, mas sim pela conduta culposa do empregador.

Portanto a RESPONSABILIDADE OBJETIVA hoje alcança os mais variados casos, e vem ganhando espaço e se firmando, já estando caracterizada em vários casos específicos como Danos Nucleares - Danos ao Meio Ambiente, Consumidor etc. Se um caso de acidente ou doença de trabalho coletivo, for oriundo de dano ao meio ambiente estaremos diante de Resp. objetiva. (EN 38 1ª Jornada de Direito do Trabalho – Brasília 11/2007).(OLIVEIRA, 2009. P. 110). *Vejamos o que dispõe o Código Civil:*

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.

Diante da controvérsia um ponto hoje é indiscutível: admite-se a responsabilidade objetiva quando se tratar de “atividade de risco” (EN 37 1ª Jornada de Direito do Trabalho – Brasília 11/2007) e ainda (EN 377 IV Jornada de Direito Civil Brasília – 2006) - *Também é aplicável quando se tratar de funcionário público – En 40 - 1ª Jornada de Direito do Trabalho – Brasília 11/2007.*

7.6 CONCLUSÃO

1. Os dados ano após ano, são um norte para os empresários, ainda mais no ramo industrial e indicam que “a prevenção contra os acidentes de trabalho não se resume ao cumprimento de leis, sendo hoje uma questão pontual na visão de estratégia dos negócios e um imprescindível pressuposto de existência e sucesso”.

2. Os ganhos para a empresa que investe em prevenção são 1) *Retorno financeiro para o empregador.* 2) *Reconhecimento dos trabalhadores pelo padrão ético e programas de prevenção da empresa.* 3) *Melhoria das contas da Previdência Social.* 4) *Ganho emocional dos empregados: valorização e respeito.* 5) *Maior produtividade.* 6) *Menor absenteísmo.* 7) *Repercussão na avaliação mercantil da empresa* 8) *Maior Lucratividade.*
3. As dificuldades de enquadrar determinadas hipóteses como “acidente de trabalho” contribuem para que o déficit social e previdenciário seja muito maior do que aquele que se divulga.
4. Do ponto de vista legislativo é necessário e urgente a modificação e o aperfeiçoamento das normas previdenciárias e trabalhistas, pois do contrário o crescimento sócio-econômico do país fica comprometido.
5. Diante das variadas espécies de acidente de trabalho, seus reflexos, e das diversas espécies de atividade empresarial ganha total relevância o tema da “responsabilidade civil” que nesse diapasão, deixa de ser um assunto apenas jurídico passando a ser importante ferramenta para o empresário que pretende traçar uma vitoriosa estratégia de negócio.
6. É inafastável a conclusão de que, as repercussões jurídicas do acidente de trabalho ultrapassam as portas da empresa, recaindo sobre toda a sociedade, (especialmente no seguimento industrial pela sua natureza de risco). Assim diante deste novo e recente cenário, a busca pelo conhecimento preventivo se faz salutar.
7. A responsabilidade civil nos acidentes de trabalho comporta o fundamento da responsabilidade objetiva, sem afrontar ou violar a Constituição Federal, sendo correto afirmar que, ao se aplicar os fundamentos da teoria objetiva fundada na teoria do risco está se ampliando os direitos do trabalhador e do ex-trabalhador, garantindo assim o que a própria Constituição Federal ensina e defende.
8. Se a “Indústria” é um dos seguimentos que estão no topo das atividades em que mais se verifica os “acidentes de trabalho”, então todo o setor industrial tem que estar alinhado às normas, conhecendo-as e investindo em prevenção.
9. Muitas vezes deve se refletir que, para o Judiciário, especificamente para o Julgador, pode não importar se será aplicada a teoria subjetiva ou objetiva da responsabilidade civil, mas sim se ele fará justiça à vítima, assegurando uma indenização justa em qualquer situação danosa, com ou sem culpa do agente ocasionador do prejuízo.

10. Os novos rumos da responsabilidade civil acidentária portanto, e as questões complexas e controvertidas serão consolidadas a medida que a jurisprudência lapidar os seus contornos. Está ocorrendo, desde já, um nítido deslocamento de pensamento que envolve todos os agentes, no sentido da aceitação da teoria objetiva, cujo impacto social, especialmente para o setor industrial é notório e exige o investimento preventivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. DATAPREV. **Empresa de tecnologia e informações da Previdência Social**. Disponível em: <<http://portal.dataprev.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2012.

BRASIL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSS. **Instrução normativa nº 20 INSS/PRES, de 10 de outubro de 2007**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/imagens/paginas/38/INSS-PRES/2007/20.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012.

BRASIL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. INSS. **Instrução normativa nº 20 INSS/PRES, de 10 de outubro de 2007**. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/imagens/paginas/38/INSS-PRES/2007/20.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. Responsabilidade no acidente de trabalho. **Gazeta Mercantil**, Rio de Janeiro, 13 out. 2003.

OLIVEIRA, Sérgio Geraldo. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

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



**8 – DO CONTROLE PATRIMONIAL DOS ATIVOS
INTANGÍVEIS (AIs) DO SESI E DO SENAI**

**PROPRIEDADE INTELECTUAL. CIÊNCIA,
TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. PATRIMÔNIO E RECEITAS.
SUSTENTABILIDADE DO “SISTEMA S”. DEVER DO
SESI E DO SENAI DE CONTROLE PATRIMONIAL.
COMPETÊNCIA DO TCU DE FISCALIZAÇÃO**

GIULIANO PEREIRA SILVA

DEPARTAMENTO REGIONAL DE SÃO PAULO

LISTA DE SIGLAS

PI	Propriedade Intelectual
AI	Ativo Intangível
LPI	Lei de Propriedade Industrial – Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial
LDA	Lei de Direitos Autorais – Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências
LSA	Lei das Sociedades Anônimas – Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações
CNI	Confederação Nacional da Indústria
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FIRJAN	Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro
RLC	Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI
SESC	Serviço Social do Comércio
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
USP	Universidade de São Paulo
ITA	Instituto Tecnológica de Aeronáutica
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
OMPI	Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (ou <i>World Intellectual Property Organization</i> – WIPO)
ADRs	<i>Alternative Dispute Resolutions</i> (ou Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos)
CT&I	Ciência, Tecnologia e Inovação
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
USPTO	<i>United States Patent and Trademark Office</i> (equivale ao INPI, no Brasil)
TCU	Tribunal de Contas da União
LOTUCU	Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei n.º 8.443/1992)
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

8.1 INTRODUÇÃO

O foco deste trabalho é o **DEVER de controle patrimonial do SESI e do SENAI sobre seus ATIVOS INTANGÍVEIS (AIs)**.

O tema ganha relevância, pois, até o advento da **novel Lei n.º 11.638/2007**, e diferentemente das normas internacionais, nas normas contábeis brasileiras não existia item **separado** para AIs, então diluídos no item IV do artigo 179 da LSA.

Os AIs surgem das atividades institucionais normatizadas pelo Direito de PI, tais como projetos de CT&I. E para melhor visualizarmos a gênese dos AIs, convém-nos as elucidativas palavras da Professora Socióloga MAÍRA BAUMGARTEN, para quem “A temática relativa à Ciência, Tecnologia e Inovação é inter e transdisciplinar.” (MARTINS, 2010, p. 451).

Com essa **visão inter e transdisciplinar**, verificamos que o tema é sensível aos que enfrentam no seu dia a dia institucional e empresarial **novos modelos de negócios** de uma Economia Globalizada & do Conhecimento, **tais como Inovação e Tecnologia Social; Inovação Tecnológica; Inovação Aberta; Inovação de Mercados, Produtos e Serviços; Transferência de Tecnologias; Biodiversidade; Sustentabilidade e Responsabilidade Social; Conhecimentos Tradicionais; Criação Colaborativa; Economia Criativa; Creative Commons; Computação em Nuvem (*Computing in Clouding*); e-Learning e demais iniciativas de EAD; Negociação, Conciliação, Mediação & Arbitragem e contencioso (cível e criminal) sobre direitos de PROPRIEDADE INTELECTUAL (PI)**.

Destaque-se, no entanto, que das tradicionais atividades institucionais igualmente surgem os AIs, *verbi gratia*, as produções literárias e artísticas.

É nesse cenário institucional e empresarial em que se insere, cada vez mais, a atuação do SESI e do SENAI, com o fomento de projetos nos “Editais de Inovação” promovidos, anualmente, pelos Departamentos Nacionais do SESI e do SENAI¹.

Tal é a dimensão dos AIs, que, recentemente, em abril de 2012, o INSTAGRAM (aplicativo para *smartphones* criado pelo **jovem brasileiro** Mike Krieger (VILICIC, 2012)) foi vendido por **1 bilhão de dólares** para o FACEBOOK (rede social criada pelo **jovem americano** Mark

¹ Plano Estratégico do Sistema Indústria 2006 – 2010: SESI: 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, SENAI: Consolidar-se como o líder nacional em educação profissional e tecnológica e ser reconhecido como indutor da inovação e da transparência de tecnologia para a Indústria Brasileira, atuando com padrão internacional de excelência.

Zuckerberg em parceria com outro **jovem brasileiro**, Eduardo Saverin (ALTMAN, 2012; R7, 2012)), dando-nos evidências palpáveis do potencial econômico-financeiro dos AIs e da PI, principalmente levando-se em conta os **milhares de jovens talentosos** alunos das redes de educação e de formação profissionalizante destas Entidades, que se constituem num verdadeiro manancial de “**incubadoras de novos negócios**”.

O número crescente e acumulado de projetos a cada “Edital de Inovação”, potencializa o **valor dos AIs** como fonte de sustentabilidade do “Sistema S” ao lado da contribuição compulsória, sua principal receita.

O valor potencializado dos AIs **implica num controle patrimonial** e na sua destinação à consecução das finalidades institucionais, sob a fiscalização do TCU.

Desta forma, **o valor dos AIs e o seu controle patrimonial motivam o contínuo desenvolvimento, implementação e melhoria dos modelos jurídicos** preventivos, resolutivos alternativos e contenciosos do SESI e do SENAI.

Contínuo como o progresso das ciências e seus negócios na Nova Economia.

Este trabalho, portanto, objetiva contribuir à contínua melhoria dos modelos jurídicos existentes e a serem implementados, especificando os fundamentos do **DEVER** de controle patrimonial do SESI e do SENAI sobre os seus AIs, para, assim, os Aplicadores do Direito interajam, **de forma inter e transdisciplinar**, com os nossos Colegas Profissionais das demais áreas técnicas das Entidades, das empresas da base contributiva, das Academias e dos Poderes Públicos constituídos.

8.2 DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (PI) E DOS ATIVOS INTANGÍVEIS(AIS)

8.2.1 O que são? Definição legal e conceitos de PI e de AIs

No Brasil, adotamos a **definição legal de PI** consignada no **inciso VIII do artigo 2.º da Convenção de Estocolmo de 1967²**, que instituiu a **OMPI** (ou **WIPO**), um órgão autônomo das

² Ratificada por meio do Decreto n.º 75.541, de 31/03/1975.

Nações Unidas com sede em Genebra, Suíça, englobando as Convenções das Uniões de Paris (CUP – Propriedade Industrial), de Berna (CUB – Direitos Autorais) e para a Proteção das Obtenções Vegetais (BARBOSA, 2010, p. 7, 587-588). *in verbis*:

Art. 2.º. Para os fins da presente Convenção, entende-se por: (...) VIII – “propriedade intelectual”, os direitos relativos: – às obras literárias, artísticas e científicas; – às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão; – às invenções em todos os domínios da atividade humana; – às descobertas científicas; – aos desenhos e modelos industriais; – às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais; – à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

O **Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC brasileiro**³, alinhando-se às disposições da Lei n.º 11.638/2007 e às Normas Internacionais Contábeis⁴, editou “**Pronunciamento Técnico CPC 04 (R1) – Ativo Intangível**” com a seguinte **definição**: “*Ativo intangível é um ativo não monetário identificável sem substância física*”.

Comentando a definição legal de PI, o Douto Professor DENIS BORGES BARBOSA acentua que temos “(...) correntemente, a noção de Propriedade Intelectual como a de um capítulo do Direito, altíssimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros”. (BARBOSA, 2010, p. 7).

PAULO SCHMIDT e JOSÉ LUIZ DOS SANTOS, discorrendo sobre a definição de AI, explicam que **ativo é recurso controlado** por uma entidade como resultado de eventos passados e que resultam benefícios econômicos futuros para a entidade, sendo o termo “controlado” compreendido como “**posse e propriedade**”.(SCHMIDT; SANTOS, 2009, p 2-4).

Objetivamente, são direitos e bens de PI: direitos autorais e conexos, marcas, patentes, desenhos e segredos industriais, repressão às falsas indicações geográficas e à concorrência desleal, *trade dress*, programas e circuitos de computadores, nomes de domínio, transferências

³ Criado pela Resolução CFC n.º 1.055/05, de 07/10/2005, do Conselho Federal de Contabilidade – CFC, com as atribuições de estudo, preparo e emissão de Pronunciamentos Técnicos sobre procedimentos de Contabilidade e a divulgação de informações dessa natureza, para permitir a emissão de normas pela entidade reguladora brasileira, visando à centralização e uniformização do seu processo de produção, levando sempre em conta a convergência da Contabilidade Brasileira aos padrões internacionais (art. 3.º).

⁴ IAS 38 *Intangible Assets*, norma internacional emitida pelo *International Accounting Standards Board* – IASB, com os procedimentos para a contabilização de ativos intangíveis.

de tecnologias e franquias, cultivares, patrimônio genético, conhecimentos tradicionais, não sendo exaustivo esse rol em face da constante evolução da CT&I e seus novos modelos de negócio.

Os **bens de PI** são reputados **bens móveis** para efeitos legais.⁵

8.2.2 Quando surgem? Atividades institucionais geradoras de PI e de AIs

Sem a pretensão de esgotar a identificação das atividades institucionais que favorecem ou objetivem o surgimento de AIs, física ou digitalmente, temos: materiais didáticos e periódicos; portais educacionais; projetos arquitetônicos; obras audiovisuais, de dramaturgia e lítero-musicais; fotografias, desenhos e obras de arte; campeonatos de conhecimentos técnicos e científicos; editais de inovação e tecnologia social; desenhos industriais; softwares de gestão e bases de informações corporativas.

Partindo para exemplos práticos, que podem gerar AIs:

- **SESI/SP Robótica:** caixa térmica para carrinhos de supermercados para redução do risco de contaminação alimentar, classificada em 4.º lugar no *Word Festival FL, torneio internacional de robótica*, em *Saint Louis* (EUA) (SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. SP., 2012);
- **SENAI/SP e ISS** (em parceria com a **Agência Espacial Brasileira – AEB**): placas adaptadoras de suporte de voo (ou *Flight Support Equipments*) destinadas à Estação Espacial Internacional (ISS) (SERVIÇO NACIONAL DA INDÚSTRIA. DN., 2012a); e,
- **SENAI/RN e 3.ª MSE/FASHION:** evento sobre Moda, Sustentabilidade e Economia para evolução de um consumo consciente; (INSTITUTO EUVALDO LODI. RN., 2012).
- **SENAI/RR – SENAI/PB e Energia Solar:** projeto de capacitação de mão de obra e difusão da tecnologia solar, uma matriz energética renovável. (SERVIÇO NACIONAL DA INDÚSTRIA. DN., 2012);
- **SESI e SENAI:** “Edital de Inovação” (2012) com financiamento de 30 milhões de reais para projetos de vários segmentos industriais, tais como, petróleo e gás, a serem desenvolvidos com empresas e instituições de ensino. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012b).

⁵ LPI, art. 5.º, e LDA, art. 3.º

8.2.3 Por que surgem? Contextualização das Atividades Geradoras de AIs

Como dito pelo Douto Professor DENIS BORGES BARBOSA, a PI é matéria altíssimamente internacionalizada e a pesquisa e o desenvolvimento de CT&I dão-nos acesso a negócios em escala planetária: fazemos parte de uma Aldeia Global.

Na seara normativa internacional, temos a IAS 38 – *Intangible Assets* (BV2010) com os padrões internacionais para uma contabilidade transparente e confiável dos AIs, que atuam em mercados competitivos (característica típica dos de CT&I) e buscam, inclusive, por **financiamentos governamentais e congêneres**.

Essas normas internacionais refletem um **controle patrimonial de negócios com AIs** que atingem cerca de **5 trilhões de dólares**, de acordo com o USPTO, entidade norte-americana similar ao INPI no Brasil, a saber:

*Na era da chamada economia criativa, o ativo mais valioso de uma empresa, instituição, nação passa a ser intangível. Atualmente, estima-se que o maior valor das empresas globais seja atribuído a esses ativos, incluindo aí a PI. Nesse cenário, os institutos de propriedade industrial, que equivalem ao INPI no Brasil, sejam dos Estados Unidos, Europa e Japão (USPTO, EPO e JPO, respectivamente), já são considerados juntos o Banco Central Mundial da nova economia, uma vez que desempenham o papel de cofres-fortes da economia criativa. De acordo com o USPTO, o valor dos ativos de PI nos Estados Unidos é da ordem de **cinco trilhões de dólares**. Aproximadamente duas vezes o orçamento do governo federal daquele país em 2008. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012d)*

Como demonstração da força dos AIs, cite-se a incorporação da indústria de alimentos KRAFT pela PHILIP MORRIS (EUA) por 10 bilhões de dólares, sendo o **valor contábil do patrimônio físico** da KRAFT estimado em **1 bilhão de dólares** e o **valor contábil dos AIs** avaliado em **9 bilhões de dólares** na transação (PADOVEZE, 2012, p. 328).

Tal é a importância dos AIs advindos das pesquisa e do desenvolvimento de CT&I, que o Geostrategista Indiano-Americano PARAG KHANNA⁶ sentenciou que:

⁶ Doutorado na *London School of Economics*, Mestrado na *School of Foreign Service* da *Georgetown University*, Pesquisador Sênior e Diretor da Iniciativa de Governança Global da *New America Foundation*, Membro do *European Council on Foreign Relations* e Conselheiro das Forças Armadas dos EUA

*A tecnologia dirige a economia, não o contrário”, provoca o acadêmico aventureiro, que vê no novo cenário, não só um potencial de recuperação dos países ricos, como um universo de novas possibilidades para os países em **desenvolvimento**, entre eles o **Brasil**. Eis a nota otimista do diagnóstico que Khanna faz da crise a que assistimos hoje, contra a qual pouco adiantam os velhos mecanismos de fomento econômico e de nada vale a emulação nostálgica do antigo sonho americano: “A imensa inovação em curso nas **tecnologias da informação, na biotecnologia, nanotecnologia, robótica, nas fontes de energia alternativas, está criando possibilidades econômicas para muito mais gente no mundo que em qualquer outra época.**(MARSIGLIA, 2012, Caderno “Aliás, a semana revista”)*

E os investimentos, por exemplo, em nanotecnologia corroboram a assertiva supra, indicando um faturamento de cerca de 146,4 bilhões de dólares em 2007 e projetado 3,1 trilhões de dólares para o mercado global em 2015 (BANCO FATOR, 2010, p. 12-19). E o SENAI, integrado nessa visão estratégica, tem monitorado tendências tecnológicas e buscado subsídios no que tange à formação de novos perfis profissionais devido à inserção da nanotecnologia em diversos setores da Indústria Brasileira. (MILES, 2010).

A mesma conclusão chega GISELA PIMENTA GADELHA, do DR/Rio de Janeiro, para quem a criação de riquezas está intimamente vinculada aos AIs e à PI (GADELHA, 2007, p. 105-123).

No Brasil, o Governo Federal estabeleceu sua Política Industrial “BRASIL MAIOR. INOVAR PARA COMPETIR. COMPETIR PARA CRESCER.” (2011/2014), focando na inovação para estimular a competitividade da indústria nos mercados interno e externo, destacando “Oportunidades” para “**domínio tecnológico** e capacidade empresarial” com o apoio da CNI/SENAI para suprir a demanda por mão de obra qualificada. (BRASIL, 2011).

A “Mobilização Empresarial pela Inovação” da CNI implementa “O Estado da Inovação no Brasil: Uma Agenda para Estimular a Inovação”, propugnando por uma

*Definição de um arcabouço de propriedade intelectual pragmático, que sinalize o posicionamento brasileiro como de efetivo comprometimento com os **direitos de propriedade intelectual** e com a **segurança jurídica** necessária aos acordos de cooperação entre todos os atores do sistema de inovação.*(CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. MOBILIZAÇÃO EMPRESARIAL PELA INOVAÇÃO, 2012)

Ainda, a CNI, com as “Conclusões do 4.º Encontro Nacional da Indústria – Prioridades e Recomendações (2011-2014)”, **relativamente à inovação e à PI**, recomenda a gestão tecnológica integrada, envolvendo as áreas de engenharia, compras, auditoria, recursos humanos e **jurídico-contábil**, e o aumento da segurança jurídica da **titularidade** e do proveito econômico-financeiro da PI. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012b, p. 50-51).

Sendo implícito o controle patrimonial que se deve ter para fins de transferência de tecnologia, sem dúvida, um AI, a FIESP e a FIRJAN defendem

a facilitação do acesso a tecnologias que promovam o desenvolvimento sustentável, bem como a criação de regras que possibilitem aos países em desenvolvimento utilizar, nas hipóteses previstas no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) da OMC, licenciamento compulsório para a utilização de tecnologia, fabricação de equipamentos e produtos necessários à sustentabilidade do Planeta. (FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO; FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2012).

Não é demais dizer que a **garantia da titularidade** dos AIs é instrumento imprescindível para uma **atuação sustentável do SESI, do SENAI e das empresas** nos mercados interno e externo, “Sustentabilidade” para a qual o Douto Professor JUAREZ FREITAS, evoluindo do Relatório Brundtland⁷, propõe o seguinte conceito:

*(...) trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do **desenvolvimento material e imaterial**, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, **inovador**, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. (JUAREZ, 2011, p. 40-41).*

Tanto é assim, que a CNI postula que, para uma atuação destacada no cenário de desenvolvimento mundial sustentável, o Brasil conta com os seguintes Ativos (tangíveis e intangíveis), entre outros, 15% do número de espécies conhecidas pela ciência e cerca de 30% das florestas tropicais no mundo. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA, 2012a).

⁷ Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ONU), de 1987, também conhecido como “Nosso Futuro Comum”

Concluindo essa sintética abordagem, o SESI projetou o “Posicionamento Estratégico SESI 2007-2015”, alinhado ao “Mapa Estratégico da Indústria 2007-2015”, de forma a atuar, entre muitos outros desafios, como indutor e facilitador de **transferência de tecnologias**, notadamente, que não agridam o meio ambiente, em cumprimento ao compromisso assumido ao tornar-se signatário do Pacto Global da Organização das nações Unidas na área de responsabilidade social e empresarial. (SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA, 2011, P. 12, 28).

E considerando a participação de Jovens em projetos de CT&I do SENAI (“Inova SENAI”, “Olimpíadas do Conhecimento”, “WorldSkill”), para visualizarmos o vasto ambiente externa corporis em que surgem ideias a serem convertidas em AIs com os recursos da Entidade, citamos um projeto de estudantes do MIT⁸, USP e ITA que busca soluções, com “*design social*”, para problemas cotidianos locais. (GOMES, 2012).

Comumente, os Jovens passam a ter amplo acesso à rede capilarizada de informação em escala mundial, suscitando-nos uma cautela.

Até por desconhecimento natural das normas legais e infralegais por parte dos Jovens, é recomendável que as Entidades diligenciem e aperfeiçoem, com mais frequência, os **modelos jurídicos preventivos, alternativos de resolução de conflitos** (negociação, mediação, conciliação e arbitragem) e **contenciosos** aplicáveis aos AIs, em virtude dos inúmeros agentes, por vezes, de interesses diversos, atuantes nesse cenário, tornando iminentes ações judiciais ora ajuizadas pelas Entidades, ora propostas contra elas.

Quanto aos **métodos alternativos de resolução de conflitos** (ou ADRs, do inglês *Alternative Dispute Resolutions*), destacamos a iniciativa do SEBRAE, que firmou convênios com centros de arbitragem e mediação de Mato Grosso do Sul, Acre, Minas Gerais, Pernambuco e São Paulo, para incentivar o uso de mediação e arbitragem para solucionar seus conflitos comerciais, que, normalmente, seriam dirimidos junto ao Poder Judiciário. Para JOSÉ MARCIO CATALDO DOS REIS, Gerente Jurídico do SEBRAE, “(...) as discussões judiciais prejudicam profundamente os pequenos e micro empresários, em função do custo e da demora no julgamento, pois, além do gasto com o advogado, o empresário muitas vezes está discutindo pagamentos que deixou de receber.” E conclui, “(...) a vantagem em utilizar a arbitragem, por exemplo, está no tempo e custo.” (BAETA, 2004).

⁸ internacionalmente reconhecido por ser celeiro de inovações que mudaram o mundo

Para a Douta Professora SELMA MARIA FERREIRA LEMES, **a adoção de ADRs às contro-
vérsias de PI é, plenamente, possível quando tratarmos de direitos patrimoniais disponí-
veis**, transacionáveis enquanto obrigações decorrentes de contratos em geral, tais como licença
de patente, cessão de uso de marca, contrato de edição, contrato de franquia, bem como pre-
tensões de pagamento de quantias de licença/cessão (*royalties*/indenização). (LEMES, 1997).

8.2.4 Quanto valem? Métodos de mensuração

Árdua é a tarefa de identificar todos os AIs de Entidades do porte do SESI e do SENAI.
Avaliá-los, mais ainda.

Mas é preciso, pois, como dito pela Ilustre Doutora DIANA JUNGSMANN, “No mundo dos
negócios, ideias, inovações e outras **expressões da criatividade humana, são convertidas em
propriedade privada** e protegidas por lei por meio do sistema de PI. Como propriedade elas
são comercializadas como ativos intangíveis.” (JUNGSMANN, 2011a). É um desafio à Gestão
Moderna posicionar a PI como negócio que gera valor e contribui para a competitividade, ao
qual somos conclamados, enquanto Aplicadores do Direito, a migrarmos “da **visão jurídica**
tradicional da proteção para uma dimensão **multidisciplinar** alinhada ao foco comercial da
empresa” (JUNGSMANN, 2011b), respeitadas as nossas missões institucionais na sinergia com
os projetos de CT&I das empresas contribuintes (vide Regimento SENAI, art. 1.º, “e”).

Para tanto, os critérios de reconhecimento, mensuração, (re)avaliação e amortização dos AIs
constam da **Lei n.º 4.320/1964** (art. 106, *caput* e II), do “**Pronunciamento Técnico CPC 04
(R1) – Ativo Intangível**” (itens 24 a 87) e do “**Plano de Contas e Manual de Padronização
do Sistema Indústria**”, que, via de regra, consideram o valor da aquisição ou do custo de
produção desses ativos.

8.3 DO DEVER DE CONTROLE PATRIMONIAL DO SESI E DO SENAI

É **Dever?** Fundamentação Legal, Regulamentar, Regimental e Normativa.

8.3.1 Fundamentação constitucional

No plano constitucional, o SESI e o SENAI têm o dever de dar estrita destinação aos seus recursos à consecução de suas finalidades institucionais, devendo, ainda, entre outras, **controlar o seu patrimônio e prestar contas** no termos do **artigo 70 (caput e parágrafo único)**, a saber:

*Art. 70. A **fiscalização contábil**, financeira, orçamentaria, operacional e **patrimonial** da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle interno de cada poder.*

*Parágrafo único. **Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.** (gn)*

8.3.2 Fundamentação legal

A **Lei n.º 4.320/1964** dispõe que a contabilidade deverá evidenciar a situação de tantos quanto administrem e guardem bens patrimoniais, bem como permitir acompanhar o conhecimento da composição patrimonial, demonstrando os fatos afetos à administração desses bens (**arts. 83, 85 e 89**).

Para o conhecimento desses bens móveis⁹ e imóveis, os registros analíticos deverão ter elementos necessários à perfeita caracterização de cada um deles e de seus agentes responsáveis pela guarda e administração (**arts. 94, 95 e 96**).

Ainda, o Balanço demonstrará os bens cuja mobilização e alienação dependam de autorização legislativa, bens esses avaliados pelo valor de aquisição ou custo de produção ou construção (**arts. 104, 105, caput, inc. II e § 2.º, 106, caput e inc. II**).

Assim, o SESI e o SENAI terão seus orçamentos e balanços padronizados respeitadas as respectivas singularidades institucionais, para a aprovação pelo Poder Executivo ou, por previsão legal, pelo Poder Legislativo (**arts. 107 e 110**)¹⁰.

⁹ Os bens de PI, entre eles os AIs, são reputados bens móveis para efeitos legais (LPI, art. 5.º, e LDA, art. 3.º).

¹⁰ Cumpre aos Conselhos Nacionais do SESI (Regulamento, arts. 24, g, 56 e 57) e do SENAI (Regimento, arts. 55 e 56) o encaminhamento, anualmente, ao Presidente da República, os orçamentos das entidades e, ao TCU, as prestações de contas dos responsáveis.

Quanto à contabilidade das sociedades privadas, em 2007, o Brasil alinhou-se aos padrões internacionais, como medida de inserção no cenário competitivo globalizado. Editou as **Leis n.º 11.638/2007 e n.º 11.941/2009**, que alteraram a LSA para inserirem, de forma individual, AIs no “ativo não circulante” e para criarem o grupo de contas específico “**Ativo Intangível**” (LSA, arts. 178, § 1.º, II, 179, VI) para esses bens imateriais anteriormente lançados no grupo de contas “**Ativo Imobilizado**” (LSA, art. 179, IV), *in verbis*:

Art. 178. No balanço, as contas serão classificadas segundo os elementos do patrimônio que registrem, e agrupadas de modo a facilitar o conhecimento e a análise da situação financeira da companhia.

§ 1º No ativo, as contas serão dispostas em ordem decrescente de grau de liquidez dos elementos nelas registrados, nos seguintes grupos:

I – ativo circulante; e,

*II – **ativo não circulante, composto por ativo realizável a longo prazo, investimentos, imobilizado e intangível.***

(omissis)

Art. 179. As contas serão classificadas do seguinte modo:

(omissis)

*IV – no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto **bens corpóreos** destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens;*

*ANTERIOR: IV – no ativo imobilizado: os direitos que tenham por objeto **bens** destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de **propriedade industrial** ou comercial;*

(omissis)

*VI – no intangível: **os direitos que tenham por objeto bens incorpóreos** destinados à manutenção da companhia ou exercício com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido. (gn)*

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC brasileiro elaborou o “**Pronunciamento Técnico CPC 04 (R1) – Ativo Intangível**”, com base na norma internacional IAS 38 – *Intangible Assets* (BV2010), inserindo no âmbito nacional os procedimentos internacionalmente adotados para a contabilização confiável e transparente dos ativos intangíveis nos balanços empresariais.

Em síntese, o aludido “**Pronunciamento**” defini o tratamento contábil dos AIs; estabelece os critérios que resultam no dever de se reconhecer os AIs; e, especifica como mensurar o valor contábil dos AI, exigindo a divulgação desses ativos.

O Grupo de Trabalho do “Sistema Indústria” (CNI, Federações, SESI, SENAI e IEL) incumbido da padronização das demonstrações contábeis das Entidades baseou-se na **Lei n.º 4.320/1964, conforme julga o TCU¹¹**, e nas recomendações das **Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público – NBCASP** e das **Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas – NBCT**. (SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. CONSELHO NACIONAL, 2009).

Por oportuno, em 2009, a **Corregedoria-Geral da União – CGU** manifestou entendimento de que “As entidades do ‘Sistema S’ **devem** elaborar suas demonstrações contábeis pela Lei n.º 4.320/64 ou Lei n.º 6.404/76, **conforme estabelecido em seus normativos internos**, podendo, inclusive, elaborar sob ambas as formas.” (BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2012, p. 9).

Esse entendimento foi ratificado pelo TCU no julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pelos Departamentos Nacionais do SESI e do SENAI, representados pelo Douto Advogado CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES, e pela Administração Nacional do SESC, representada pelos Doutos Advogados ANTÔNIO PERILO TEIXEIRA NETTO e PAULA PIRES PARENTE, sobre o alcance da Decisão Normativa – DN TCU n.º 93/2008, alterada pela DN TCU n.º 96/2009, ao consignar:

*(...) a possibilidade de as entidades embargantes apresentarem, **para efeito de prestação de contas junto ao TCU, suas demonstrações contábeis de acordo com as Leis n.ºs 4.320/64 ou 6.404/76, a depender das respectivas normas de regência.**¹² (gn)*

Considerando a personalidade jurídica de Direito Privado do SESI e do SENAI e o teor da Súmula n.º 516 do STF (sujeição à jurisdição da justiça [comum] estadual), temos, de forma suplementar,

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 322/2008 de 19/02/2008**. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXERCÍCIO DE 2003. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE DESPESAS. FUGA AO ADEQUADO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DO DIRETOR REGIONAL, DO SUPERINTENDENTE E DO GERENTE DE ADMINISTRAÇÃO. MULTA. REGULARIDADE COM RESSALVA DAS CONTAS DOS DEMAIS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.1:acordao:2008-02-19;322>>. Acesso em: 3 out. 2012.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 762/2009 de 22/04/2009**. Embargos de declaração. Pedido de esclarecimentos quanto ao alcance de dispositivo da DN 93/2008, alterado pela DN 96/2009. Conhecimento. Inexistência de obscuridade. Rejeição. A inexistência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado enseja a rejeição dos embargos de declaração. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2009-04-22;762>>. Acesso em: 3 out. 2012.

os artigos 1.179 e 1.189 do Código Civil, que dispõem ser obrigação a avaliação patrimonial anual “com fidelidade e clareza”, sob pena de afronta à Lei pela omissão de bens expressivos.

8.3.3 Fundamentação regulamentar (BRASIL, 1965) do SESI

Em linhas gerais, ao Conselho Nacional (**art. 24, n**) e aos Conselhos Regionais (**art. 39, e**) competem os atos de normatização¹³ para controle patrimonial dos AIs, especialmente autorizar a alienação e o gravame desses bens móveis, bem como examinar, anualmente, o inventário de bens a cargo dos Departamentos Regionais.

Já o **artigo 54 do Regulamento do SESI** dispõe que, seja na administração nacional, seja nas administrações regionais, **todos os recursos** serão aplicados em prol das finalidades¹⁴ da Entidade, de seus beneficiários, ou de seus servidores, sendo vedada qualquer destinação distinta seja a que título for. A respectiva execução orçamentária e os balanços econômicos e patrimoniais deverão ser submetidos ao Conselho Nacional e, posteriormente, ao TCU (**art. 57**).

E em seu **parágrafo único, obriga** que os incumbidos de qualquer atividade (missão), no Brasil ou no Exterior, **prestem contas sob pena de inabilitação a novos comissionamentos e restituição das importâncias recebidas**.

Nessa linha, o Conselho Nacional do SESI editou a **Resolução n.º 01/2004**¹⁵, que delegou (**art. 1.º**) aos Conselhos Regionais a competência de autorizar, nos limites de suas circunscrições, o procedimento de baixa patrimonial para alienação de bens móveis sem serventia ou de uso antieconômico; permuta ou dação em pagamento de material, nas mesmas condições, para aquisição de bem novo, ou doação, desde que o valor residual do bem e/ou lote a ser alienado não ultrapasse o valor para dispensa de licitação na modalidade “convite”, previsto no RLC do SESI¹⁶.

Ultrapassados os limites de dispensa de licitação na modalidade “convite”, previsto no RLC do SESI, o Conselho Regional interessado deve formular pedido direto à Presidência do Conselho Nacional com a descrição individual dos bens, com o valor residual de cada um, acompanhado das devidas justificativas (**art. 2.º**).

¹³ Regulamento, arts. 18 e 19.

¹⁴ Especificadas nos artigos 1.º a 8.º do Regulamento.

¹⁵ Consolidação das Normas sobre Baixa Patrimonial para alienação, e gravame de bens móveis e imóveis da Entidade.

¹⁶ Considerando que o art. 6.º do RLC do SESI, no seu inciso III referente a alienações de bens, não tem alínea específica para “dispensa de licitação na modalidade ‘convite’”, entendemos, s.m.j., que o limite a que o artigo 1.º da Resolução n.º 01/2004 se refira seja o estabelecido no inciso II, alínea “b”, do artigo 6.º do RLC uma vez que a baixa patrimonial por “alienação” ou “permuta ou dação em pagamento” destina-se à “aquisição de bem novo”.

Para o tratamento contábil dos AIs, e “visando à uniformização das Contas conforme preceitua o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) e de acordo com a nova padronização das Demonstrações Contábeis instituídas pela Lei Federal n.º 11.638, de 28.12.2007” (FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE RONDÔNIA, 2012), o Conselho Nacional do Sesi editou o **Ato Resolutório n.º 12/2009**¹⁷ para adotar, a partir de 1.º/01/2010, o novo “Plano de Contas e Manual de Padronização do Sistema Indústria”, igualmente implementado no âmbito da CNI, do SENAI e do IEL.

Esse novo “Plano de Contas”, estabelecendo que ativo “Compreende as disponibilidades, os direitos e os bens, tangíveis e intangíveis adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades, que seja portador ou representante um fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerentes à prestação de serviços.”, consolidou os AIs no Subgrupo 1.2.04.01 do ATIVO NÃO CIRCULANTE, com as orientações sobre reconhecimento, mensuração, reavaliação e amortização, a saber:

1. ATIVO

Finalidade: Consolidar os bens e os direitos, demonstrando a aplicação dos recursos.

1.1 ATIVO CIRCULANTE

(omissis)

1.2 NÃO CIRCULANTE

Finalidade: Consolidar os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte.

(omissis)

1.2.04 INTANGÍVEL

Finalidade: Nesse grupo de contas são consolidados os direitos de bens incorpóreos destinados às atividades do Sistema Indústria.

1.2.04.01 BENS INTANGÍVEIS

Finalidade: Consolidar bens incorpóreos destinados à manutenção da Entidade ou exercidos com essa finalidade.

1.2.04.01.01 Marcas e Patentes

Finalidade: Consolidar os valores das marcas e patentes incorporadas ao patrimônio das Entidades.

1.2.04.01.01.001 Marcas e Patentes

Natureza: Devedora.

¹⁷ Plano de Contas Contábeis e Manual de Padronização Contábil, Modifica e Cria Documento Único.

Finalidade: Registrar os valores das marcas e patentes incorporadas ao patrimônio das Entidades.

Técnica

Debitada: Pelos custos da marca ou patente incorporada tendo como contrapartida a conta de Variação Patrimonial Ativa.

Creditada: Pelas baixas ou transferências efetuadas tendo como contrapartida a conta pertinente à operação realizada.

Fato Gerador: Aquisição ou registro de marca.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

1.2.04.01.02 Direitos Autorais.

Finalidade: Consolidar o valor dos direitos autorais incorporáveis ao patrimônio das Entidades.

1.2.04.01.02.001 Direitos Autorais.

Natureza: Devedora.

Finalidade: Registrar o valor dos direitos autorais incorporáveis ao patrimônio das Entidades.

Técnica

Debitada: Pelos custos do direito autoral incorporado ao patrimonial da Entidade, tendo como contrapartida a conta de Variação Patrimonial Ativa.

Creditada: Pelas baixas ou transferências efetuadas tendo como contrapartida a conta pertinente à operação realizada.

Fato Gerador: Aquisição ou registro¹⁸ do direito autoral.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

1.2.04.01.03 Direitos de Uso de Linhas Telefônicas

Finalidade: Consolidar o valor do direito de uso de linhas telefônicas adquirido e incorporado ao patrimônio das Entidades.

1.2.04.01.03.001 Direitos de Uso de Linhas Telefônicas

¹⁸ Muito embora o art. 18 da LDA disponha que a proteção aos direitos autorais independa de registro, diferentemente do que ocorre com os direitos de propriedade industrial (LPI, arts. 6.º, caput e § 1.º, 42, 49, 88 e ss, 94, 128 e 129), deve ser celebrado o competente instrumento contratual de cessão de direitos autorais para a garantia da titularidade das Entidades, enquanto pessoas jurídicas, bem como do pleno uso das obras originais e derivadas para as finalidades institucionais presentes e futuras, sem riscos – ou, pelo menos, um mínimo – de demandas cíveis e penais, a teor dos arts. 11, parág.ún., 29, 30 a 32, 49, 50, 53 a 56, 68, 77, 78, 81, 82 da LDA.

Natureza: Devedora.
 Finalidade: Registrar o valor do direito de uso de linhas telefônicas adquirido e incorporado ao patrimônio das Entidades.

Técnica

Debitada: Pelo valor da compra do direito incorporado, tendo como contrapartida a conta do Disponível.

Creditada: Pelas baixas ou transferências efetuadas, tendo como contrapartida a respectiva conta de Resultado.

Fato Gerador: Reconhecimento do direito de uso.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

1.2.04.01.04 Direito de Uso de *Softwares*

Finalidade: Consolidar o valor do direito de uso de softwares desenvolvidos pelas Entidades e incorporados ao patrimônio destas.

1.2.04.01.04.001 Direito de Uso de *Softwares*

Natureza: Devedora.

Finalidade: Registrar o valor do direito de uso de softwares desenvolvidos pelas Entidades e incorporados ao patrimônio destas.

Técnica

Debitada: Pelo valor de compra do programa incorporado, tendo como contrapartida a conta de Variação Patrimonial Ativa.

Creditada: Pelas baixas ou transferências efetuadas tendo como contrapartida a conta pertinente à operação realizada.

Fato Gerador: Aquisição ou registro do *software*.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

1.2.04.01.05 Direitos de Exploração

Natureza: Consolidar os custos incorridos na obtenção de direitos de exploração de pontos comerciais ou industriais, conforme os contratos firmados pelas Entidades com terceiros.

1.2.04.01.05.001 Direitos de Exploração

Natureza: Devedora.

Finalidade: Registrar os custos incorridos na obtenção de direitos de exploração de pontos comerciais ou industriais, conforme os contratos firmados pelas Entidades com terceiros.

Técnica

Debitada: Pelos valores dos direitos de exploração, contratados com terceiros tendo como contrapartida a conta de Variação Patrimonial Ativa.

Creditada: Pelas baixas ou transferências efetuadas tendo como contrapartida a conta pertinente à operação realizada.

Fato Gerador: Obtenção do direito de exploração.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

1.2.04.01.06 (-) Amortização de Bens Intangíveis

Finalidade: Consolidar as amortizações dos bens intangíveis tais como marcas e patentes e *softwares*.

1.2.04.01.06.001 (-) Amortização de Bens Intangíveis

Natureza: Credora.

Finalidade: Registrar as amortizações dos bens intangíveis tais como marcas e patentes e *softwares*.

Técnica

Debitada: Pelo valor amortizado referente às baixas ou transferências tendo como contrapartida a respectiva conta de Variação Patrimonial Ativa.

Creditada: Pelo valor da quota de amortização tendo como contrapartida a respectiva conta de Variação Patrimonial Passiva.

Fato Gerador: Registro dos bens no patrimônio.

Plano de Ação: Divulgação do manual de contabilização, realização de treinamento de classificação e contabilização.

Nesse sentido, o “Manual de Gestão da Propriedade Intelectual no Sistema Indústria” (SISTEMA INDÚSTRIA, 2012) firma a diretriz de titularidade e controle patrimonial da PI, a saber:

8.3.3.1 Da titularidade

Na celebração de quaisquer contratos ou convênios, relativos às atividades que possam resultar em criação intelectual protegida pelas leis do país, serão estipuladas cláusulas de titu-

laridade e de participação dos contratantes, ou convenientes, e criadores na exploração da patente ou do referido bem.

Resguardados os direitos morais do autor e a nomeação do inventor, as condições em que a titularidade do direito pertencente exclusivamente ao SENAI, ao SESI ou ao IEL constarão nos contratos de trabalho, de prestação de serviço e de estágio:

- a) de todos os funcionários que desenvolvam atividades nas áreas fim do SENAI, do SESI ou do IEL;
- b) dos prestadores de serviços, inclusive bolsistas e estagiários.

No caso de titularidade compartilhada entre o SESI, o SENAI, o IEL e terceiros, as Doutas Advogadas DANUSA COSTA LIMA, MARIANNA PEDREIRA DE SOUZA e SILVANA SAPUCAIA, do DR/Bahia, indicam que o melhor critério para esse compartilhamento é o da divisão na proporção equivalente ao montante do valor efetivamente agregado do conhecimento já existente no início da parceria, bem como dos recursos humanos, financeiros e materiais alocados pelas partes envolvidas. (LIMA; SOUZA; SAPUCAIA, 2008).

8.3.4 Fundamentação regimental (BRASIL, 1962) do SENAI

Ao Conselho Nacional (**art. 19, “f”**) e aos Conselhos Regionais (**34, “d” e “i”**) incumbem o exame do inventário dos bens sob suas respectivas responsabilidades, bem como a autorização para a alienação desses ativos patrimoniais.

Os balanços financeiros, econômico e patrimonial deverão ser, anualmente, submetidos pelo Conselho Nacional à fiscalização e julgamento do TCU (**art. 56**).

Mais especificamente quanto aos bens de PI, entre os quais se encontram aqueles passíveis de serem classificados como AIs nas demonstrações contábeis da Entidade, o Departamento Nacional¹⁹ do SENAI editou “**Diretrizes Gerais para a Política da Propriedade Intelectual**” para determinar os devidos atos de proteção, administração e gestão dos direitos de PI quer por meio de registros junto aos órgãos competentes, quer por meio de celebração de instrumentos jurídicos e demais procedimentos administrativos específicos, tudo nos termos da Lei (**Considerando “i”, “iv”, “vi”, nos itens 1.1, 1.2, 1.4, 1.6, 2, 2.1, 2.4 e 4**).

¹⁹ Regimento SENAI, arts. 19, “a”, e 30, “a”.

Em deliberação articulada com as demais entidades do “Sistema Indústria”, o SENAI implementou o novo “Plano de Contas e Manual de Padronização do Sistema Indústria”, consoante exposto no item 3.3 supra.

8.3.5 Fundamentações normativas regionais (SESI/SP, SENAI/SP e SESI/MT)

Apenas a título exemplificativo, considerada a autonomia dos Departamentos Regionais, o SESI/SP e o SENAI/SP instituíram suas “Políticas de Propriedade Intelectual” (**Resoluções SESI/SP n.º RE-04/2011 e SENAI/SP n.º RE-07/2011**), com expressas responsabilidades pelo inventário dos seus AIs (**item 2.1.n**).

Já o SESI em Mato Grosso consignou as regras para a preservação dos bens de PI em seu “**Código de Conduta e Ética – SESI/MT**” (**item 6**). (SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. MT, 2012).

8.4 DA COMPETÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO TCU

8.4.1 É competente o TCU? Fundamentação constitucional e legal

Concomitantemente ao que dispõe o artigo 70 (*caput* e parágrafos) da Constituição Federal acima transcrito (item 3.1), os artigos 71 (inc. II) e 74 (incs. II e IV e § 1.º) da Carta Magna e o artigo 183 do Decreto-Lei n.º 200/1967 determinam que estão sujeitos à fiscalização do Estado os administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, inclusive entidades de personalidade jurídica de Direito Privado, que recebem contribuições parafiscais.

Assim, o SESI e o SENAI sujeitam-se à fiscalização pelo TCU, realizada nos termos dos artigos 1.º (inc. I, § 1.º) e 5.º (inc. V) da Lei n.º 8.443/1992 (LOTUCU).

A Lei n.º 2.613/1955 (arts. 11 e 13), que criou a então Fundação Serviço Social Rural (hoje, INCRA), estabeleceu o **dever** de o SESI e o SENAI prestarem contas ao TCU, estando essa determinação expressamente consignada no artigo 12 do Regulamento SESI e no artigo 10 do Regimento SENAI.

Destacamos, entretanto, o entendimento do Douto Advogado BRUNO NOVAES ROSA, do DR/Sergipe, para quem, ao analisar a Jurisprudência do TCU à lume de decisões do STF, notadamente, Medida Cautelar no MS n.º 26410 MC/DF, o TCU:

(...) deve continuar a exercer suas atividades de controle e fiscalização sobre os entes do “Sistema S” devendo no entanto modificar seu enfoque e passar a analisar, de forma finalística, os resultados obtidos em cada gestão, sem interferir diretamente em atos interno e discricionários, sob a pecha da “PUBLICIZAÇÃO”, que além de inaplicável é danosa ao desenvolvimento das atividades precípua das entidades paraestatais. (ROSA, Bruno Novaes, Grifo Nosso).

8.4.2 Como julga o TCU? Jurisprudência

O TCU tem reconhecido “(...) que a dificuldade em se atribuir valor ao conhecimento é fato inquestionável, que ocupa estudiosos em todo o mundo no desenvolvimento de uma sistemática que permita aferir de forma mais objetiva o valor de tais ‘ativos intangíveis’”.²⁰

Todavia, na evolução da sua Jurisprudência sobre direitos de PI adquiridos com **dinheiro de origem pública**²¹, a Egrégia Corte de Contas defende a primazia do interesse público e determina o controle patrimonial da PI e do correspondente proveito econômico, com vistas ao desenvolvimento social e econômico do País²².

Por assim se dizer, o TCU propugna pela **compliance** da **gestão patrimonial dos AIs** por parte de todos aqueles que recolham e administrem **dinheiro público**, entre eles, as Entidades integrantes do “Sistema S”.

8.4.3 Há responsabilização pelo TCU? Jurisprudência

Como lecionava o saudoso Professor MIGUEL REALE (2000),

(...) onde há norma há sempre sanção, isto é, uma forma de garantia acrescentada à regra para assegurar o seu adimplemento, podendo haver, consoante já

²⁰ TCU, Plen., Acórdão n.º 1.890/2006, Proc.n.º 016.572/2005-9, Rel.Min. UBIRATAN AGUIAR, j.11.10.2006.

²¹ Como é o caso da contribuição compulsória do “Sistema S”, que se reveste de natureza tributária conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento no Recurso Extraordinário – RE n.º 138.284-8.

²² Decisões TCU: Dec. 340/2000 – Plen.; Dec. 108/2001 – Plen.; Dec. 409/2002 – Plen.; Ac. 642/2006 – Plen.; Ac. 235/2007 – Plen.; Ac. 2.645/2007 – Plen.; Ac. 883/2008 – Plen.; Ac. 1.603/2008 – Plen.; Ac. 448/2011 – Plen.; Ac. 4.500/2012 – 2.ªC.

foi explicado, sanções penais e premiaias. O que não há são modelos jurídicos desprovidos de sanção. (gn)

Além da responsabilização de colaboradores pelas próprias Entidades²³, reconhecida em procedimento disciplinar específico e assegurados o contraditório e a ampla defesa²⁴, há, ainda, responsabilização pelo TCU em sede de fiscalização.

É da lição do Douto Professor CARLOS NIVAN MAIA (2012), que o TCU tem reiterado a adoção de um **sistema de controle de bens patrimoniais eficiente por todo o “Sistema S”, atualizado anualmente**, sendo certo que, uma vez não localizados os bens, as Entidades devem adotar medidas administrativas para **apuração de responsabilidade e o imediato ressarcimento ao erário**, sob pena de **aplicação de multas** aos responsáveis, nos termos da LOTCU (arts. 8.º, *caput* e 58), do RITCU (art. 268, VII e VIII) e da Instrução Normativa TCU – IN n.º 56/2007²⁵.

8.5 CONCLUSÃO

Os ATIVOS INTANGÍVEIS valem muito.

Assumem valores significativos, superando, inclusive, os dos tangíveis.

As normas ora expostas são novéis e, por isso, há muito a que se fazer.

A evolução geométrica dos Projetos dos “Editais de Inovação” do SESI e do SENAI, inscritos por empresas parceiras integrantes da base contributiva do “Sistema Indústria”, no caminho de um “BRASIL MAIOR” à busca do seu pleno desenvolvimento econômico e socialmente sustentável erigido à Norma Constitucional (CF, arts. 5.º, § 2.º, 218 e 219), demanda *compliance* da gestão patrimonial da PI e dos AIs do SESI e do SENAI aos ditames legais.

²³ Regulamento SESI, art. 10; Regimento SENAI, art. 3.º, parág. ún.

²⁴ CF, art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*Omissis*) LV – aos litigantes, em **processo** judicial ou **administrativo**, e **aos acusados em geral** são assegurados **o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) (gn)

²⁵ Decisões do TCU: Acórdãos n.ºs 1.756/2005 – 1.ª C.; 1.761/2005 – 1.ª C.; 1.689/2007 – 1.ª C.; 3.324/2008 – 2.ª C.; 369/2009 – 1.ª C.; 636/2010 – 2.ª C.; 2.569/2010 – 1.ª C.; 4.604/2010 – 2.ª C.; 1.171/2011 – 1.ª C.; 3.048/2011 – 2.ª C.

A contínua melhoria dos modelos jurídicos preventivos, alternativos de resolução de conflitos (ADRs) e contenciosos apresenta-se como resposta à necessidade por suporte jurídico imposta às Entidades pela pesquisa e desenvolvimento de Projetos de CT&I.

Verificamos campo para Aplicadores do Direito atuarem de forma inter e multidisciplinar, bem como a recomendação de capacitação continuada em várias áreas do Direito (*ex vi* Regimento SENAI, art. 1.º, “d”).

Por derradeiro, inegável que os AIs e seus novos modelos de negócios podem surgir nas cabeças e nas mãos de qualquer um com “Espírito Jovem” (de 10 a 100 anos!), inclusive inexperientes, que tenham acesso aos recursos das Entidades, não importando a idade ou a procedência, mas se sabem quando e como criá-los.

8.6 REFERÊNCIAS

ALTMAN, Fábio. **Ele Esteve no Olho do Furação**: o Brasileiro Eduardo Saverin, cofundador do *Facebook*, revela os detalhes dos primórdios da rede social, diz por que o filme baseado na origem da empresa é um amontoado de ficções e anuncia seu desejo de investir no Brasil. **Revista Veja**, São Paulo, v. 45, n. 2271, Seção especial, maio 2012.

BAETA, Zínea. **Convênio do Sebrae estimula uso da arbitragem por microempresários**. São Paulo: Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. t. 1.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BANCO FATOR. **Nanotecnologia na ponta da inovação**. Revista Fator, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 12-19, dez. 2010.

BORGES, Cassio. O Sistema SENAI inovação e controle externo de suas atividades. In: **Congresso Brasileiro de Inovação na Indústria**, 2., 2007.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Entendimento do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do “Sistema S”**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaEntendimentosCISistemaS/CartilhaEntedimentosCISistemaS.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

BRASIL. Governo Federal. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio – MDIC. **Programa “Brasil Maior. Inovar para Competir. Competir para Crescer.”** Brasília, 2011. Disponível em: <www.mdic.gov.br/brasilmaior>. Acesso em: 5 jun. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto n.º 494, de 10 de Janeiro de 1962**. Aprova o Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI). JusBrasil. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109306/decreto-494-62>>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto n.º 57.375, de 02 de Dezembro de 1965**. Aprova o Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI). Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57375.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto-Lei n.º 200, de 25 de Fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Palácio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Decreto n.º 75.541, de 31 de Março de 1975**. Promulga a Convenção que Institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-norma-pe.html>>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6404compilada.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei n.º 9.279, de 14 de Maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei n.º 11.638, de 28 de Dezembro de 2008**. Altera e revoga dispositivos da Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, e da Lei n.º 6.385, de 7 de Dezembro de 1976, e estende às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11638.htm>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Decisão n.º 340/2000**. Auditoria UFSC. Relator: Ministro Humberto Souto. Brasília, 26 de abril de 2000. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em: abr.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Decisão n.º 108/2001**. Auditoria de Desempenho. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 26 set. 2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Auditoria. UFRRJ. **Decisão n.º 409/2002**. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 24 de abril de 2002. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em: abr.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Auditoria de natureza operacional. **Acórdão n.º 642/2006**. Relator Ministro Valmir Campelo. Brasília, 03 de maio de 2006. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em: ago.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Representação. **Acórdão n.º 235/2007**. Relator Ministro Lucas Rocha Furtado. Brasília, 28 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: fev.2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Representação. **Acórdão n.º 2.645/2007**. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 05 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em: jul.2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Consulta. **Acórdão n.º 883/2008**. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 14 de Maio de 2008. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: abr.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. **Acórdão n.º 1.603/2008**. Relator Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 13 de Agosto de 2008. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU> >. Acesso em: abr.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Plenário. Representação. **Acórdão n.º 448/2011**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: abr.2011.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. 2.^a Câmara. **Acórdão n.º 448/2011**. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, 03 de julho de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: jul.2012.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE – CFC. **Resolução CFC n.º 1.055/05, de 07 de Outubro de 2005**. Cria o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), e dá outras providências. Brasília: CFC, 2005. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/legislacao.php>>. Acesso em: 26 set. 2012.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS – CPC. **Pronunciamento Técnico CPC 04 (RI) – Ativo Intangível – Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IAS 38 (IASB – BV2010), de 05 de Novembro de 2010**. Brasília: CPC, 2010. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/pronunciamentosIndex.php>>. Acesso em: 26 set. 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **A Indústria Brasileira no Caminho da Sustentabilidade**. Brasília: CNI, 2012a.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Conclusões do 4.º Encontro Nacional da Indústria – Prioridades e Recomendações (2011-2014)**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF808081250292FE012508A1B5DF2F9D/ENAI_09_CADERNO%20CONCLUS%C3%95ES_WEB.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Plano Estratégico do Sistema Indústria 2006 – 2010**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.senai.br/br/home/PlanoEstrategicoSistemaIndustria_completo.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Relevância econômica**. Disponível em: <http://www.propintellectual.com.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=28>. Acesso em: 5 jul. 2012b.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **SENAI e SESI selecionam projetos para aplicar R\$ 30 milhões em inovação**. Disponível em: <<http://www.senaimt.com.br/site/mostra.php?noticia=7964>>. Acesso em: 5 jul. 2012c.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **MOBILIZAÇÃO EMPRESARIAL PELA INOVAÇÃO. O Estado da Inovação no Brasil**: uma agenda para estimular a inovação. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.propintellectual.com.br/site/images/mei/agenda_inovacao.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

DIAS, Flávia. **Acordo de cooperação técnica entre Fiesp e TCU contribuirá para capacitação de recursos humanos e gestores do “Sistema S”**. São Paulo 2012. Disponível em: <<http://www2.fiesp.com.br/noticias/fiesp-e-tcu-firmam-acordo-de-cooperacao-tecnica/>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DA PARAÍBA. **Energia Térmica Solar**. Disponível em: <<http://www.fiepb.com.br/senai/cursos/17>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO; FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **HUMANIDADE2012. A Desigualdade é Insustentável. Rio+20: a posição da Indústria**. São Paulo, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www2.fiesp.com.br/noticias/integra-desigualdade-e-insustentavel-contribuicao-da-fiesp-e-da-firjan-para-a-rio20/>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Técnicos do DN implantam Projeto de Padronização Contábil no Sistema FIERO (Federação das Indústrias do Estado de Rondônia)**. Disponível em: <http://www.ro.senai.br/portal/app/webroot/index.php?option=com_content&view=article&id=1934:tecnicos-do-dn-implantam-projeto-de-padronizacao-contabil-no-sistema-fiero&catid=17:noticias&Itemid=163>. Acesso em: 5 mai. 2012.

GADELHA, Gisela Pimenta. A Importância da Propriedade Intelectual para as Entidades Integrantes do “Sistema S”. In: **Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico: 5.º Encontro Nacional dos Advogados do SESI – SENAI**. Brasília: Sistema Indústria, 2007. p.105-123.

GOMES, Patrícia. **MIT, USP e ITA levam design social a comunidades de SP**. Disponível em: <<http://catracalivre.folha.uol.com.br/2012/07/mit-usp-e-ita-levam-design-social-a-comunidades-de-sp/>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

INSTITUTO EUVALDO LODI. RN. **SENAI Realiza 3.ª MSE/FASHION**. Disponível em: <http://www.rn.iel.org.br//index.php?option=com_content&task=view&id=383>. Acesso em: 5 jul. 2012.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT Comentadas para Trabalhos Científicos**. 4. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2010.

JUAREZ, Freitas. **Sustentabilidade Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUNGMANN, Diana. **Programa de Propriedade Intelectual para Inovação na Indústria**. Rio de Janeiro: CNI/IEL, 2011. Disponível em: <http://www.al-invest4.eu/attachments/Sem.%20Inov.Tecnol_DIANA%20J.%20DE%20MELLO_CNI_Brasil_May2011.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

JUNGMANN, Diana. **Propriedade Intelectual, Inovação e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: CNI/IEL, 2008. Disponível em: <http://www.redetec.org.br/publique/media/xirepict_diana_jungmann_manha_20_10_2008.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

JUNGMANN, Diana. **Propriedade Intelectual e Inovação em Biotecnologia**. Belo Horizonte: CNI/IEL, 2011. Disponível em: <<http://www.simi.org.br/biblioteca/exibir/5790>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem em Propriedade Intelectual**. In: O papel do agente da propriedade industrial na América Latina e Caribe, 1997, Santiago do Chile, 1997. Disponível em: <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri34.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2012.

LIMA, Danusa Costa; SOUZA, Marianna Pedreira de; SAPUCAIA, Silvana. Possibilidade de Implantação de Política de Propriedade Intelectual no Âmbito do SENAI. In: **Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico**: 6.º encontro nacional dos advogados do SESI – SENAI. Brasília: Sistema Indústria, 2008, p.155-172.

MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do “Sistema S”**. 1.ed. São Paulo: Editora SESI/SP, 2012.

MARTINS, Carlos Benedito; MARTINS, Heloisa Helena T. de Souza. **Horizontes das Ciências Sociais no Brasil**. Sociologia. São Paulo: ANPOCS, 2010.

MARSIGLIA, Ivan. **Sombras do mundo que se vai: Para pesquisador, um novo modelo econômico baseado na conectividade está sendo gerado em plena crise global**. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 15. jul. 2012. Caderno “Aliás, a Semana Revista”.

MILES, Ian; LEITE et al. **Nanotecnologia: oportunidades para a Indústria e Novas Qualificações Profissionais**. Brasília: SENAI, 2010.

PADOVEZE, Clóvis Luís; BENEDICTO, Gideon Carvalho de; LEITE, Joubert da Silva Jerônimo. **Manual de Contabilidade Internacional IFRS – US GAAP – BR GAAP – Teoria e Prática**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

PRICE WATERHOUSE COOPERS. **Manual de Contabilidade IFRS/CPC: adoção inicial e ativos intangíveis.** São Paulo: Saint Paul, 2010.

R7. **Instagram, em 551 dias, vale mais do que o New York Times, de 160 anos.** Disponível em: <http://www.correiodoestado.com.br/noticias/instagram-em-551-dias-vale-mais-do-que-o-new-york-times-de-1_146164/>. Acesso em: jul. 2012.

ROSA, Bruno Novaes. O Tribunal de Contas da União e o “Sistema S”. *In: Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico: 5.º Encontro Nacional dos Advogados do SESI – SENAI.* Brasília: Sistema Indústria, 2007, pp.69-78.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHMIDT, Paulo; SANTOS, José Luiz dos Santos. **Avaliação de Ativos Intangíveis. Goodwill, Capital Intelectual, Marcas e Patentes, Propriedade Intelectual, Pesquisa e Desenvolvimento.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SERVIÇO NACIONAL DA INDÚSTRIA. DN. **Referência de Qualidade: SENAI fabrica protótipo para estação espacial internacional.** Disponível em: <<http://www.dn.senai.br/sb/sb85/referencia.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2012a.

SERVIÇO NACIONAL DA INDÚSTRIA. DN. **Projeto leva energia solar à Região Norte.** Disponível em: <<http://www.dn.senai.br/sb/sb79/src/destaques.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2012b.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. **Relatório de Sustentabilidade 2010.** Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.sesi.org.br/portal/main.jsp?lumPageId=8A81818B1494CE240114983D8CE75106&itemId=FF80808133277FC50133CB09476D0E3B&lumItemId=FF80808133277FC50133CB0947B40E3C>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. CONSELHO NACIONAL. **Ato Resolutório n.º 12/2009, de 28 de Julho de 2009.** Plano de contas contábeis e manual de padronização contábil, modifica e cria documento único. Brasília: SESI, 2009.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. CONSELHO NACIONAL. **Resolução n.º 01/2004, de 06 de Agosto de 2004.** Consolidação das normas sobre baixa patrimonial para alienação e gravame de bens móveis e imóveis da entidade. Brasília: SESI, 2004.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. MT. **Código de Conduta e Ética SESI**. Disponível em: <http://www.gestaodosesi.sesimt.com.br/eti_codigo.php>. Acesso em: 5 jul. 2012.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. SP. **Equipe do SESI/SP garante pódio em torneio de robótica nos EUA**. Disponível em: <<http://www.sesisp.org.br/home/2006/news/news.asp?cdgn=2166>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

SISTEMA INDÚSTRIA. **Manual de Gestão da Propriedade Intelectual no Sistema Indústria**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.sistamacni.org.br/intranet/intranetcni/Documentos/manual_gestao_da_propriedade/MANUAL_GESTAO_PI_VERSAO_WEB3.pdf>. Acesso em: jul.2012.

VILICIC, Filipe. Eles já Nasceram no Futuro: quem são e o que pensam os jovens brasileiros que estão fazendo sucesso e deixando sua marca na revolução digital. **Revista Veja**, São Paulo, v. 45, n. 2.264, p. 92-96, abr. 2012.

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



**9 – O TEORIA GERAL DO
PREQUESTIONAMENTO E OS
RECURSOS EXCEPCIONAIS
DO SISTEMA INDÚSTRIA**

JEAN ALVES PEREIRA ALMEIDA

DEPARTAMENTO NACIONAL

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar um importante instituto do Direito Processual Civil, exigido para a interposição dos Recursos Extraordinários e Especiais, que gera grandes discussões tanto em sede doutrinária como jurisprudencial: o Prequestionamento.

Para analisarmos o referido instituto, enfrentaremos questões de Direito Constitucional e Processual Civil, da seguinte forma:

- e) A Função dos Recursos Extraordinário e Especial;
- f) As primeiras controvérsias a respeito do prequestionamento;
- g) Prequestionamento;
- h) Espécies de prequestionamento;
- i) Da dispensa de prequestionamento para o Recurso Extraordinário, quando a questão já tiver sido definida pelo Plenário do STF;
- j) Súmulas do STF e do STJ relativas ao prequestionamento e sua interpretação atual.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará desenhar uma Teoria Geral do Prequestionamento¹, enfrentando as principais questões ligadas ao tema, que repercutem na viabilização de interposição dos recursos excepcionais pelas entidades integrantes do Sistema Indústria.

9.1 FUNÇÃO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL

O Supremo Tribunal Federal detém a função de guarda da Constituição, a exemplo da Corte Suprema Norte-Americana. Desta forma, cabe ao STF a interpretação da norma constitucional e o julgamento de todas as causas em que versem questões desta natureza, de forma a uniformizar a jurisprudência e padronizar a atuação da sociedade brasileira. O Superior Tri-

¹ ALMEIDA, Jean Alves Pereira. Teoria Geral do Prequestionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 97, p. 71-81, abr. 2011.

bunal de Justiça é o guardião da legislação infraconstitucional comum, tendo assim, função similar a do STF, só que no âmbito legal.

Uma das formas de exercício dessa guarda se dá por intermédio do julgamento do recurso especial e do recurso extraordinário, que têm por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição da República ao caso concreto.

Os recursos extraordinário e especial têm um ponto em comum, a saber: tutelam, imediatamente, o direito objetivo, a ordem jurídica e, mediadamente, o direito subjetivo da parte vencida.

Inicialmente, o recurso extraordinário abarcava como causas de pedir, violações à ordem constitucional e à ordem infraconstitucional. Após o advento da novel Carta de 1988, repartiu-se entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça a função de guarda da Constituição e das Leis Federais, razão pela qual a Carta de 1988 instituiu o recurso especial, encarando em seus casos de cabimento aqueles que eram subsumidos ao recurso extraordinário.

9.1.1 Conceitos de recurso extraordinário e de recurso especial, previsão constitucional e hipóteses de cabimento

O recurso extraordinário é o meio através do qual as partes submetem ao Supremo Tribunal Federal as causas julgadas em única ou última instância por Tribunais inferiores cujas decisões desrespeitaram a norma constitucional ou sua interpretação pacífica pelo STF. Portanto, o RE, como é conhecido na prática jurídica, tem por objetivo fundamental a manutenção da autoridade da norma constitucional, não sendo, portanto, vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido².

A previsão do regime jurídico do recurso extraordinário, bem como suas hipóteses taxativas de cabimento, encontram-se no artigo 102, III, alíneas e §3º, *verbis*:

Artigo 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: RT, 2007. p.127. (Coleção RPC, 3).

- a) *contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) *declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) *julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;*
- d) *julgar válida lei local contestada em face da lei federal.*

.....

§3º - No **recurso extraordinário** o recorrente deverá **demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso**, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a **admissão do recurso**, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. (grifo nosso)

A repercussão geral não será objeto deste estudo. Essa questão foi abordada no artigo “Repercussão Geral Objetiva”³.

O texto constitucional estabelece o cabimento do recurso extraordinário, a saber: contra causas **decididas**⁴ em única ou última instância pelos tribunais recorridos cujo acórdão recorrido (a) contraria dispositivo da CRFB; (b) declara inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julga válida lei ou ato local contestado em face da CR; (d) julga válida lei local contestada em face da lei federal.

Observa-se, portanto, que o recurso extraordinário é importante ferramenta do sistema jurídico democrático, uma vez que sua utilização correta e adequada proporciona a segurança jurídica das instituições e a supremacia do texto constitucional, resguardando a manutenção das instituições sociais e jurídicas.

Verifica-se, ainda, que o recurso extraordinário não tem o condão de atuar como mero recurso ordinário, posto que seu objetivo não rever a análise provas ou a simples má aplicação do direito material, enfim, fazer do Supremo Tribunal Federal um juízo cognitivo. A Corte Constitucional, em sede de recurso extraordinário, reafirma sua atribuição constitucional de guardião e intérprete da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesta linha, ao julgar o recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal atua no sentido de discutir teses jurídicas, posicionamentos e interpretações acerca da norma constitucional, ou seja, debate questões meramente de direito, e não relativas à prova ou aos fatos. Contudo,

³ Revista Dialética de Direito Processual. N. 95, p. 18-33.

⁴ Dessa expressão vem a necessidade do prequestionamento para a viabilização da interposição dos recursos excepcionais, sendo que o STF adota a tese do prequestionamento ficto (SUM 356 STF) e o STJ não (SUM 211 STJ), que será melhor abordado mais adiante.

no julgamento do recurso extraordinário a Corte Suprema Brasileira empreende na análise de mérito os juízos de cassação (censura) e de revisão (rejulgamento da causa de acordo com sua jurisprudência).

A previsão do regime jurídico do recurso especial, bem como suas hipóteses taxativas de cabimento, encontram-se no artigo 105, III, alíneas, verbis:

Artigo 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

.....

*III – julgar em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida, quando a **decisão recorrida:***

- a) contrariar tratado ou lei federal ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” (grifo nosso).*

Ao STJ a Constituição da República reservou a função de guardião da aplicação e da interpretação adequada da lei federal, dando homogeneidade ao trato desta pelas cortes nacionais e garantindo que essa lei, por ser uma só para todo o Brasil, seja aplicada e interpretada de maneira única, pelo Judiciário.

De todo o modo, há um núcleo comum que aproxima e até certo ponto harmoniza esses recursos, permitindo neles surpreender certas características, que explicam o porquê de sua qualificação como “excepcionais”. De resto, compreende-se que apresentem vários pontos em comum, já que, em última análise, o recurso especial é uma variante do extraordinário, criado pela Constituição de 1988 como uma das soluções para a chamada “Crise do Supremo”, ou seja, a crise do recurso extraordinário.

9.1.2 O direito de recorrer e os recursos extraordinário e especial

Afirma-se, na doutrina, que basicamente, três seriam os fundamentos que justificam a existência de recursos cíveis: 1º) o inconformismo das partes quanto à decisão proferida contrariamente a seu interesse; 2º) o interesse do próprio Estado em que a decisão seja proferida corretamente; e 3º) em sistema jurídicos como o brasileiro, a necessidade de uniformização da inteligência do direito federal.

Desta forma, considerando que a atividade jurisdicional deve aspirar a um estado idealmente perfeito, os recursos seriam meios de controle, já que o Estado não pode garantir que os juízes sejam infalíveis⁵.

Semelhante, afirma Othmar Jauernig que a existência do recurso exerce sobre os órgãos judiciais “uma pressão salutar para que fundamentem cuidadosamente as decisões”⁶.

Em sistemas jurídicos como o brasileiro, em que as normas constitucionais e federais são aplicadas por tribunais estaduais e tribunais regionais autônomos entre si, justifica-se, também a existência de recursos com finalidade de resguardar a unidade de inteligência acerca do Direito nacional. É exatamente o que ocorre com os recursos extraordinário e especial.

Assim, por meio dos recursos especial e extraordinário busca-se a uniformização da interpretação da lei federal ou a guarda da Constituição da República, evitando-se a persistência de decisões que adotem orientações diferentes acerca de uma mesma regra ou princípio jurídico de direito constitucional ou de direito federal infraconstitucional.

Nessa linha doutrina o professor José Miguel Garcia Medina⁷: “Nota-se, pois, que os recursos extraordinário e especial ligam-se à idéia de *federalismo*, forma adotada pelo Estado Brasileiro⁸ .

9.2 AS PRIMEIRAS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DO PREQUESTIONAMENTO

A idéia do prequestionamento surgiu no *Judiciary Act* norte americano de 1789, que criou os recursos para a Suprema Corte americana. Defendiam os doutrinadores norte americanos que a simples alegação da questão federal não bastaria para ensejar seu cabimento, devendo esta ter sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Esta idéia foi trazida ao Brasil e introduzida na Constituição de 1891, cujo artigo 59, § 1º, “a”, dispunha que “*quando se questionar sobre a validade de leis ou a aplicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella*”.

⁵ FROCHAM, Manuel Ibañez. **Los recursos em El proceso civil**. Buenos Aires: Bibliográfica, 1943. p. 24-25.

⁶ JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 362.

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2009, p.19.

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005. Art. 1,18.

Com a reforma de 1926, entre as hipóteses de cabimento do recurso – que ainda não se denominava “extraordinário” – havia a seguinte: “Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se **questionar** sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar aplicação”.

Pelas Constituições de 1934 e 1937, afirmava-se caber recurso extraordinário quando a decisão fosse contrária à lei federal “sobre cuja aplicação se haja questionado”. O “questionamento” de que se falavam as respectivas Constituições não foi repetido na Constituição Federal de 1946. Ante essa modificação, parte da doutrina entendeu que havia sido dispensado o requisito do prequestionamento, entendimento, contudo, que não logrou prosperar. A jurisprudência, conflitante no início, acabou por considerar que, apesar de a norma constitucional não trazer expressamente a exigência do prévio questionamento, esta encontrar-se-ia implícita, em face da natureza excepcional do recurso.⁹

A Constituição da República de 1967, com a alteração da Emenda Constitucional 1 de 1969, não resolveu a controvérsia. Pelo contrário, em seu art. 119, III, b, suprimiu a alusão ao “questionamento” também da segunda hipótese prevista na CR de 1946 (art. 101, III, b: “*quando se questionar* sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada”).

Permaneceu, desse modo, ante o silêncio da Constituição de 1967 a respeito, o entendimento jurisprudencial no sentido da necessidade do prequestionamento.

9.3 PREQUESTIONAMENTO

Um dos problemas mais complexos no processo civil é o relativo à definição de prequestionamento, porque vários sentidos são dados a essa expressão, na doutrina e na jurisprudência¹⁰.

As manifestações mais antigas, sobre o tema, usam a expressão como **manifestação das partes a respeito da questão**. Mesmo antes da Constituição de 1946, o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal era no sentido da necessidade de **prévio questionamento da lei federal na instância local**, sob pena de não conhecimento do recurso extraordinário.

⁹ MELLO, Augusto Cordeiro. **O processo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 709. v. 2.

¹⁰ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Dialética, 2003, p.105.

É o que noticia Augusto Cordeiro de Mello: “Excetuada a Constituição de 1946, todas as outras estabeleciam a condição de ter havido questionamento sobre a aplicação da lei federal e que a decisão da justiça local lhe tivesse sido contrária. E a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era tranqüila no sentido de que sem aquele pré-questionamento não se podia recorrer extraordinariamente”¹¹

Assim, a utilização do termo **prequestionamento** surgiu na jurisprudência para enfatizar que a parte deveria provocar o surgimento da questão federal ou constitucional perante a instância inferior.

9.3.1 Conceito

Estamos de acordo com Nelson Nery Jr. Quando nega que o prequestionamento consista em mera decorrência do princípio dispositivo e do efeito devolutivo, ou que seja requisito específico de admissibilidade do RE, muito menos de origem pretoriana. Consideramos adequado o entendimento do mestre de que se trata tão-somente de “um dos meios para chegar-se ao requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais (extraordinário e especial), que é o cabimento do recurso”.¹²

Assim, comungamos, pois, com o entendimento de que, ao exigir o prequestionamento da questão constitucional que se pretende ver apreciada em RE, ou da questão federal que se pretende ver apreciada no REsp, o STF limitou-se a definir o sentido e o alcance da expressão “**causas decididas**”, interpretando-a, sem criar qualquer requisito adicional, e sem visualizar qualquer requisito implícito dotado de autonomia.¹³

O professor Bruno Dantas¹⁴ trata a matéria da seguinte forma:

No âmbito dos recursos excepcionais, o pressuposto constitucional de que as causas tenham efetivamente sido decididas quer significar que o ponto sobre o qual o recorrente deseja que o STJ ou o STF se pronuncie deve estar contido no bojo da decisão recorrida.

¹¹ MELLO, Augusto Cordeiro. **O processo no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 709. v. 2.

¹² NERY JR., Nelson. Ainda sobre o prequestionamento: Os embargos de declaração prequestionadores. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Leituras complementares de processo civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, p.85.

¹³ NERY JR., Nelson. Ainda sobre o prequestionamento: Os embargos de declaração prequestionadores. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Leituras complementares de processo civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2005, p.87.

¹⁴ DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado**: questões processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.176.

Desta forma, podemos conceituar o prequestionamento como o ato processual de se provocar uma decisão, sobre questão constitucional ou federal, para fins de interposição de recurso excepcional.

9.3.2 Fundamento

Do conceito acima, podemos extrair que impende, tanto em sede de recurso extraordinário, como de especial, que a decisão recorrida se qualifique como “causa decidida em única ou última instância”.

Diante do exposto, resta nítido que o fundamento da existência do prequestionamento encontra-se nos arts. 102, III e 105, III da Constituição da República, e não, em uma construção pretoriana ou doutrinária.

9.3.3 Objeto

O prequestionamento realizado pelas partes tem por objeto a questão constitucional ou a questão federal, conforme o caso, de modo a levá-las ao conhecimento do juiz ou Tribunal, para que estes sobre elas se manifestem.

Manifestando-se o juiz ou o Tribunal a respeito da questão constitucional ou da questão federal, caberá o recurso extraordinário ou o recurso especial, porque só então estarão presentes os requisitos previstos na Constituição.

Nestes termos, o prequestionamento realizado pelas partes deverá ser suficiente a ensejar a manifestação do Tribunal acerca da questão constitucional ou federal.

Consoante lição de Lino Henrique Palácio, exige-se que “La cuestión federal sea oportuna e inequívocamente planteada em El pleito.”¹⁵

É importante esclarecer que o STJ e o STF não examinam diretamente a lide, mas a decisão recorrida, confirmando-a ou infirmando-a, e avançando sobre aquela apenas na medida em que questões de direito exurgidas nesta se revelem hábeis ao exame nas vias excepcionais.

¹⁵ PALACIO, Lino Henrique. *Manual de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 611.

9.3.4 Momento da ocorrência

Em se tratando do prequestionamento decorrente de manifestação das partes, tal deve ocorrer perante o órgão judicante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a este pronunciamento.

Daí se inferir que o prequestionamento deve ocorrer, necessariamente, antes da decisão recorrida, e não depois.

Podem as partes, perante a instância ordinária, levantar determinada questão constitucional ou federal, prequestionando-a, portanto. Mesmo assim, contudo, o juiz ou Tribunal pode não conhecer da referida questão, mantendo-se omissa, o que no caso, inviabilizaria a interposição de RE ou REsp, apesar de ter havido prequestionamento. Neste caso, as partes podem lançar mão dos embargos de declaração, com o fito de provocar o órgão prolator da decisão embargada para que supra a omissão. O prequestionamento, contudo, terá ocorrido antes do pronunciamento da decisão, apesar de omissa.

O professor José Miguel Garcia Medina¹⁶ corrobora:

Tanto é assim que, se não tivesse havido prequestionamento nas razões ou contra-razões de recurso apresentadas pelas partes, não poderia o órgão julgador manifestar-se acerca da matéria, salvo nas hipóteses determinadas em lei. O prequestionamento não ocorre nos embargos de declaração, já que estes têm outra finalidade, distintas da do prequestionamento.

Assim, as partes prequestionam desde a petição inicial/contestação, tendo a última oportunidade na interposição do último recurso ordinário cabível. Da decisão deste recurso que seja omissa quanto as questões constitucionais ou federais argüidas, serão cabíveis os embargos de declaração.

Interposto o recurso de embargos de declaração e, mesmo assim, persistindo a omissão, caberá o recurso especial por negativa de vigência ao art. 535 do CPC. Mas trataremos desta questão mais adiante.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Pquestionamento e repercussão geral**: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário. São Paulo: RT, 2009. p. 231.

9.4 ESPÉCIES DE PREQUESTIONAMENTO

9.4.1 Prequestionamento implícito

Samuel Monteiro¹⁷ define o prequestionamento implícito como:

aquele onde a questão, o tema, a ofensa à Constituição Federal ou a negativa de vigência de lei federal constaram do recurso ou das contra-razões do recurso para o tribunal local, mas não foi objeto de ventilação, de abordagem, de enfocamento, nem foi tratada, nem discutida, nem tornada res dúbia, nem res controversa e, conseqüentemente, sobre ela não foi emitido juízo pela corte local. E, diante da própria omissão do juízo de 2º grau, o interessado não opôs embargos de declaração para suprir a omissão do julgado.

Para o autor, bastaria que no recurso de apelação ou em outro remédio qualquer a ser apreciado pelo tribunal local contivesse a assertiva de violação à lei federal ou à Constituição, e isto já seria o bastante para configurar o prequestionamento. No entanto, este tipo de prequestionamento não encontra muita guarida na jurisprudência pátria. Entende-se predominantemente, que se o acórdão recorrido for omissivo na apreciação da violação ou não de lei federal ou da Constituição, devem ser opostos embargos de declaração

O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento”.¹⁸

O professor Araken de Assis¹⁹, fazendo menção a estudos de Nelson Nery Jr.²⁰ e Eduardo Ribeiro de Oliveira²¹, entende que :

pois é irrelevante pesquisar-se se o prequestionamento é implícito ou explícito, para afirmar-se a admissibilidade dos recursos excepcionais’. Importa apenas a

¹⁷ MONTEIRO, Samuel. **Recurso especial e extraordinário e outros recursos**, 2. ed. [S.l.]: Hemus Editora, 1995. p 54.

¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1998. Súmula 356.

¹⁹ ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: RT, 2007, p. 690.

²⁰ NERY JR., Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – Os embargos de declaração prequestionadores. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Leituras complementares de processo civil**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 86.

²¹ OLIVEIRA, Eduardo A. Ribeiro de. **Prequestionamento**. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 97, n. 3, 2000. P. 248-249.

existência de decisão, no julgado recorrido, a respeito da questão constitucional. A usual fórmula 'prequestionamento implícito' contém flagrante contradição. Faltando decisão, não cabe recurso ordinário, e, ao revés, existindo decisão, cabe o recurso, e o prequestionamento, por isso mesmo, mostra-se 'explícito'.

9.4.2 Prequestionamento implícito moderado

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a tese do prequestionamento implícito moderado, ou seja, haveria uma “desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida”²², e, assim, “ A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a violação à determinada norma legal ou dissídio sobre sua interpretação não requer, necessariamente, que tal preceito tenha sido expressamente mencionado no acórdão do Tribunal de origem. É o chamado pré-questionamento implícito.”²³

Assim, no entendimento do STJ, seria possível o prequestionamento implícito desde que a questão federal tivesse sido debatida pelo tribunal de origem, mesmo que não expressamente.

Será que pelo entendimento atual do STJ significa que a interposição dos embargos de declaração é desnecessária? A princípio sim, desde que se consiga vislumbrar através do acórdão recorrido qual o dispositivo federal foi afrontado, independentemente da menção ao dispositivo violado.

Mas o certo é que esta uniformização na jurisprudência do STJ deu-se com o intuito de retirar um pouco da formalidade que vinha sendo exigida pelos tribunais locais para a configuração do prequestionamento. No entanto, essa idéia ainda não foi adotada pelo STF, como veremos a seguir.

9.4.3 Prequestionamento explícito

Ocorre prequestionamento explícito quando os temas do recurso extraordinário ou do recurso especial forem abordados, debatidos, ventilados ou enfocados, e sobre eles o tribunal local haja emitido juízo expresso, ou seja, tenha decidido a questão legal ou constitucional.

²² EREsp 181.682/PE, Corte Especial, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16.08.1999.

²³ REsp 254.456/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 29.10.2001.

Conquanto esta definição se pareça com o entendimento adotado pelo STJ, ela é mais formal e rigorosa, pois exige que o tribunal de origem tenha emitido juízo expresso sobre a matéria debatida. É a posição adotada atualmente pelo STF.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, continua a exigir o pré-questionamento explícito da matéria constitucional. A ofensa à Lei Fundamental da República – que se supõe direta e imediata – não dispensa o requisito essencial do pré-questionamento, que não se admite implícito.²⁴

O STF como guardião e intérprete da Constituição entende que só cabe recurso extraordinário de **decisão** que viole ou negue vigência a dispositivo constitucional, nos termos do art. 102, III da CR.

Desta forma, o STF adota a postura de exigir – sempre que o acórdão recorrido não mencionar expressamente o dispositivo constitucional violado – a oposição de embargos de declaração para sanar esta omissão. Mas o que ocorre se, interpostos os embargos de declaração, o tribunal local continuar não se manifestando explicitamente acerca da matéria constitucional? É isso que veremos a seguir.

9.4.4 Prequestionamento ficto

A resposta a pergunta acima, nos parece que seria considerar prequestionada a matéria com a simples oposição de embargos declaratórios, independente de o tribunal se manifestar ou não sobre elas, pois, não se deve onerar a parte diante de *erro in procedendo* cometido pelo órgão julgador, que, instado a fazer o pronunciamento jurisdicional, não o faz, ao arrepio da Constituição (art. 5º, XXXV) e do CPC (art. 535, II). Para parte da doutrina ocorreria, no caso, prequestionamento ficto²⁵²⁶²⁷.

²⁴ (AGRAG – 239.612/SP. Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello)

²⁵ NAGIB, Miguel Francisco Urbano. Prequestionamento: Análise de uma inovação introduzida pelo STF e pelo STJ. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n. 19, abr. 1995.

²⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Duas “novidades” em torno dos recursos extraordinários em sentido lato, **Revista de Processo**. São Paulo, v.84, out. / dez. 1996. p. 220.

²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1998. p. 130.

Este entendimento vem prevalecendo no STF que exige a oposição de embargos de declaração sempre que o acórdão não tiver emitido juízo expresso sobre matéria constitucional, mas considera que a simples oposição dos embargos já é suficiente para configurar o requisito do prequestionamento, pois foi dada uma chance ao tribunal *a quo* para se manifestar sobre a matéria, e sua negativa em fazê-lo não pode ser imputada à parte recorrente.

Não cabem embargos de declaração contra despacho monocrático do relator, mas eles podem ser recebidos como agravo regimental. Pré-questionamento. Interpostos embargos de declaração do acórdão do STJ, que não se manifestou sobre a questão constitucional antes debatida, atendida está a Súmula 356/STF.²⁸

O STJ não reconhece o prequestionamento ficto Apesar de mais liberal em interpretar a configuração do prequestionamento implícito moderado, quando se trata de oposição de embargos de declaração com o fim de prequestionar a matéria federal, este tribunal padece de um rigor exacerbado. O prequestionamento ficto é rejeitado pela Súmula 211 do STJ²⁹. Assim, respondendo a pergunta do item anterior sob essa interpretação, persistindo o tribunal na omissão, cabem novos ED ou, por derradeiro, REsp por ofensa ao art. 535 do CPC. Neste último caso, o REsp deve ter como matéria de mérito a violação ao dispositivo legal sobre o qual o acórdão se omitiu de decidir (prequestionamento implícito), bem como a negativa de vigência do art. 535, II do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso especial pelo STJ³⁰.

No regime previsto no Projeto do Novo CPC³¹ “consideram-se incluídos no acórdão os elementos os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”

9.4.5 Prequestionamento numérico

Considera-se prequestionamento numérico aquele em que a parte faz constar no tema respectivo a indicação do número do dispositivo da lei ou da Constituição contrariado. É a dou-

²⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos tribunais superiores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1998.

²⁹ “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

³⁰ Ag. Regimental no Ag. Inst. 368687, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 23.04.01.

³¹ BRASIL. Projeto de *Lei do Senado, Nº 166, de 2010*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>. Acesso em: 02 out. 2012.

trina mais formalista para a caracterização do prequestionamento, que somente o considera ocorrido quando o acórdão faz menção ao número do dispositivo que estaria sendo violado.

Embora alguns autores apontem algumas vantagens nesta doutrina, como permitir “de pronto o cotejo entre o recurso ou o contra-recurso, com vistas aos dispositivos pré-questionados, o juízo emitido pelo tribunal local enfocando temas ou questões ligadas a esses dispositivos e os que o recorrente colocou em seu recurso extraordinário ou especial”³², o certo é que os tribunais superiores, inclusive o STF³³ vêm deixando de aplicar esta teoria, por entenderem ser excesso de formalismo que extravasa o campo da razoabilidade.

9.5 DA DISPENSA DO PREQUESTIONAMENTO

Há casos onde o requisito do prequestionamento é inexigível, a nosso ver: são os casos das questões de ordem pública, apreciáveis em qualquer grau de jurisdição e de ofício.

Os preceitos de ordem pública são aqueles que dizem respeito ao interesse geral, de segurança jurídica, e sua preservação é mais cara aos agentes estatais ocupados da marcha processual, tais como: a coisa julgada, decadência, nulidade absoluta, incompetência absoluta etc. O professor Rodolfo de Camargo Mancuso³⁴ defende que: “Tenha-se presente, porém, que há de reconhecer também no âmbito do RE e do REsp o *efeito translativo* no que concerne às questões de ordem pública e de condições da ação (CPC, arts. 267, §3º; 301, §4º)”.

Nesta linha, o STJ³⁵ decidiu que a devolutividade do REsp, em nível vertical, engloba efeito translativo consistente na possibilidade atribuída ao órgão julgador de conhecer de ofício as questões públicas, reconhecendo assim, a dispensa de prequestionamento em matéria de ordem pública. Trata-se de grande avanço neste tema. Já o STF é mais rigoroso, exigindo o prequestionamento para a apreciação de questões de ordem pública em sede de RE. Há, no entanto, entendimento no STF no sentido de dispensar o prequestionamento quando existe *error in procedendo* do Tribunal, como, por exemplo, no julgamento sem publicação da pauta ou na antecipação de julgamento aquém do dia marcado na pauta anteriormente publicada:

³² MONTEIRO, Samuel. Recurso especial e extraordinário e outros recursos, 2. ed. [S.l.]: Hemus Editora, 1995. p. 57.

³³ RE 128.519, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 08.03.1991.

³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo: RT, 2007. p. 226. (Coleção RPC, 3).

³⁵ REsp 1.011.401-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 17/2/2009, noticiado no Informativo de Jurisprudência do STJ nº 384, DJ 02.03.2009.

Recurso extraordinário, embargos de declaração e prequestionamento. Nulidade surgida no julgamento da instância “a quo” que se tem admitido seja aventada de logo no recurso extraordinário é a que decorra de causas externas, das quais normalmente não cogitaria o acórdão (v.g., a falta ou defeito da intimação da pauta); não, porém, quando se cuide de vícios contextuais do próprio acórdão, assim a indigitada contradição em seus próprios termos, em que, sem prévia provocação do Tribunal “a quo” para que a sane, não deve o RE substituir-se ao remédio próprio, que são os embargos de declaração.³⁶

Esperamos que essa tendência já adotada no STJ se estenda ao STF, em prol do acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Após analisarmos todas as hipóteses, chegamos às seguintes conclusões:

1. Um dos problemas mais complexos no processo civil é o relativo à definição de prequestionamento, porque vários sentidos são dados a essa expressão, na doutrina e na jurisprudência.
2. A idéia do prequestionamento surgiu no *Judiciary Act* norte americano de 1789, que criou os recursos para a Suprema Corte americana. Defendiam os doutrinadores norte americanos que a simples alegação da questão federal não bastaria para ensejar seu cabimento, devendo esta ter sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Esta idéia foi trazida ao Brasil e introduzida na Constituição de 1891. A exigência do prequestionamento veio sendo mantida em todas as Constituições brasileiras até o ano de 1967, onde tal requisito deixou de ser mencionado.
3. Podemos conceituar o prequestionamento como o ato processual de se provocar uma decisão, sobre questão constitucional ou federal, para fins de interposição de recurso excepcional, sendo um pressuposto de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, tendo por fundamento os arts. 102, III e 105, III da Constituição da República.
4. Tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem as seguintes espécies de prequestionamento: implícito, implícito moderado, explícito, ficto e numérico.

³⁶ AGRAG 186.886/MG. Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.05.1998.

5. Trata-se de um tema vasto e em eterna ebulição no cenário jurídico brasileiro, sempre sendo revisitado pela doutrina e jurisprudência e que merece total atenção dos advogados do Sistema Indústria, em especial, no momento de interposição dos recursos especial e extraordinário das entidades.

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



**10 – SISTEMA DE CONTROLE INTERNO
NAS ENTIDADES SESI E SENAI**

**JOÃO AMARAL SILVA (RELATOR)
GUSTAVO FIDALGO E VICENTE**

DEPARTAMENTO REGIONAL DE TOCANTINS

10.1 DO SISTEMA DA QUALIDADE

Inicialmente impende destacar que o SENAI-DR/TO tem a certificação da ISO 9001, obtida em 2009, mediante o qual tem seus processos estruturantes devidamente formalizados em Manuais de Procedimentos, de natureza Sistêmica ou Corporativa. Dentre eles, temos o Processo Estruturante do Controle Interno, criado como órgão de apoio da Alta Gestão e também dos órgãos fiscalizadores externos, prestando informações fidedignas a tais órgãos.

É obrigatória a observância dos Manuais de Procedimentos pelos órgãos operacionais do SENAI-DR/TO, tanto quanto por sua Alta Gestão, incluindo Presidente do Conselho Regional, Diretor Regional e Diretor Corporativo.

10.2 DA INSTITUIÇÃO DO CONTROLE INTERNO E SUA ORIGEM

É relevante destacar que a instituição do Controle Interno, no nosso sentir, tem duas premissas básicas:

PRIMEIRA: obter a correta destinação dos recursos atribuídos ao SENAI, Departamento do Tocantins, e por extensão, às demais Casas do Sistema FIETO;

SEGUNDA: medida de apoio à Alta Gestão no alcance dos objetivos da entidade de cujas ações decorram a execução de receitas e despesas.

10.2.1 Sistema de controle como necessidade de aferição da regularidade de despesas

É comezinho a todos os profissionais que atuam no Sistema Indústria, sendo, inclusive, tema recorrente, que as entidades SESI e SENAI sujeitam-se ao crivo dos órgãos fiscalizadores externos, haja vista que, apesar de natureza de entidade privada, gerem-se mediante recursos instituídos pela União, nos termos do art. 149 da Carta Magna vigente. Isso os torna vinculados no tocante à destinação das receitas angariadas, sendo, inclusive, tema de decisões pretorianas no sentido de que há interesse público na correta destinação das receitas do SESI e SENAI.

No prisma de subsunção das entidades do Sistema S aos princípios que regem a Administração Pública, a instituição de Sistema de Controle Interno é medida de controle recomendada pelos órgãos fiscalizadores externos. O Controle Interno do SESI e SENAI – Departamento Regional do Tocantins - nasceu, inicialmente, da necessidade de aferir se a regularidade dos atos procedimentalizados pela Alta Gestão, de maneira que pudesse ser evidenciado se tais procedimentos estavam efetivamente sendo cumpridos, até mesmo como meio de buscar a Certificação ISO 9001, obtida pelo SENAI.

Nessa seara, especial enfoque foi conferido ao processo de fiscalização de pagamento de despesas do SESI e SENAI, além de adesão das demais Casas do Sistema FIETO. Assim, o Controle Interno não é fim em si mesmo, mas meio de imprimir o alcance das finalidades previstas nos macroprocessos das Casas do Sistema. Para sua incidência, é preciso que haja uma finalidade precípua, um resultado objetivo dessa fiscalização: a irregularidade ou irregularidade do uso dos recursos destinados às entidades SESI e SENAI, a partir de sua destinação finalística e dentro do escopo de seus normativos internos. Em razão criou-se no âmbito do Regional o Controle Interno, **vinculado à Diretoria Corporativa**, com atuação sistêmica para todas as Casas do Sistema.

10.2.2 Embrião do Controle Interno

No âmbito do Sistema FIETO, a criação, estruturação e funcionalidade do Controle Interno, ocorreu em etapas distintas, sendo implementado em caráter experimental e com o tempo, reconhecida sua eficácia e total pertinência como órgão de apoio, houve sua consolidação, sendo, atualmente, um dos principais órgãos administrativos do Sistema.

Por determinação da Alta Gestão, no âmbito do Departamento Regional do Tocantins, foi idealizado um processo estruturante inaugural (o NAP – Núcleo de Análise de Processos) que tivesse por incumbência inicial:

- Verificar os aspectos de **regularidade de natureza fiscal**;

Tais ações consistem em aferir:

- a) Adequação do documento de despesa e seus aspectos externos, como é o caso da validade da nota fiscal, adequado preenchimento e inexatidões, como é o caso de rasuras;

- b) Aferição das incidências tributárias decorrentes da contratação, mormente quando envolve aspectos de retenção obrigatória de tributos, minimizando, assim, eventuais decorrentes de substituição tributária nos casos exigíveis dessa postura.
- Verificar as questões **formais legais** inerentes à geração de despesas de natureza contratual e funcional do Departamento Regional

Por força dessa ação, a análise consistia em:

- a) Aferir a presença de requisitos mínimos de validade da obrigação, como é o caso da existência de contrato validamente contraído pela entidade;
- b) Aferir a vigência dos instrumentos contratuais que originaram a despesa.

10.2.2.1 Da transformação do NAP em Controle Interno

Amadurecida a visão da Alta Gestão do Sistema FIETO quanto a pertinência e eficácia das ações do NAP, foi-lhe conferido o status de Controle Interno, com maior abrangência de incidência de suas ações.

Apesar da ampliação de atuação do Controle Interno, não foi, ainda, criado um Sistema de Auditoria capaz de subsidiar as ações de controle do órgão. Nesse prisma, não realiza ainda, atos de:

- Auditorias;
- Inspeções;
- Poder de sanção por atos de desvio de recurso ou malversação na utilização de recursos de natureza parafiscal;
- Emissão de Pareceres sobre as contas dos Gestores do Sistema.

10.2.3 Da estrutura do Controle Interno

O Controle Interno do Sistema FIETO tem estrutura enxuta, contando:

- 01 RT – Responsável do Controle Interno;
- 02 Técnicos em Controle Interno.

Na divisão das tarefas afetas ao Controle Interno, cada técnico incumbe-se de avaliar os atos de despesas de uma ou mais Casa, com atribuição de idêntica postura ao RT, que acumula a função gerencial e aquela de natureza eminentemente técnica, ao apreciar os atos decorrentes da execução de receitas e despesas.

10.2.3.1 Incumbências do RT

O RT do Controle Interno tem como incumbências precípuas:

- Representar o órgão perante a Alta Gestão;
- Apresentar à Alta Gestão o conjunto de atividades realizadas;
- Administrar o órgão e gerir seu orçamento anual o qual contempla:
- Encaminhar aos órgãos operacionais e de gestão as diligências, relatórios, pareceres e recomendações
- Aprovar e emitir Pareceres sobre questões controversas;
- Aprovar e emitir Recomendações aos órgãos operacionais e à Alta Gestão do Sistema FIETO;
- Autuar de forma preventiva, para tanto, emitindo e implementando ações de natureza pedagógica na condução dos atos de natureza financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, visando resguardar o patrimônio das entidades e os princípios institucionais finalísticos.

10.2.3.2 Atribuições dos Técnicos

No desempenho de suas atribuições, procurou-se estabelecer adequada equação com as competências técnicas e habilidades dos Técnicos do Controle Interno. Nesse prisma, os aspectos inerentes à regularidade fiscal, optou-se por atrair colaborador com formação na área contábil ou administrativa. Sob o foco da análise do processo legal, atraiu-se a figura do bacharel em direito para exercício de tal *múnus*.

10.3 DA UTILIZAÇÃO ANALÓGICA DO PROCESSO ESTRUTURANTE PELAS DEMAIS ENTIDADES E SUAS PECULIARIDADES

Como dito alhures, o Processo Estruturante do Controle Interno foi criado para atender a demanda da Alta Gestão do Sistema FIETO. Em decorrência de disso, as entidades do SESI e SENAI imprimiram ao processo estrutura de Controle Interno a natureza sistêmica. Já em relação ao IEL e FIETO, com menor grau de rigor técnico-formal, utiliza-se das regras e diretrizes manualizadas para a prática de seus atos, com enfoque no processo de contratação e execução das despesas inerentes.

10.4 COMO ATUA O CONTROLE INTERNO NO REGIONAL DO TOCANTINS

Em sua atuação, o Controle Interno atém-se ao princípio da instrumentalidade, para tanto, formalizando seus meios de atuação. Nesse prisma, primando pela tecnicidade e segurança dos atos praticados, edita atos próprios, mediante observância do seguinte iter processual:

- O Controle Interno recebe os processos que são convertidos em despesas de qualquer natureza, de qualquer das Casas do Sistema FIETO. Recebidos os processos, as ações de controle obedecem a um regramento próprio decorrente de um fluxograma estabelecido, com etapas distintas. Feita a análise preliminar da despesa, **três situações** podem ocorrer:

- 1ª) **A despesa está regular**, erigida dentro dos padrões procedimentais estabelecida: segue para a Unidade Financeira para pagamento dentro dos prazos estabelecidos em seu manual de procedimento;
- 2ª) **A despesa apresenta vício sanável**. Nessa hipótese, o Controle Interno notifica o órgão de origem, conferindo prazo para sanar o vício. O prazo para providências depende do nível de complexidade aferido, sendo geralmente de 2 dias. Retornada despesa com a diligência cumprida, o Controle Interno dá por sanado o problema e remete a despesa ao Financeiro para respectivo pagamento.
- 3ª) **A despesa apresenta vício insanável**. Constatado o vício insanável, o Controle Interno rejeita a despesa, comunicando o fato à origem e, a depender da situação, ao Gestor da respectiva Casa.

Ilustração: despesa de diárias, alimentação e hospedagem conferidas a terceiros em a competente cobertura contratual, em decorrência de contrato de prestação de serviços celebrado com qualquer entidade.

Postura adotada pelo Controle Interno: devolveu o processo para o órgão de origem recomendou ao Gestor do Contrato que se abstivesse de apresentar despesas que não tinha amparo no contrato celebrado com a entidade.

10.4.1 Ficha de Acompanhamento

Entidade: SENAI		Processo nº. 0552/2012.				
Data	Origem	Tipo de Documentação Avaliada	Constatações (Legal/Fiscal)	Providencia Recomendada (Fundamento Legal)	Prazo	Situação
01/06/2012	SENAI UO Gurupi colaborador	Ped. 05/120134 colaborador	- Verificar - Item 6.1.7 do P.S CP 05	Anexar Ficha treinamento	48 horas	Aguardando providência
OBSERVAÇÃO: Verificar período para PROVISIONAMENTO DA DESPESA.						
_____ RT- Controle Interno _____ Técnico Controle Interno					Data 01/06/2012	

10.4.1.2 Do Plano de Ação

Com o aprimoramento de suas ações, o Controle Interno entendeu que, para melhor atender às suas finalidades e melhor apoio às entidades, houve por bem em idealizar anualmente um Plano de Ação para detecção dos pontos críticos que permeiam a entidade e suas tratativas. O plano de ação é assim delineado:

O Que Fazer?	Quem vai Fazer?	Quando?	Como Fazer?	Porque Fazer?
Produção do Manual do Controle Interno	Fevereiro a Abril/2012	Definir temas a serem tratados no Manual; Encaminhar para Unidade Jurídica, Diretoria e Escritório da Qualidade para revisão e formatação; Elaboração versão final e buscar aprovação; Promover Treinamento do Manual para usuários; Realizar reunião com a UNIGEP para inserção do Manual no Kit do Colaborador.	Promover o conhecimento dos usuários quanto a atuação do Controle Interno e de suas diretrizes.
Revisão do Procedimento alinhado ao da UNIJUR	Fevereiro/ Março de 2012	Reunião com a equipe do Controle Interno para analisar os pontos a serem revisados; Encaminhar minuta para análise e aprovação do Comitê da Qualidade; Programar a divulgação e a capacitação dos usuários quanto a mudança.	Atualizar o procedimento com as práticas atuais do Controle.
Elaborar Material Didático de Ações Preventivas e Corretivas	Fevereiro a Agosto/2012	Realizar levantamento com as Unidades envolvidas quanto aos erros mais frequentes; Promover pesquisa da legislação para embasar a apostila; Elaborar estudos de casos; Programar capacitação; Avaliar capacitação.	Promoção de Ação pedagógica e Educativa do Controle Interno.

10.4.1.3 Das recomendações

No âmbito do Sistema FIETO, a instituição do Controle Interno deu-se a partir da análise de paradigmas utilizáveis no foco da administração gerencial, voltada para a análise de resultado em suas ações preventivas ou de controle. Para viabilizar os contornos inerentes às ações preventivas, instituímos a figura da “Recomendação”, mediante a qual o Controle Interno endereça aos responsáveis por processos estruturantes ou aos representantes das Entidades, recomendações propriamente ditas, com o fito de assegurar que as ações futuras correspondam ao grau de zelo e alcance de finalidade de cada entidade do Sistema. Para elucidar, trazemos à baila a seguinte recomendação:

“Recomendação nº 010/NAP/2009

Dispõe sobre recomendação inerente à celebração de contratos para aquisição de bens e serviços e dá outras providências.

Considerando o exercício de ações preventivas na análise de Despesas, funções precípua do Núcleo de Análise de Processos do Sistema FIETO,

Considerando as disposições contidas nos Itens 5 (implantação de boas práticas) e 12 (medidas de controle preventivo) do Manual de Atribuições do NAP, incumbe a este Núcleo contribuir com a Alta Gestão nos assuntos inerentes à execução dos atos administrativos dos processos existentes;

Considerando que, dentre as atribuições conferidas ao NAP, incumbe a este apoiar o procedimento de normatização de procedimentos e busca de sua conformidade com eficiência e eficácia dos atos deles resultantes, conforme previsto no Item 10 do Manual de Atribuições do NAP;

Posto Isso, ter por escopo o caráter pedagógico que deve nortear as ações de análise formal dos processos estruturantes e de acordo com a fundamentação supra,

RECOMENDA-SE AO SESI/SENAI/UNIAD:

1 – Que, ao proceder à contratação direta de serviços de hospedagem proceda à declinação da competente justificativa, inclusive quanto aos preços praticados;

2 – omissis;

Palmas, 03 de novembro de 2009.

João Amaral Silva

Advogado - RT do NAP

.....
Contadora – Técnico. III”

A emissão da recomendação supra resultou em ações positivas para as entidades do Sistema FIETO, sobretudo SESI e SENAI, com total comprometimento da Alta Gestão da Casa em assegurar a eficácia das decisões oriundas do Controle Interno. Podemos destacar como ação positiva, a realização da demanda de combustível e o desfecho do processo licitatório para seu atendimento, tanto quanto implementação de cultura de fiscalização da execução dos contratos celebrados pelas entidades.

10.4.2 Orgãos de apoio ao Controle Interno

Para viabilizar o exercício de suas competências, o Controle Interno conta com apoio de alguns órgãos internos e externos.

10.4.2.1 Unidade Jurídica

Em situações nas quais o Controle Interno não dispõe de soluções ainda erigidas, vale-se do apoio da Unidade Jurídica, que atua através de emissão de parecer acerca da matéria controversa. Embora não tenha caráter vinculante a decisão adotada, serve de paradigma para análise de semelhantes contextos.

10.4.2.2 Auditoria independente

Como órgão de apoio externo, o Controle Interno dispõe da Auditoria Externa e do próprio Departamento Nacional do SESI e do SENAI, dando-se as ações de execução e fiscalização dentro de uma visão apriorística e de alinhamento .

Além disso, o Controle Interno nutre-se de informações/decisões oriundas dos próprios órgãos fiscalizadores externos, a partir de premissas adotadas em situações voltadas ao Sistema S e que tenham conotações de semelhança com as situações a si submetidas.

10.5 CONCLUSÃO

A título de conclusão, destaquemos os aspectos positivos e negativos do Sistema de Controle Interno:

10.5.1 Positivos:

- a) **Subsidia a Alta Gestão** no implemento de suas ações planejadas;
- b) **Propicia a segurança e legitimidade** dos atos de execução de despesas e receitas;
- c) **Subsidiam os órgãos de controle externo** na análise de dados e atos fiscalizatórios;
- d) **Contribui para o implemento de cultura de gestão** eficaz, inibindo desperdícios e tendências nocivas na conduta dos processos estruturantes do Sistema FIETO;
- e) **Atua em caráter pedagógico** objetivando a prevenção de erros, fraudes e lesivos ao patrimônio das entidades do Sistema FIETO, ;
- f) **Contribui efetivamente para eficácia de observância dos procedimentos**, tanto quanto para sua melhoria contínua.
- g) **Propicia confiabilidade** aos órgãos fiscalizadores externos, além de uma ambiência de convívio harmônico com os mesmos, na medida em que evidencia o desejo da Administração das entidades do Sistema FIETO em imprimir aos recursos por elas administrados efetivo alcance de suas finalidades, dentro de princípios sólidos de gestão.

10.5.2 Negativos

- a) **A falta de estrutura própria de auditoria**, impossibilitando a atuação concomitante na execução de despesas das entidades;
- b) **A inexistência de poder de sanção do Controle Interno**, haja vista as recomendações envidadas podem não atingir plena eficácia almejada;

- c) **Possibilidade de atração de maior rigor técnico no âmbito das ações do Controle Interno pelos Órgãos de Controle Externo**, com variações do grau de autonomia e/ou flexibilidade das ações das entidades sujeitas à Fiscalização do TCU (SESI e SENAI).

10.5.3 Deficiências

- a) **Apego excessivo ao rigor formal** dos processos;
- b) **Maior grau de atuação na fixação de diretrizes objetivas** para corrigir o ato viciado, de maneira a exercitar com maior eficácia sua função de apoio e o caráter pedagógico das ações.

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



**11 – A NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO
DA PESQUISA DE PREÇOS DE MERCADO
NAS CONTRATAÇÕES DE DISPENSA E
INEXIGIBILIDADE DO SISTEMA “S”**

KARINA DE PINHO MOREIRA DE LELIS

DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS GERAIS

11.1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, no dever de cumprir estritamente os dispositivos constitucionais e legais, deve realizar o certame licitatório, para aquisição de bens e serviços, no precípua atendimento ao interesse público.

O Sistema S, assim como a própria Administração Pública, deverá realizar licitação, obedecendo aos mesmos princípios que esta deve seguir.

Porém, esta regra de licitação tem algumas exceções, para o que a Lei de Licitação nº 8.666/93, bem como o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI, traz a possibilidade de realização da contratação direta, através de procedimentos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação.

Estes procedimentos, assim como a própria licitação, impõem formalidades que devem ser observadas, para regularidade do ato administrativo.

Dentre essas formalidades, a cotação de preços, como pesquisa prévia a ser realizada pelo agente público, faz-se imprescindível para atendimento aos princípios da licitação, que também deverão nortear as contratações diretas.

11.2 LICITAÇÃO

Diversamente do que ocorre na esfera privada, a Administração Pública não dispõe de ampla liberdade para adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras e serviços, visto que os bens e interesses públicos são indisponíveis.

É do princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos que decorre o dever de licitar, sendo imperativa a realização de um procedimento detalhadamente preestabelecido na Lei, pois cabe ao Poder Público gerenciar e aplicar os bens e interesses públicos da melhor forma possível, entendendo-se a licitação, em regra, como o procedimento adequado para assegurar a aplicação eficiente desses recursos, selecionando a proposta mais vantajosa para o contrato.¹

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

A licitação pode ser conceituada como “o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”²

Conforme entendimento de Cretella Júnior, a licitação “seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade”³

Por sua vez, Carlos Ari Sunfeld, a conceitua como:

“Procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público”⁴

Ainda, o Sr. Presidente do TCE/GO, Carlos Leopoldo Dayrell, friza a necessidade de obtenção de benefício público, dizendo que é a licitação “o processo a que deve recorrer a Administração para obter materiais, obras ou serviços, ou ainda, para alienar bens, nas melhores condições de proveito público, mediante consulta a diversos interessados”.

Esse procedimento administrativo formal, que tem como escopo proporcionar à Administração aquisição, venda, ou prestação de serviços da forma mais vantajosa, deverá respeitar os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Assim, pode-se dizer que o procedimento licitatório, visando garantir a moralidade dos atos administrativos e dos procedimentos da Administração Pública, bem como valorizando a livre iniciativa pela igualdade no oferecimento da oportunidade de prestar serviços, comprar ou vender ao Poder Público, destina-se ao alcance de dois objetivos principais: (1) a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, considerando o dever da Administração de aplicar os recursos que administra da melhor maneira possível; e (2) garantir igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado, já que não possui liberdade de contratação.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³ CRETELLA, José Júnior. **Das licitações públicas**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

A licitação pressupõe a existência de competitividade, que só existe quando há mais de uma possibilidade concreta de contratação, no que se refere ao objeto ou ao fornecedor. Ou seja, havendo mais de um objeto ou mais de um fornecedor aptos a atenderem à necessidade do interesse público, há competitividade.

Desta forma, mesmo sendo um dever, a licitação só pode ser exigida quando a situação fática evidenciar a competitividade, sendo viável sua realização.

Impõe-se afastá-la, portanto, quando há inviabilidade de competição, caracterizando, assim, a situação de inexigibilidade de licitação.

Entretanto, ainda que a licitação possa ser realizada, em certas ocasiões, visando agilizar a máquina administrativa na consecução do interesse público, foi convertida em faculdade da Administração Pública, ficando autorizada sua dispensa.

Porém, essa faculdade não está sujeita à vontade pessoal do agente, conquanto totalmente voltada a atender o interesse público.

Diante disso, a Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, já prescreve o dever de licitar, reservando à Lei a competência para instituir as exceções:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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.

E a Lei nº 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição, dispõe que:

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

11.3 CONTRATAÇÃO DIRETA: EXCEÇÃO À REGRA DE LICITAÇÃO

A Lei de Licitações prevê, como ressalva ao dever de licitar, a contratação direta através de processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei, prevalecendo sobre o princípio da licitação o princípio da economicidade ou o primado da segurança nacional, a fim de garantir o interesse público maior.

Em todos os casos em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, entendeu-se estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, em que a formalidade da licitação seria muito dispendiosa e causaria prejuízos ao Poder Público.

Explica o Tribunal de Contas da União, em sua coletânea sobre Licitações e Contratos que:

Contratação direta é aquela realizada sem licitação, em situações excepcionais, expressamente previstas em lei. Deve o gestor público ser cauteloso ao se decidir pela contratação direta, haja vista a Lei nº 8.666/1993 considerar ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses consideradas legais.⁵

José Torres Pereira Junior resume as hipóteses de exceção ao princípio geral de licitar, da seguinte forma:

Há situações em que a Administração recebe da Lei o comando para a contratação direta; há outras em que a Administração recebe da Lei autorização para deixar de licitar, se assim entender conveniente ao interesse do serviço; hipóteses

⁵ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e contratos administrativos**: Legislação Básica. Brasília: TCU, 2008.

há em que a Administração defronta-se com a inviabilidade fática para licitar, anuindo a Lei em que é inexigível fazê-lo; e há um caso em que à Administração é defeso licitar, por expressa vedação da lei. Estes quatro grupos de situações constituem exceções ao dever geral constitucional de licitar. No primeiro grupo estão as hipóteses do art. 17, incisos I e II; no segundo as do art. 24; no terceiro, as do art. 25, entre outras que com elas se venham a identificar no dia-a-dia da Administração; no último, a do art. 7º, §5º.⁶

A contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, nem tampouco é uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado para assegurar a prevalência dos princípios fundamentais, suprimindo ou substituindo as formalidades da licitação por outras.

Assim, não se deve confundir contratação direta com ausência de um procedimento administrativo, pois toda contratação desse tipo exige observância de etapas e formalidades.

Conclui-se que a Administração tem ampla discricionariedade na atuação, restringindo-se, no entanto, às formalidades prévias. Ou seja, quanto a estas não há margem para discricionariedade, a fim de evitar o surgimento de fraudes e favorecimentos na contratação.

Admitindo exceções à regra de licitar, a Lei e, também, o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI, contemplaram as seguintes situações:

- a) Dispensa de licitação: situações em que, mesmo presente a viabilidade de licitação, o legislador, a fim de assegurar maior agilidade na consecução do interesse público, previu a possibilidade de afastá-la;
- b) Inexigibilidade de licitação: decorre da inviabilidade de competição, não sendo a licitação viável para a consecução do interesse público. O procedimento licitatório é materialmente impossível, em face da singularidade do objeto, dos fornecedores ou da efetiva ausência de competição.

⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Contratações diretas por dispensa e inexigibilidade. **BLC**: Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora NDJ, jan. 2005.

11.3.1 Contratação direta: ausência de licitação e procedimento simplificado

Não é correto afirmar que a contratação direta exclui um “procedimento licitatório”. Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação implicam num procedimento especial e simplificado, no qual as ocorrências relevantes estejam documentadas, para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Uma série ordenada de atos deverá ser cumprida para selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. “Ausência de licitação” não significa desnecessidade de observar formalidades prévias, tais como a verificação da necessidade e conveniência da contratação, a disponibilidade de recursos, entre outras.

Isso porque os princípios fundamentais da atividade administrativa devem ser observados, buscando selecionar a melhor contratação possível, conforme os princípios da licitação, pois não é admissível, haja ou não licitação, avançar contrato tendo conhecimento de indícios de insucesso. Não se permite a negligência na contratação, o que se caracteriza quando não são adotadas cautelas indispensáveis à proteção dos interesses colocados sob tutela do Estado.

Portanto, se a melhor contratação não vier a ser realizada, a única escusa admissível será a impossibilidade de ter atingido contratação melhor tão somente devido às circunstâncias do caso concreto. Se a Administração poderia ter obtido contratação melhor atuando com maior diligência, houve vício, o que leva ao entendimento de que a ausência de licitação não abre possibilidade para selecionar proposta qualquer nem autoriza contratação desastrosa ou desvantajosa.

Justamente por isso, é imprescindível a adoção de procedimento simplificado para chegar à contratação, nas hipóteses em que a licitação formal não for adotada, devendo a Administração justificar não apenas a presença dos pressupostos da ausência de licitação, como também fundamentar a escolha de um determinado contratante e de uma proposta específica.

Desta forma, a conclusão da adoção de uma contratação direta ou não é precedida de um conjunto de atos iniciais, como solicitação de aquisição, previsão orçamentária, estudo da viabilidade econômica e técnica, etc., para que se faça a análise do caso, tendo sempre em vista os princípios da isonomia e supremacia do interesse público, e se chegue à sua adequação aos casos de dispensa ou inexigibilidade.

Essa análise deverá ser feita no sentido de buscar a melhor solução possível, respeitando, tanto quanto possível, o mais amplo acesso dos interessados à disputa pela contratação, podendo, em casos especiais, ser justificada a não utilização desse procedimento.

Como descrito pelo Ilustre Min. Ubiratan Aguiar, em julgado do TCU:

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão.⁷

11.3.2 Inexigibilidade e dispensa de licitação

Em razão de outros princípios e, em especial, do princípio da eficiência, a Lei, acompanhada pelo Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI, enumera, taxativamente, os casos de dispensa, em que o procedimento licitatório é viável, mas não é obrigatório, fazendo-se necessário o afastamento da licitação, para maior agilidade na consecução do interesse público, o que significa que foi aberto espaço para a discricionariedade do administrador na escolha da dispensa ou não do certame.

A inexigibilidade, por sua vez, decorre da inviabilidade de competição, quando não há pluralidade de particulares que possam satisfazer o fornecimento de bens e serviços, tendo em vista que um dos participantes congrega qualidades que o tornam único e exclusivo, excluindo os demais. Ou, ainda, porque o interesse público visa um objeto singular, infungível, de identidade específica relevante para a Administração Pública, sendo impossível de ser substituído por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade.⁸

Em suma, conclui-se que nos casos de inexigibilidade o procedimento licitatório é materialmente impossível, não sendo eficaz para o atendimento do interesse da coletividade, enquanto na dispensa, há possibilidade de realizar-se a licitação, que, em face das características do caso concreto, deve ser afastada para que se faça a contratação direta, que será mais vantajosa e conveniente.

⁷ BRASIL. **Acórdão nº 994/2006**. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2006-06-21;994>>. Acesso em: 3 out. 2012.

⁸ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Contratação Direta**. Curitiba: JML, 2012. v. 2. (Coleção JML Consultoria).

O administrador público deverá aplicar as mesmas exigências fixadas nos casos de dispensa aos casos de inexigibilidade tais como: a justificação da inviabilidade de competição, da razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço.

Da mesma forma, o Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI prevê a necessidade da justificação do preço adotado.

11.3.3 Formalidades da contratação direta

A configuração de uma hipótese de contratação direta implica na observância de procedimentos formais que asseguram a aplicação dos princípios e se prestam como meio de controle da atuação dos agentes públicos.

Tais procedimentos incluem a verificação da personalidade jurídica, da capacidade técnica, da idoneidade financeira, da regularidade fiscal, do empenho prévio, a celebração do contrato, a publicação. Como definiu o TCU, a dispensa ou inexigibilidade “não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão.”

Visando restringir a subjetividade na contratação, a Administração deve observar os princípios da moralidade e da economicidade, comprovando claramente a situação que pretende enquadrar na contratação direta, fundamentando a escolha de determinado fornecedor ou executante e demonstrando a justificativa do preço.

Conforme se verifica pelo art. 26 da Lei de Licitação e pelo art. 11 do Regulamento de Licitações e Contratos, os processos de dispensa e inexigibilidade deverão necessariamente ser documentados com as justificativas e elementos que atestem a caracterização da situação, bem como a escolha do licitante e do preço.

A Lei 8.666/93 precaveu-se de regular o possível abuso nas contratações diretas, por dispensa e inexigibilidade de licitação, que não observarem as formalidades legais, impondo sanção penal tanto ao administrador como ao licitante beneficiado pela ilegalidade.

11.4 PRINCÍPIOS

A licitação, como todo ato administrativo, deve observar os princípios que a norteiam.

A Legalidade é o princípio pelo qual o agente público deve seguir os critérios da lei. Assim, todo ato administrativo deverá ser baseado e protegido por uma norma para ter eficácia.

O princípio da moralidade administrativa exige que o ato administrativo esteja revestido de ética e boa-fé. O princípio da impessoalidade se relaciona com o princípio da moralidade ou da finalidade, porque impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, que é unicamente aquele que a norma indica como objetivo do ato, de forma impessoal, excluindo a promoção pessoal de servidores ou autoridades públicas sobre suas realizações administrativas.

O princípio da igualdade ou isonomia alude a que a competição entre os licitantes seja de forma igualitária, devendo o ente público tratar todos os administrados de forma isonômica impedindo qualquer favorecimento. Tal princípio está ligado ao da impessoalidade, visando oferecer igualdade de oportunidade e de tratamento a todos os interessados.

O princípio da publicidade impõe a transparência no procedimento, tanto em sua divulgação para conhecimento de todos os interessados quanto nos vários atos praticados nas fases do procedimento, que devem ser abertas aos interessados, assegurando a possibilidade de fiscalização.

O princípio da probidade administrativa consiste na honestidade em proceder ou na maneira criteriosa em cumprir todos os deveres conferidos pelo administrador público através da lei.

Pelo princípio do julgamento objetivo, o julgamento das propostas há de ser feito estritamente de acordo com os critérios fixados no edital.

Pelo princípio da eficiência, o ato administrativo deve atender, de forma célere e com qualidade, o interesse público.

11.4.1 Princípios aplicáveis à contratação direta

Como exposto acima, o evento de uma contratação direta não significa e nem permite que se exima da aplicação dos princípios norteadores do Direito Administrativo na atuação dos agentes públicos.

Assim sendo, os princípios do art. 37 da Constituição, que orientam toda a atuação dos agentes públicos, orientam também a contratação direta, que deve conduzir-se pelos princípios da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros.

A grande questão quanto à aplicação do princípio da isonomia na contratação direta está no fato de que se a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, como garantir a observância deste princípio sem promover licitação?

A isonomia vai existir também na contratação direta, porém adaptada às peculiaridades desta contratação, de sorte que a Administração, podendo escolher com quem quer contratar, não pode ser arbitrária nesta escolha e deverá observar algumas formalidades prévias.

Havendo vários particulares aptos a atenderem às necessidades da Administração e podendo haver uma seleção objetiva destes interessados, o ente público deverá promover a competição, que é a regra. Os requisitos de acesso a essa competição devem ser semelhantes, embora a escolha dependa de opção do agente público e não de vinculação estatal.

A contratação direta, como toda manifestação de competência discricionária, exige motivação detalhada e minuciosa, a fim de demonstrar os motivos de fato e de direito que levaram o agente público a tomar aquela decisão, fundamentando, assim, claramente sua escolha de determinado particular, excluindo os demais.

Consoante já decidiu o TCU: “Deve ser observada a necessidade de instruir o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento com a razão da escolha do fornecedor, a justificativa de preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados, atentando-se, ainda, para o cumprimento do princípio da motivação dos atos administrativos.”

11.5 JUSTIFICAÇÃO DE PREÇOS: NECESSIDADE DA COTAÇÃO

Não havendo competição, o risco de elevação dos valores contratuais aumenta. Por isso, o art. 25, §2º da Lei, traz a figura do “superfaturamento” como causa de vício da contratação.

O preço da contratação direta com a Administração Pública e, da mesma forma, com o Sistema S, deve ser razoável e praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo par-

particular em toda a sua atividade profissional, não sendo admissível que o particular se aproveite da necessidade pública e da ausência de outros competidores para elevar os valores contratuais.

As formalidades previstas no art. 26 da Lei e no art. 11 do Regulamento deverão ser observadas, instaurando-se procedimento administrativo, ao qual deverão ser juntados os documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos legais para a contratação, referentes ao cumprimento de todas as etapas e formalidades indicadas, inclusive no concernente ao preço adotado.

Justificar o preço significa demonstrar que o valor a ser contratado é compatível com os preços de mercado, ou seja, justo. Para isto, o agente público deve juntar à justificativa, orçamentos tão detalhados quanto possível, comprovando que realizou pesquisa de preços e que o valor contratado encontra-se dentro dos limites praticados no mercado.

A Lei 8.666/93 preconiza que, nas licitações públicas, se uma proposta apresenta preço incompatível com os correntes no mercado, deverá ser desclassificada.

Como os princípios fundamentais da licitação pública devem ser aplicados também aos casos de contratação direta, deve-se considerar, pela moralidade, eficiência e economicidade dessa contratação, que a cotação de preços é fase importante dos procedimentos prévios a serem observados pelo agente público, para justificar o preço adotado na contratação direta.

A cotação de preços é um dos passos fundamentais do planejamento de uma contratação pública e não deve ser vista como mera formalidade.

O objetivo da cotação de preços é encontrar o preço médio praticado no mercado para um determinado objeto, evitando o superfaturamento e, ainda, podendo optar, dentro das condições de habilitação do licitante, pelo melhor preço para a Administração Pública.

A Lei de Licitação não dispõe sobre a forma como deve ser feita a cotação de preços, mas o TCU, em Acórdão 980/2005, determinou que, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, **deverá ser realizada pesquisa de preços no mercado com, pelo menos, 3 orçamentos de fornecedores distintos.**

Ainda, segundo o TCU no Acórdão 254/2007, os agentes públicos devem ser cautelosos quanto à homogeneidade das amostras e seus valores, visto que eventuais discrepâncias nestes podem levar a um orçamento não representativo dos preços praticados no mercado.

Desta forma, se o administrador encontrar disparidades consideráveis na amostra, deverá excluir os preços destoantes e até proceder a novas pesquisas no mercado, visando encontrar o preço médio que mais se aproxima da realidade.

Conforme determinado pelo TCU:

Os processos de dispensa de licitação devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a habilitação do respectivo fornecedor/prestador de serviços.⁹

Tais ocorrências, a meu ver, não só violam a literalidade da norma inserta no art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666/93, que estabelece a obrigatoriedade de constar dos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação a prévia justificativa do preço, mas o dever de o gestor demonstrar a boa e regular utilização dos recursos públicos. Se no âmbito privado, previamente à celebração de um contrato, compete ao administrador de uma empresa cercar-se de todas as cautelas necessárias, de forma a verificar, no mínimo, a adequação dos preços ofertados, bem como a possibilidade de negociação, caso considere necessário, maior zelo e diligência caberá ao administrador público em situação equivalente.¹⁰

Nessa linha:

14. Com relação à necessidade de se fazer constar do processo a razão para a escolha do fornecedor e a justificativa dos preços, o TCU considera obrigatória a juntada dessas peças no processo de dispensa de licitação, que consistem da verificação da conformidade do orçamento do fornecedor com os preços correntes no mercado (subitem 8.1.13 da Decisão nº. 627/1999 – TCU – Plenário). Também o Acórdão nº 690/2005 – TCU – 2ª Câmara (subitem 9.2.2) ainda estabeleceu que a justificativa de preço deve demonstrar item a item, a adequação dos preços praticados no mercado local, e que o parecer jurídico deve opinar conclusivamente a respeito da adequação dos preços unitários propostos pela entidade selecionada mediante dispensa de licitação.

⁹ BRASIL. **Acórdão nº 2.986/2006**. Disponível em: < <http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.2:acordao:2006-10-17;2986>>. Acesso em: 3 out. 2012.

¹⁰ BRASIL. **Acórdão nº 2.986/2006**. Disponível em: < <http://br.vlex.com/vid/-206567079>>. Acesso em: 3 out. 2012.

Seguindo as lições do TCU, havendo competitividade, deve-se realizar, no mínimo, três orçamentos:

No caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. Caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada. (...)

Nessa esteira é a Orientação Normativa nº 17, da Advocacia Geral da União, de 1º de abril de 2009:

(...) É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas. (...)

Ante o exposto, percebe-se claramente que a pesquisa de preços de mercado na contratação direta é uma fase do procedimento que ajuda a assegurar, de forma mais direta, os princípios da economicidade, da moralidade e da isonomia, e ainda, indiretamente, os demais princípios fundamentais da licitação e dos atos administrativos, garantindo uma participação justa dos interessados e o atendimento ao interesse público da forma mais vantajosa, econômica e eficiente.

11.6 CONCLUSÃO

O presente estudo abordou o conceito de licitação, destacando a possibilidade do administrador de “dispensar” a licitação, fundamentado nos casos de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento formal.

Sendo que o procedimento licitatório é a regra para contratação com Administração Pública e que esta deverá estar pautada nos princípios constitucionais e específicos, sob pena de invalidade do ato administrativo, conclui-se que nos casos de contratação direta, a Administração Pública também deverá cumprir tais princípios, buscando sempre a satisfação do interesse

público, dentro de um menor espaço de tempo e no melhor preço, com o escopo de preservar o patrimônio público.

Para cumprir tais princípios, é necessária a observância de formalidades prévias, entre elas a pesquisa de preços de mercado, que servirá de demonstrativo de que o preço adotado na contratação direta é o preço justo, corrente no mercado e compatível com seu objeto.

Em suma, o presente estudo demonstra a real importância da formalidade do procedimento da contratação direta, como forma de controlar a atuação do agente público e limitar sua discricionariedade na gerência dos recursos públicos.

Com o entendimento do autor Sérgio de Andréa sobre a ética do Administrador Público finaliza bem este estudo: *“Não basta que o administrador se atenha ao estrito cumprimento da lei; os exercícios de seus direitos, poderes e faculdades devem ser informados por princípios éticos, devendo fazer-se, de modo regular, sem abuso.”*¹¹

¹¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. Direito administrativo didático. São Paulo: Forense, 1981.

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



**12 – A NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES
PREVIDENCIÁRIAS SOBRE PARCELAS
INDENIZATÓRIAS**

**LETÍCIA DE OLIVEIRA LOURENÇO (RELATORA)
ANDREA DE MESQUITA GOSLING**

DEPARTAMENTO REGIONAL DE MINAS GERAIS

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade e a ilegalidade de cobrança de contribuições previdenciárias sobre parcelas indenizatórias, quais sejam os quinze primeiros dias de afastamento em razão de auxílio doença ou acidente, salário maternidade, além das férias gozadas e seu respectivo adicional constitucional, bem como analisar o impacto econômico, no sistema indústria e em toda sociedade, notadamente a empresarial.

Para analisarmos a presente situação enfrentaremos questões de Direito Constitucional, Previdenciário, Tributário e de Direito do Trabalho, bem como a análise da Lei nº 8.219/91, conceituação e natureza jurídica das parcelas em comento, mandado de segurança impetrado e jurisprudências.

Dentro desta conjuntura, o presente trabalho buscará demonstrar que as empresas não serão obrigadas a recolher à alíquota de contribuição previdenciária no montante de 20% sobre as parcelas indenizatórias, vez que essas não integram o salário contribuição, tampouco a remuneração.

12.1 HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

O Direito da Seguridade Social surgiu no Brasil com Braz Cubas que criou, em 1543, um plano de pensão para os empregados da Santa Casa de Santos. O Decreto de 01/10/1821, de Dom Pedro de Alcântara concedeu aposentadoria, após 30 anos de serviços aos professores e mestres e garantiu um abono aos que permanecessem no exercício de suas funções.

Esse direito pode ser conceituado, segundo Sérgio Pinto Martins¹, como o conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A natureza jurídica da Seguridade Social decorre da lei, pois é ela quem define os direitos e obrigações e não a vontade das partes. Assim considera-se com cunho publicista, já que

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2012.

abrange o contribuinte, o beneficiário e o Estado. Já quanto a natureza jurídica da contribuição à seguridade social, são várias as teorias que a informam, mas o Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, entendeu que sua natureza jurídica é de tributo, já que se trata de prestação pecuniária compulsória paga ao poder público a fim de ser compor fundo utilizado nas situações previstas na legislação.

A Seguridade Social no Brasil esteve presente em todas as Constituições Federais, sendo que a promulgada em 05/10/1988 traz todo um capítulo abrangendo os artigos 194 a 204. Passaram a fazer parte do gênero Seguridade Social, a Assistência Social, a Saúde e a Previdência Social, conceituada abaixo.

O artigo 3º da Lei nº 8.212/91 estabelece que 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.

É a Previdência Social o segmento da Seguridade Social cujo objetivo é estabelecer um sistema que visa a proteção social proporcionando meios indispensáveis de subsistência, através de recebimento do benefício, ao segurado e a sua família. Na relação há três pessoas, o INSS, que paga o benefício, o segurado, que recebe e a empresa que realiza a contribuição. Esse custeio é feito diretamente por contribuições das empresas e pelos trabalhadores e a base que será calculada a contribuição do segurado é denominado salário de contribuição,

O salário de contribuição pode ser conceituado como a base de cálculo da contribuição previdenciária devida pelos trabalhadores e previsto nos incisos I a III do artigo 28 da Lei nº 8.212/91. É a lei que define o fato gerador, o contribuinte, a base de cálculo e a alíquota (artigo 97 do CTN) Pela leitura do Decreto nº 3.048/99, artigos 244 e seguintes entende-se salário de contribuição para empregado e trabalhador avulso a remuneração total dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, cuja destinação é retribuir o trabalho. É, portanto, a remuneração devida, paga ou creditada ao segurado.

Em princípio cumpre estabelecer que o desconto previdenciário é compulsório, incidindo sobre as parcelas dispostas por lei como integrantes do salário de contribuição do segurado, conforme reza a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 28. O desconto previdenciário do contribuinte individual é a remuneração paga pelas atividades exercidas durante o mês, observados os limites estabelecidos na lei. Já para o empregado doméstico corresponde a remuneração constante na CTPS desde que obedecidos os limites mínimo e máximos dispostos na lei. Para o segurado facultativo é a remuneração por ele fornecida, sempre tendo em vista os limites legais.

12.2 NATUREZA JURÍDICA

Natureza jurídica pode ser conceituada, segundo Maria Helena Diniz², como a “afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação”. Assim, definir a natureza jurídica de um instituto funda-se em determinar seu enquadramento na categoria dentro do universo de figuras existentes no Direito.

No contexto da relação de emprego existe uma amplitude de parcelas econômicas pagas ao obreiro que podem ter ou não caráter salarial. As verbas que possuem natureza salarial se integram ao salário para todos os fins, inclusive previdenciário e tributário. São parcelas que possuem natureza remuneratória com incidência de encargos e integram a base de cálculo do FGTS, gratificação natalina, etc.

A onerosidade do contrato de trabalho pode ser definida como sendo uma contrapartida econômica a favor do empregado paga pelo empregador em razão da relação de emprego efetuada entre essas partes. A rigor, a relação de emprego não se materializa sem a onerosidade, pois essa é um elemento fático-jurídico.

Segundo Mauricio Godinho Delgado³, as sem caráter salarial são parcelas que, “embora entregues ao empregador a seu empregado, não o são com qualidade e objetivo contraprestativos, sendo transferidas efetivamente com distinta natureza e finalidade jurídicas”. São parcelas que não integram a folha de salário, são de caráter indenizatório, já que inexistem prestação de serviços pelo empregado.

Neste entendimento o salário possui natureza de contraprestação pelo serviço prestado, pois há correspondência entre trabalho e salário, sendo o primeiro como prestação e o último como contraprestação. Assim, só há salário quando há trabalho, e não se pode considerar salário a remuneração paga ao obreiro quando inexistem trabalho.

Desta feita, para que possível identificarmos as verbas sobre as quais devem incidir a contribuição social, necessário se faz analisar a natureza da parcela em comento: se a natureza for remuneratória integrará o salário, entretanto caso a parcela possua caráter indenizatório não sofrerá incidência de contribuição previdenciária, já que a contribuição previdenciária só incide sobre as verbas de natureza salarial.

2 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2004

Em que pese as verbas que não integram o salário de contribuição estarem elencadas no parágrafo 9º, artigo, 28, da Lei nº 8.212/91, as quais discorreremos abaixo, importante enfatizar que deve ser analisada a natureza jurídica das mesmas, pois, conforme dito alhures, inexistindo prestação de serviços pelo empregado não há que se falar em integração de remuneração para fins de incidência de contribuição previdenciária.

É possível afirmar que todo pagamento feito a título de indenização do trabalhador não integrará salário de contribuição, já que não houve trabalho e sim um pagamento a fim de compensá-lo.

Diante da breve exposição acima, trataremos da natureza jurídica e conceituação dos benefícios devidos aos segurados objetos deste estudo.

12.2.1 Auxílio doença ou acidente

O auxílio-doença é um benefício previdenciário devido ao segurado impedido de trabalhar por acidente ou doença. É devido, segundo o artigo 60 da Lei nº 8.213/91, ao segurado que ficar incapacitado para o seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. O artigo 476 da CLT dispõe que “em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício”.

Para ter direito ao benefício, o trabalhador tem cumprir carência, que é a contribuição para a Previdência Social por, no mínimo, 12 meses. Esse prazo não será exigido em caso de acidente de qualquer natureza (acidente de trabalho ou fora do trabalho) ou de doença profissional ou do trabalho. Assim, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral nos primeiros quinze dias consecutivos ao afastamento. Quando a mencionada incapacidade ultrapassar os quinze dias o segurado será encaminhado para perícia médica do INSS, onde então a Previdência Social é responsável pelo pagamento.

O auxílio-doença deve ser um benefício previdenciário de curta duração sendo renovado a cada necessidade do segurado. É pago em decorrência da incapacidade temporária. Esse benefício, ao contrário do auxílio doença acidentário, não gera qualquer estabilidade. Terá direito ao benefício sem a necessidade de cumprir o prazo mínimo de contribuição e desde que seja segurado, quando do início da incapacidade, o trabalhador acometido de tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e inca-

pacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, doença de Paget em estágio avançado (osteíte deformante), síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), contaminação por radiação (comprovada em laudo médico) ou hepatopatia grave. Para concessão de auxílio-doença basta a comprovação da incapacidade em exame realizado pela perícia, entretanto não tem direito aquele que já tiver a doença que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade resulta do agravamento da enfermidade

O auxílio-doença acidentário é o benefício concedido ao segurado incapacitado para o trabalho em decorrência de acidente de trabalho ou de doença profissional. É devido ao trabalhador que sofre um acidente e fica com seqüelas que reduzem consideravelmente sua capacidade laborativa, direito estendido ao trabalhador empregado, segurado especial e avulso, sendo esse último a cargo da Previdência Social. O contribuinte individual, o facultativo e o doméstico não tem direito a esse benefício. Considera-se acidente de trabalho aquele ocorrido no exercício de atividades profissionais a serviço da empresa (típico), doença profissional ou do trabalho, produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade ou o ocorrido no trajeto casa-trabalho-casa (de trajeto).

Também neste caso os quinze primeiros dias seguinte ao acidente serão pagos pela empresa, inclusive o dia do acidente. O benefício do auxílio-doença será devido pelo INSS a contar do décimo sexto dia seguinte ao do afastamento do trabalho em consequência do acidente.

Para concessão desse benefício é necessário comprovar a impossibilidade de desempenhar suas atividades laborativas através de perícia médica realizada pela Previdência. Por ter caráter de indenização pode ser acumulado com outros benefícios arcados pela Previdência Social, exceto a aposentadoria.

Assim, resta entendido que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros dias do auxílio-doença, uma vez que tal verba não tem natureza salarial, já que não caracteriza contraprestação de um trabalho realizado, mas sim um ressarcimento de despesas médicas, conforme artigo 214 § 9º, do Decreto nº 3.048/99 que aprova o Regulamento da Previdência Social

Por similitude com o auxílio-doença exposto acima, o auxílio-acidente possui as mesmas regras de incidência da contribuição previdenciária e não comporta natureza salarial, não incidindo, por óbvio, qualquer contribuição previdenciária.

12.2.2 Salário-maternidade

O salário-maternidade, conforme consta na Instrução Normativa INSS/PRES nº 45, de 06 de agosto de 2010, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e Decreto nº 3.048, de 6 de maio 1999, será pago para as seguradas empregada, doméstica, contribuinte individual, trabalhadora avulsa, facultativa, especial e as em prazo de manutenção da qualidade de segurada, por ensejo do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, observadas as situações previstas na legislação no tocante à proteção à maternidade. Em que pese a Lei nº 8.213/91 usar a expressão salário-maternidade, este instituto também conhecido como licença à gestante ou licença-maternidade.

O benefício, para o segurado empregado, consiste no valor do último salário e contribuição, antes do afastamento e é feito diretamente pelo empregador que adianta o valor e se reembolsa ao efetuar os recolhimentos previdenciários.

Considera-se parto o nascimento que ocorre a partir da 23ª semana de gestação, inclusive em caso de natimorto. Para a criança nascida ou adotada a partir de 14 de junho de 2007, o benefício também será devido à segurada desempregada (empregada, trabalhadora avulsa e doméstica), para a que cessou as contribuições (contribuinte individual ou facultativa) e para a segurada especial, desde que o nascimento ou adoção tenham ocorrido dentro do período de manutenção da qualidade de segurada.

O benefício será pago durante 120 dias no período entre 28 dias antes e 92 dias após o parto. O início do pagamento do benefício é fixado de acordo com o atestado médico. Se a criança já tiver nascido, o início do benefício será na data de nascimento da criança; neste caso deve ser apresentada a cópia autenticada da certidão de nascimento. Como exceção, os períodos de repouso que antecedem ou precedem ao parto poderão ser estendidos por mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

No caso da segurada estar desempregada será devido o benefício do salário-maternidade quando a demissão ocorrer antes da gravidez ou caso a gravidez tenha ocorrido enquanto ela ainda estava empregada, desde que através de pedido de demissão ou demissão por justa causa. O salário-maternidade será pago por duas semanas nos abortos espontâneos ou os casos previstos em lei, tais como estupro ou risco de vida para a mãe.

Não se exige tempo mínimo de contribuição para as empregadas, as domésticas e avulsas, desde que comprovem filiação nesta condição na data do afastamento para fins de salário

maternidade ou na data do parto. Já para a contribuinte individual, a segurada facultativa e especial faz-se necessária um mínimo de dez contribuições.

Conforme prevê o artigo 392- A da CLT, a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial com fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias e será devido o benefício do salário-maternidade, conforme disposto no artigo 71 da Lei nº 8.213/91, a saber:

À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 10.421, de 15.4.2002)

Parágrafo único. O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

O salário-maternidade, embora tivesse no passado natureza jurídica trabalhista, evidenciada pelo seu caráter salarial e ônus do empregador tem, no atual ordenamento jurídico, natureza previdenciária, eis que seu encargo econômico é suportado pela Previdência Social, conforme artigo 71 da Lei nº 8.213/91, assim não pode ser considerado salário por não estar previsto no artigo 203 da Constituição Federal não pode ser considerado também como prestação de assistência social.

Em que pese estar elencado como parcela que sofrerá incidência de recolhimento previdenciário, defendemos que o salário-maternidade possui natureza eminentemente indenizatória. Desta feita, não poderia integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, pois é óbvio que não há labor da empregada durante esse período.

12.2.3 Férias e terço constitucional

As férias são um direito do empregado, a cada ano de trabalho, de abster-se de trabalhar por um período de dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração e desde que cumpridas algumas exigências tal como a assiduidade. Todo empregado que tenha completado anualmente o período aquisitivo terá direito ao gozo de férias remuneradas nos doze meses subsequentes.

Se o empregador faltar de 6 a 14 vezes as férias serão de 24 dias corridos; se faltar de 15 a 23 dias, de 18 dias corridos; se faltar de 24 a 32 dias, de 12 dias corridos e acima de 32 faltas não terá direito a férias.

Para o empregado é um direito gozá-las e um dever não trabalhar durante esse período a outro empregador, exceto em caso de duplo contrato de trabalho. Já para o empregador é um direito exigir que o empregado não labore durante tal período e um dever concedê-la.

Em que pese a lei definir que as férias gozadas integram o salário de contribuição, entendemos que a natureza dessa parcela não tem natureza salarial, é direito do trabalhador, inerente ao seu contrato de trabalho, mas sem a contraprestação do labor. Em outro aspecto, fundamenta-se pelo fato de se relacionar a uma política de saúde pública e bem estar coletivo. Por fim, justifica-se, pois se trata de indenização por um período onde não se vislumbra a prestação de serviços com fulcro no artigo 28 § 9º, da Lei nº 8.212/91.

O terço constitucional das férias é previsto, como bem diz o nome na Constituição Federal, artigo 7º, XVII e pode ser definido como sendo a parcela suplementar que se agrega necessariamente às férias. Por se tratar de parcela de caráter acessório, já que é incidente sobre as férias, tem a mesma natureza jurídica da parcela principal a que se acopla. Pelo princípio de que o acessório segue a sorte do principal e aplicando-se o artigo 92 do Código Civil, não há que falar incidência de contribuição previdenciária sobre o terço. Assim, conforme exposto acima, considerando que as férias possuem natureza indenizatória, o terço constitucional também assim o é.

12.3 DA POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA

12.3.1 Da matéria a ser discutida no mandado de Segurança

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que qualquer empresa privada, na condição de empregadora, encontra-se sujeita, nos termos do art. 22, da Lei nº 8.212/91, ao recolhimento das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social incidentes sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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.

Mais, fato é que o art. 28, daquela mesma Lei nº 8.212/91, ao esclarecer e definir qual seria a conformação da base de cálculo dessa contribuição social devida à Seguridade Social, definida como sendo ordinariamente “salário-de-contribuição” pelo legislador, elencou aquelas parcelas remuneratórias que poderiam ser destinadas ao empregado segurado e que, por sua vez, comporiam o seu citado salário-de-contribuição, isso, não obstante o tenha feito incluindo ali verbas de natureza eminentemente indenizatória e que, por óbvio, não poderiam integrar tal base contributiva.

Exatamente por isso, necessária a impetração de Mandado de Segurança visando a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre as verbas pagas nos 15 (quinze) primeiros dias por motivo de doença/acidente, sobre o terço constitucional de férias, sobre o salário maternidade e as férias remuneradas.

O cerne da questão é a identificação sobre quais verbas há incidência da contribuição social, sendo necessário a análise da natureza da verba; se remuneratória, integra a folha de salários e compõe a base de cálculo da contribuição; no entanto, se a parcela possuir natureza indenizatória, não sofrerá contribuição previdenciária.

A alegação principal que deve pautar o Mandado de Segurança a ser impetrado, é de que as verbas questionadas não são entregues ao empregado em contraprestação a qualquer serviço por ele prestado, não devendo integrar a base de cálculo das contribuições por ele devidas, porque o artigo 22 da Lei 8.212/91 apenas prevê a incidência de contribuição sobre valores pagos em contraprestação a serviço prestado.

12.3.2 Entendimento jurisprudencial atual sobre a matéria

Não obstante defendermos a tese de o terço constitucional de férias, os quinze primeiros dias de afastamento, o salário maternidade e o salário percebido pelo empregado no regular gozo das férias se tratam de parcelas cuja incidência da contribuição previdenciária deve ser afastada, o entendimento jurisprudencial tem divergido em parte de nosso entendimento.

Com relação ao salário maternidade, a Constituição federal prevê a contribuição sobre verbas recebidas em virtude de salário maternidade, nos arts. 195, I e 201, I, que assim dispõem:

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:

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.

(...)

Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Alterado pela EC-000.020-1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante.

Com efeito, apenas a lei regularmente elaborada pelo órgão competente para tanto é instrumento idôneo para inovar na ordem jurídica, criando direitos e obrigações para os indivíduos e, assim, afetando sua esfera jurídica.

Conforme já discutido na precedência, ao nosso ver, o salário maternidade constitui verba indenizatória, e não salarial, não devendo incidir contribuição previdenciária sobre a aludida verba.

Infelizmente a jurisprudência majoritária não acompanha o entendimento esposado, simpaticizando com a tese de que como o salário maternidade, inicialmente, era ônus do empregador, constituindo assim, obrigação trabalhista, sendo que com a edição da Lei 6.136/1974, o encargo ficou sob os cuidados da Previdência Social, passando a ser considerado prestação previdenciária. Assim, o entendimento gira no sentido de que as verbas recebidas a título de salário-maternidade, mesmo sob o encargo da Previdência Social, possuem natureza salarial e caracterizam renda, razão pela qual sobre elas incide a contribuição previdenciária, devendo seu adimplemento ser subsidiado pelo empregador.

Com relação às férias remuneradas, mas uma vez a jurisprudência consolidada majoritária, diverge do nosso entendimento, pois defende que quando o empregado frui normalmente as férias, não há interrupção do pacto laboral, e o pagamento possui natureza salarial, incidindo, por consequência, a contribuição previdenciária.

Ocorre que a tese ora defendida refere-se ao caráter indenizatório das férias gozadas, o que provocaria, em tese, a não incidência da contribuição, pela natureza eminentemente indenizatória da verba.

Não obstante o acima colocado, os tribunais fixaram entendimento de que somente quando o trabalhador não usufruir suas férias, fará jus à percepção do valor das férias a título de indenização, sendo que somente neste caso é reconhecido o caráter indenizatório, não incidindo, por conseguinte, a contribuição previdenciária.

Com relação aos quinze dias de afastamento por doença e acidente, a jurisprudência atual vai de encontro com a tese ora defendida, eis que dispõe o art. 60, § 3º da Lei 8.213/1991:

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

(...)

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

Conforme denotam os dispositivos legais supra, os valores percebidos pelo trabalhador nos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente não possuem natureza salarial/remuneratória, não sendo passíveis de incidência da contribuição previdenciária.

O fato de constar a palavra “salário” no §3º do artigo citado não retira a natureza indenizatória da verba, uma vez que o empregado não trabalhou no período, pois estava afastado do serviço por motivo de doença ou acidente, motivo pelo qual incabível o entendimento que se trata de remuneração. Portanto, não se submete a tal incidência o valor pago ao segurado-empregado durante os primeiros quinze dias de ausência do trabalho por enfermidade ou acidente.

No que tange ao terço constitucional de férias, o posicionamento dos tribunais novamente vai de encontro com a tese ora defendida. A orientação da Corte Superior amolda-se à fundamentação de que o pagamento o terço constitucional de férias ostenta caráter compensatório e não incorpora à remuneração para fins de aposentadoria.

Nesse sentido, resta óbvio que é indevida a incidência de contribuição previdenciária sobre o abono constitucional de terço de férias, por não incorporar aos proventos de aposentadoria, restando óbvio o reconhecimento de que trata-se de verba que não possui caráter remuneratório, e sim indenizatório.

Com o acima exposto, verifica-se ser pacificada a questão no que tange à não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias e aos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho por motivo de doença/acidente. Com relação ao salário maternidade e ao salário percebido pelo empregado em regular gozo de férias, a jurisprudência majoritária é no sentido que se tratam de parcelas remuneratórias, incidindo assim, a contribuição; - no entanto existem decisões atuais, as quais reconhecem se tratar de verbas indenizatórias/compensatórias.

Neste sentido, colaciona-se abaixo julgado referente ao Mandado de Segurança impetrado pela Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais, pelo Serviço Social da Indústria – SESI/DRMG, pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI/DRMG e pelo Instituto Euvaldo Lodi – IEL/MG:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RGPS. SALÁRIO-MATERNIDADE. FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE ENFERMIDADE OU ACIDENTE. NÃO INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI 11.457/2007. ART. 170-A DO CTN. LIMITAÇÃO DO ART. 89, § 3º, DA LEI 8.212/1991. REVOGAÇÃO PELA MEDIDA PROVISÓRIA 449/2008, CONVOLADA NA LEI 11.941/2009. TAXA SELIC E JUROS.

- 1. Na repetição de indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação, aplicável a tese dos cinco mais cinco, como consagrada no STJ. A Corte Especial deste Tribunal declarou inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005 (ArgInc 2006.35.02.001515-0/GO).*
- 2. O salário-maternidade é considerado salário de contribuição (art. 28, § 2º, Lei 8.212/1991). As verbas recebidas em virtude de salário-maternidade sofrem incidência de contribuição previdenciária.*

3. *O salário recebido pelo empregado em regular gozo de férias não possui natureza indenizatória, e sobre ele incide a contribuição previdenciária.*
4. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que fica afastada a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas (AgRg nos EREsp 957.719/SC).*
5. *Os valores percebidos nos primeiros 15 dias de afastamento do trabalho por motivo de doença ou acidente não comportam natureza salarial, uma vez que não há contraprestação ao trabalho realizado e têm efeitos transitórios. Sobre eles não incide a contribuição previdenciária para o RGPS.*
6. *A compensação das contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados far-se-á com contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social, nos termos do disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei 11.457/2007. Aplicáveis, ainda, as diretrizes do art. 170-A do CTN.*
7. *Afastada a limitação da compensação em percentual incidente sobre o valor a ser recolhido, prevista no § 3º do art. 89 da Lei 8.212/1991, tendo em vista a sua revogação pela MP 449/2009, convertida na Lei 11.941/2009.*
8. *O valor a ser compensado será acrescido da taxa SELIC, desde janeiro de 1996, e de juros obtidos pela aplicação do referido índice (arts. 39, § 4º, da Lei 9.250/1995 e 89, § 4º da Lei 8.212/1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009).*
9. *Apelação da União e remessa oficial a que se nega provimento.*
10. *Apelação da impetrante a que se dá parcial provimento.*

Não obstante a decisão acima colacionada, segue decisão do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a qual entendeu que inclusive o salário maternidade e o salário percebido durante o gozo das férias são verbas indenizatórias:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS GOZADAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA INDENIZATÓRIA QUE NÃO PODE SER ALTERADA. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA A EXIGIR REABERTURA DA DISCUSSÃO PERANTE A 1ª. SEÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA DETERMINAR A SUBIDA DOS AUTOS DO RECURSO ESPECIAL

QUE, NOS TERMOS DO ART. 14, II DO RISTJ, FICA, DESDE JÁ, SUBMETIDO A JULGAMENTO PELA 1a. SEÇÃO. 1. O preceito normativo não pode transmudar a natureza jurídica de uma verba. Tanto no salário-maternidade quanto nas férias gozadas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, não há efetiva prestação de serviço pelo empregado, razão pela qual, não é possível caracterizá-los como contraprestação de um serviço a ser remunerado, mas sim, como compensação ou indenização legalmente previstas com o fim de proteger e auxiliar o Trabalhador. 2. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rel. Min. CELSO DE MELLO); destarte, não há de incidir a contribuição previdenciária sobre tais verbas. 3. Apesar de esta Corte possuir o entendimento pacífico em sentido oposto (REsp. 1.232.238/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.03.2011; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 25.11.2010; REsp 1.149.071/SC, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 22.09.2010), a relevância da matéria exige a reabertura da discussão perante a 1a. Seção. 4. Agravo Regimental provido para determinar a subida dos autos do Recurso Especial que, nos termos do art. 14, II do RISTJ, fica, desde já, submetido a julgamento pela 1a. Seção.

CONCLUSÃO

Diante dos assuntos discutidos na precedência, a conclusão que se chega é que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária é o é o efetivo serviço prestado pelo empregado ou o tempo que ele permanece à disposição do empregador.

No auxílio doença, auxílio acidente, nas férias indenizadas e respectivo adicional, bem como no salário maternidade, o empregado não está, obviamente, prestando serviços nem se encontra à disposição da empresa. Portanto, independentemente da natureza jurídica atribuída a eles, não podem ser considerados hipóteses de incidência da contribuição previdenciária.

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



**13 – CONCURSO PÚBLICO PARA O SESI E SENAI:
A VISÃO DO TCU, DO MP E DO JUDICIÁRIO**

**LÍVIA DE ALMEIDA SOUZA (RELATORA)
OTÔNIA ESTHER MENEZES DE OTONI ESPÍNDOLA
RAQUEL DIAS MAGALHÃES**

DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

13.1 INTRODUÇÃO

O tema escolhido tem o objetivo de mostrar a visão do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público do Trabalho e do Judiciário, acerca da realização de concurso público para contratação de pessoal para as entidades que compõem o Sistema “S”, em especial o Sesi e o Senai.

Para isso, levar-se-á em consideração o posicionamento do Tribunal de Contas da União, em suas decisões, do Ministério Público e do Judiciário, em diversas ações por todo o Brasil, além de noticiar o entendimento doutrinário que envolve a questão.

Ademais, para demonstrar melhor as nuances que abrangem o caso proposto, o trabalho em questão visa esclarecer, ainda, o que são os entes de cooperação, com as suas particularidades, além de esclarecer os pormenores que regem os serviços sociais autônomos, no que tange a sua definição, a sua natureza jurídica e, em especial, ao regime de contratação de pessoal.

Com relação ao regime de pessoal, a intenção é demonstrar a forma de contratação dos funcionários do Sesi e o Senai, informando, o que dispõe a lei que regulamenta essas duas instituições, os normativos internos sobre o assunto, além de ressaltar, no caso do presente trabalho, o que menciona o programa de recrutamento e seleção do Sistema Fiec.

Dentro deste enfoque, o trabalho ora proposto tem a finalidade de elucidar qualquer dúvida acerca da realização ou não de concursos públicos para o Sesi e o Senai, destacando, o relevante papel do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público, do Judiciário brasileiro, nessa demanda.

13.2 ENTES DE COOPERAÇÃO

Os Entes de Cooperação não integram a Administração Pública, mas colaboram ou cooperam com o Estado na execução de uma atividade de interesse comum.

Essas entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que elaboram projetos de relevância para o Estado, executando serviços não restritos, proporcionando o seu progresso e recebendo sua ajuda, desde que preenchidos certos requisitos instituídos por lei específica para cada modalidade. Além disso, apesar de não integrarem a Administração Pública, sujeitam-se ao seu controle, sendo, inclusive, fiscalizados pelo Tribunal de Contas.

O seu regime jurídico é preponderantemente privado, todavia parcialmente derogado por regras de direito público.

São exemplos de entes de cooperação os serviços sociais autônomos, as entidades de apoio, as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público.

Em se tratando de serviços sociais autônomos podem-se citar: o SESI, o SESC, o SENAC, o SENAI, o SEBRAE, o SENAR, o SEST e o SENAT.

13.2.1 Serviço Social Autônomo: SENAI e SESI

O SENAI foi criado através do Decreto-lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, com a finalidade de instituir e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários, sendo organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria.

Já o SESI foi criado, pela Confederação Nacional da Indústria, em 01 de julho de 1946, de acordo com o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, com o objetivo de estudar planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no país, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

13.2.1.1 Definição e Natureza Jurídica

Serviço Social Autônomo é uma denominação atribuída às pessoas jurídicas de direito privado, que integram a iniciativa privada e apresentam algumas particularidades, quais sejam, não prestam serviços públicos delegados pelo Estado, mas desempenham atividade privada de proveito público, denominada por alguns doutrinadores de serviços não privativos do Estado.

Segundo o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles os 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 a administração e patrimônios próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias. (2008, p.386)

Os Serviços Sociais Autônomos são considerados entes parafiscais, pois são detentoras de capacidade tributária, por delegação.

Essas instituições, apesar de serem oficializadas pelo Estado, não fazem parte da Administração direta nem da indireta, mas atuam ao lado do Estado, sob seu apoio, sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, colaborando nos setores, atividades e serviços que lhes são designados, por serem considerados de interesse exclusivo de certos beneficiários, ficando apenas vinculado ao órgão estatal mais relacionado com sua atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas do dinheiro público recebido para sua manutenção. Por isso, recebem oficialização do Poder Público e anuência legal para recolherem e aplicarem na sua manutenção, contribuições parafiscais, quando não são custeadas diretamente por recursos orçamentários da entidade que as criou.

No que tange as licitações e contratações administrativas, esses entes estão sujeitos aos seus regulamentos próprios, com regras simplificadas, conforme orientação do Tribunal de Contas da União¹.

Além disso, os serviços sociais autônomos não gozam de privilégios administrativos, nem fiscais nem processuais, competindo-lhes somente aqueles que a lei especial explicitamente lhes conceder.

Ademais, estão sujeitos a jurisdição da Justiça Estadual, de acordo com o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal².

13.2.1.2 Regime de Pessoal

Os empregados dos Serviços Sociais Autônomos estão sujeitos à legislação trabalhista na sua totalidade, somente sendo equiparados a funcionários públicos para responsabilização criminal dos delitos funcionais.(art. 327, parágrafo único, Código Penal)

¹ Decisão nº 907/1997 – Plenário; Decisão nº 461/1998 - Plenário

² Súmula 516 do STF: “O Serviço Social da Indústria – SESI, está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual.”

Outrossim, os atos de seus dirigentes, no desempenho de suas funções, podem ser passíveis de mandado de segurança, e sendo o ato ou contrato lesivo ao patrimônio da entidade enseja ação popular, com a responsabilização pessoal de quem o praticou ou ordenou sua prática. Além disso, os atos desses dirigentes são passíveis de improbidade administrativa, pois são reputados agentes públicos, devendo, inclusive, apresentar declaração de bens antes da posse e do exercício.

13.3 DA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PARA O SESI E O SENAI

13.3.1 Regulamento do Serviço Social da Indústria, Resolução SESI nº 01/2005 e Resolução SESI nº 01/2009

O Decreto nº 57.375, de 02 de dezembro de 1965, que aprovou o Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela Confederação Nacional da indústria, consoante o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946, prevê em seu Capítulo VIII, a contratação de pessoal. Senão vejamos:

Art. 60. O exercício de quaisquer emprego ou funções no Serviço Social da Indústria dependerá de provas de habilitação ou de seleção, reguladas em ato próprio. Parágrafo único. A exigência referida não se aplica aos contratos especiais e locação de serviços.

Art. 61. O Estatuto dos Servidores do SESI, aprovado pelo Conselho Nacional, estabelecerá os direitos e deveres do funcionários da entidade, em todo País.

Art. 62. Os servidores do SESI, qualificados, perante este, como beneficiários, para os fins assistenciais estão sujeitos `a legislação do trabalho e da previdência social, considerando-se o Serviço Social da Indústria, na sua qualidade de entidade de direito privados, como empresa empregadora, reconhecida a autonomia dos órgãos regionais quanto à feitura composição e peculiaridade de seus quadros empregatícios, nos termos do artigo 37, parágrafo único.

Parágrafo único. Só depois do pronunciamento da entidade, em processo administrativo, salvo se faltar menos de sessenta dias para a prescrição do seu direito, poderá o servidor pleitear em juízo qualquer interesse vinculado ao seu status profissional.

Art. 63. Os servidores do SESI serão segurados obrigatórios do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários, salvo aqueles que, exercendo atividade profissional, diferenciada, estejam vinculados a outro órgãos de previdência social.

Desta feita, conforme determina o art. 60, acima transcrito a Resolução SESI nº 01/2005, veio regular o processo seletivo, no âmbito do Serviço Social da Indústria.

Posteriormente, a Resolução SESI nº 01/2009, veio estabelecer as normas de processo seletivo para a contratação de empregados do Serviço Social da Indústria, com o objetivo de atender as necessidades de serviço e selecionar profissionais qualificados, observando o padrão de mercado e a busca pela eficiência da Entidade, sendo vedada a ocorrência de práticas como nepotismo, tráfico de influência, apadrinhamento, troca de favores e discriminações, em obediência aos princípios da moralidade e da impessoalidade.

Por este instrumento, o processo seletivo deverá ser composto de uma fase de recrutamento e outra de seleção. A primeira é a fase em que se buscam candidatos para participar da etapa de seleção, devendo envolver empregados da própria entidade, candidatos empregados de outros serviços sociais autônomos ou do mercado de trabalho.

Para esta fase deve-se considerar o recrutamento externo, que ocorrerá quando a busca por candidatos é realizada fora do âmbito da Entidade, e o recrutamento interno, que ocorrerá quando a busca por candidatos é realizada entre empregados de serviços sociais autônomos ou empregados da própria Entidade, devendo o primeiro ser adotado como regra.

O recrutamento externo deverá ser amplamente divulgado. Já o recrutamento interno poderá ser divulgado somente por meio de avisos em locais próprios da Entidade e por meios eletrônicos quando houver, nos casos em que a busca por candidatos é realizada entre empregados da própria Entidade e, deverá ser divulgado na página da internet da Entidade, quando a busca por candidatos é realizada entre empregados de serviços sociais autônomos.

Além disso, o recrutamento poderá ser feito em cadastros de talentos da Entidade, observadas as disposições da Seção Única, do Capítulo I, da resolução em comento.

A seleção é a fase que se refere à apreciação e exame das competências dos candidatos, considerando dois ou mais dos seguintes procedimentos: análise curricular, provas de conhecimento, provas técnicas, provas práticas, teste, dinâmicas de grupo e entrevistas.

No presente instrumento ainda estão previstas as contratações especiais, o procedimento do processo seletivo e a habilitação.

13.3.2 Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Resolução SENAI nº 241/2005 e Resolução SENAI nº 374/2009

O Decreto nº 494, de 10 de janeiro de 1962, que aprovou o Regimento do 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, prevê em seu Capítulo VII, a contratação de pessoal, conforme segue abaixo:

Art. 42. O exercício de todas as funções do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial dependerá de provas de habilitação ou de seleção, salvo os contratos especiais.

Art. 43. O Estatuto dos Servidores do SENAI estabelecerá os direitos e deveres dos funcionários da entidade em todo o País.

Art. 44. Os servidores do SENAI estão sujeitos à legislação do trabalho e da previdência social, considerando-se o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, na sua qualidade de entidade civil de direito privado, como empresa empregadora.

Parágrafo único. Os servidores do SENAI serão segurados obrigatórios do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários.

Desta feita, atendendo ao disposto no art. 42, a Resolução nº 241/2005 aprovou as normas de processo seletivo para contratação dos empregados do SENAI. Contudo, o Acórdão 2305/2007, do Tribunal de Contas da União, fez algumas recomendações sobre o teor do presente documento que traduzem a visão desse renomado órgão sobre o processo seletivo no Sistema “S”, embora não tenha conhecido a representação formulada pela Secretaria Federal de Controle contrária aos regulamentos de contratação de empregados dessas entidades.

A partir daí, o SENAI buscando aperfeiçoar o seu processo de recrutamento e seleção aprovou o seu Regulamento de Processo Seletivo para a contratação de empregado, por meio da Resolução nº 374/2009, seguindo os mesmos padrões da Resolução SESI nº 01/2009.

13.3.3 Programa de Recrutamento, Seleção e Admissão para o Sistema FIEC

Por este documento o SFIEC, através de seu setor de Recursos Humanos, dispõe que o processo seletivo compreende as fases de recrutamento e de seleção.

A fase de recrutamento realizar-se-á para o preenchimento de vagas dos cargos existentes, através da busca de candidatos externos ou internos.

Já a fase de seleção compreende as seguintes etapas: 1ª ETAPA: Análise Curricular; 2ª ETAPA: Prova de conhecimentos específicos e/ou prova prática, quando for o caso; 3ª ETAPA: Avaliação de Potencial e/ou Testes Psicológicos, quando for o caso; 4ª ETAPA: Entrevista e 5ª ETAPA: Exame Médico.

Ademais, o presente programa traz as condições para classificação dos candidatos, as condições para desclassificação, as condições para participação do colaborador do SFIEC em seleção, participação de portadores de necessidades especiais em processo seletivos, as responsabilidades e competências do setor de Recurso Humanos e das Unidades, as fases do processo de recrutamento e seleção e, por fim, a admissão. Todo o conteúdo do presente documento está de acordo com as resoluções do SESI e do SENAI, que tratam de processo seletivo.

13.4 CONCURSO PÚBLICO PARA O SESI E SENAI: A VISÃO DO TCU

As contribuições parafiscais são entendidas como “dinheiro público”. Sendo assim, evidencia-se que, o Tribunal de Contas da União é o órgão técnico responsável por fiscalizar as contas dos serviços sociais autônomos, de acordo com os artigos 70, parágrafo único, e 71 da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, resta evidente que, se as contribuições parafiscais recebidas pelos serviços sociais autônomos são efetivamente dinheiro público, devendo essas instituições se submeterem ao controle do Tribunal de Contas da União, apesar de serem pessoas jurídicas de direito privado, desvinculadas da Administração Pública. Essas entidades devem, portanto, demonstrar a esse órgão que os recursos geridos de forma privada estão sendo aplicados de acordo com o que dispõe seu regulamento e regimento, com a maior qualidade e eficiência possível.

Sendo assim, o Tribunal de Contas da União como órgão que exerce a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União, das entidades da administração direta e indireta e de qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, no que tange a legalidade, a legitimidade, a economicidade e a fiscalização da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas, decidiu através do Acórdão nº 17/1999, do Plenário, que teve como Min. Relator Lincoln M. Da Rocha, publicado no Diário Oficial da União, de 12 de março de 1999, o seguinte:

Ementa: Prestação de Contas. SESC. Administração Regional MT. Exercício de 1996. Admissão de pessoal sem concurso público. Recebimento de verba de representação sem comprovação do pagamento de despesa. Inobservância do regulamento quanto à fixação de suas despesas administrativas. Não inclusão no rol de responsáveis e não apresentação da declaração de bens e rendas dos representantes do Conselho Regional. Acolhimento das Justificativas. Contas regulares com ressalva. Quitação. - Não se aplica a obrigatoriedade de concurso público pelos serviços sociais autônomos visto que não integram a administração pública indireta. Considerações.

Em outro momento, o Plenário do TCU, na representação TC 019.946/2005-4, não conheceu da representação formulada por seu órgão técnico, que pedia a anulação dos Regulamentos de Contratação de Empregados utilizados pelos serviços sociais autônomos. Trata-se do acórdão nº 2305/07, publicado no Diário Oficial da União de 05/11/2007. Neste documento ficou assentada a orientação da Corte de Contas no sentido de não se aplicar a regra do concurso público aos serviços sociais autônomos e, também, no sentido de que cabe aos próprios órgãos do Sistema “S” aprovar os regulamentos de suas entidades.

Desta forma, ficou decidido que os empregados do Sistema “S” seguem o regime privado e não estão sujeitos a concursos públicos, porém, registre-se que a exigência que faz o TCU, e isso tem sido consignado em vários de seus julgados, é que haja um processo seletivo público, o que de alguma forma, confunde-se com o concurso público a que faz referência o art. 37, inciso II, da Carta Magna.

13.5 CONCURSO PÚBLICO PARA O SESI E SENAI: A VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A doutrina majoritária entende que os serviços sociais autônomos não estão obrigados a fazer concurso público, mas obrigam-se a acolher na contratação de seus colaboradores os princípios básicos da administração pública, de acordo com a lição de José dos Santos Carvalho Filho. Senão vejamos:

É preciso salientar que o art. 37 da CF tem como únicos destinatários os entes da Administração direta e Indireta e, por isso mesmo, não pode ser aplicado a entidades de outra natureza, sobretudo no que diz respeito às restrições que contém. Assim, também não procede o entendimento de algumas vozes do TCU no sentido de ser exigido para os entes de cooperação governamental o sistema de concurso público adotado para a Administração Pública (art. 37, II, CF).

Pode exigir-se, isto sim, a observância dos princípios gerais da legalidade, moralidade e impessoalidade, e isso porque deve obedecer apenas aos critérios por elas estabelecidos. (...)

Afigura-se óbvia, portanto, a confusão que alguns fazem sobre a real posição topográfica dos serviços sociais autônomos no sistema administrativo e de execução de serviços públicos. Releva notar que a execução de serviços públicos não é fato idôneo a, isoladamente, acarretar a inserção da pessoa prestadora no elenco das pessoas administrativas.

Assim, reitera-se que essas pessoas de cooperação governamental podem ter aqui e ali uma certa aproximação com pessoas da Administração, mas o certo é que, por força de lei, não integram a Administração Indireta. Em consequência, o regime jurídico aplicável a pessoas administrativas não pode ser o mesmo a incidir sobre os serviços sociais autônomos” (2008, p. 482 e 483).

Com relação a essa possível subordinação dos serviços sociais autônomos aos princípios da Administração Pública e a necessidade de realização de concurso público para a seleção de pessoal, tal assunto vem sendo amplamente questionado em ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho em todo o Brasil. Através do Poder Judiciário, essas ações têm tido o objetivo de forçar os serviços sociais autônomos a acolherem os princípios e regras do artigo 37 *caput* e inciso II, da Constituição Federal, na contratação de pessoal.

Para tanto, o Ministério público utiliza como argumento o fato de que os serviços sociais autônomos, por sua condição de ente totalmente subvencionado por recursos públicos, deve ser obrigado a contratar somente por processo seletivo público.

Outrossim, o Ministério Público alega que as entidades que compõem o Sistema “S” submetem-se ao regramento alusivo à Administração Pública, previsto no art. 37, da Constituição Federal, dada a origem dos recursos por elas regido, inclusive, ressalta que devem ser observados os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, por isso, devem ser adotados critérios objetivos para a seleção e contratação de seu pessoal, de acordo com as normas constitucionais vigentes.

Além disso, assevera que as entidades componentes do denominado Sistema “S” são organizadas de forma autônoma, administrativa e financeiramente, além de serem criadas por determinação legal (o que revela interesse público), ainda que utilizem recursos públicos repassados por meio de contribuições parafiscais, de natureza compulsória, na forma do artigo 240, da Constituição Federal, pagas por meio de empregadores sobre folha de salários, que são destinadas aos seus objetivos institucionais definidos em lei, a fim de promover objetivos especificados na legislação atinente à espécie.

O Ministério Público defende ainda que os serviços sociais autônomos estão sujeitas à fiscalização externa pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, porque administram e utilizam dinheiro público, por isso, devem realizar concurso público para contratação de pessoal.

Afirma, ainda, que a política de contribuição dessas entidades é utilizada sem qualquer critério objetivo, na medida em que seus processos seletivos, quando realizados, contemplam vícios justamente porque comportam critérios subjetivos de escolha, os quais são incompatíveis com os princípios da Administração Pública.

Ademais, o Ministério Público reconhece que os serviços sociais autônomos tem natureza privada, porém não admite que aja, no dispêndio dos recursos públicos percebidos, como se estivesse a utilizar de recursos exclusivamente privados. Argumenta, ainda que a discussão acerca do assunto centra-se na origem dos recursos e não, especificamente, na questão da personalidade jurídica dessas entidades.

Em alguns casos, o Ministério Público utiliza como parâmetro os Conselhos das Profissões Regulamentadas, que estão sujeitos à realização de concurso público para admissão de pes-

soal, ainda que admitam pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal, para justificar a necessidade dos serviços sociais autônomos realizarem concurso público.

13.6 CONCURSO PÚBLICO PARA O SESI E O SENAI: A VISÃO DO JUDICIÁRIO

Os ilustres magistrados, em diversos estados do país, estão julgando a matéria e não estão acatando a tese defendida pelo Ministério Público. Desta feita, destacam-se alguns posicionamentos do Judiciário brasileiro diante da relevância do tema ora abordado.

Os magistrados defendem que os denominados serviços sociais autônomos, entes privados de cooperação da Administração Pública, sem fins lucrativos, não obstante serem criados por autorização legislativa federal, não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública federal direta ou indireta, ainda que dela receba, reconhecimento e amparo financeiro. Elas exercem atividades privadas de interesse público.

Aliás, ao contrário do que possa parecer, os recursos destinados a essas instituições não têm origem na coletividade de forma indiscriminada, como se fora um imposto, sem vinculação de receita. Em outras palavras, tais recursos não são arrecadados de toda a sociedade. Em verdade, o universo de contribuintes, na espécie, está adstrito ao segmento industrial, que vem a ser também o beneficiário direto daquelas contribuições, as quais são empregadas na qualificação da mão-de-obra industrial.

A partir daí, percebe-se claramente que a aplicação de recursos não tem como destinatário a sociedade com um todo, mas apenas certo segmento específico dela.

Vale ressaltar, ainda, que não há no art. 37, da Constituição Federal, norma que estenda, sequer de forma reflexa, o seu comando a entidades não integrantes da Administração Pública. Na verdade, não há, em qualquer outro dispositivo constitucional, norma que amplie o comando, do artigo acima citado, aos serviços sociais autônomos. Com isso, conclui-se que o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, não têm aplicação quanto à pessoa jurídica de direito privado não integrante da Administração Pública Direta ou Indireta, aí incluídos os integrantes do Sistema "S". Por isso, ainda que essas entidades exerçam a gestão de contribuições parafiscais, são pessoas jurídicas de direito privado e, com o silêncio de suas normas

instituidoras, não se sujeitam às restrições do inciso II e do § 2º, do artigo 37, da Constituição Federal para a contratação de seus empregados.

Os magistrados afirmam que o modelo que a Constituição Federal recepcionou e consagrou para os serviços sociais autônomos, determina que trata-se de pessoas jurídicas de direito privado, atreladas ao sistema sindical, desvinculadas do poder público, que recebem como receitas próprias, contribuições compulsórias e as administram, sob eficiência e forma privadas, no cumprimento de atividades privadas de interesse público ou social, estabelecidas na lei.

Para tanto, a Constituição Federal impôs a essas entidades o dever de prestar contas ao TCU dos seus resultados, por receberem contribuições compulsórias, na forma do parágrafo único, do art. 70. Deve-se, então, demonstrar que os recursos geridos de forma privada, e não pública, estão sendo aplicados na missão precípua a que foram destinados, com a maior eficiência e qualidade possíveis. De outra banda, nota-se que o art. 71, inciso III, da Constituição Federal, ao tratar do controle exercido pelo TCU sobre a admissão de pessoal, o limita, expressamente, à Administração Pública direta e indireta, não alcançando as entidades do Sistema “S”.

Para ilustrar o entendimento consolidado do Judiciário brasileiro, seguem as decisões abaixo:

RECURSO DE REVISTA. SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. PROCESSO SELETIVO. De fato, o art. 37, inciso II, da Constituição Federal, assevera a necessidade de submissão a concurso público para a investidura em cargo ou emprego público ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Contudo, o SESI é serviço social autônomo - entidade civil, com personalidade jurídica de direito privado, que não presta serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público, não integrando, portanto, a Administração Pública Direta ou Indireta, razão pela qual seus empregados, conforme a farta jurisprudência desta Corte, não necessitam se submeter, para admissão, a concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Carta Magna. Encontrando-se a decisão regional alinhada à jurisprudência desta Corte, emerge como obstáculo à pretensão recursal o óbice da Súmula n.º 333 do TST e do art. 896, § 4.º, da CLT. Recurso de Revista não conhecido.- (Processo: RR - 109300-16.2008.5.24.0003 Data de Julgamento: 29/06/2011, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2011).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL - CONCURSO PÚBLICO - NÃO OBRIGATORIEDADE.1.

O Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - SENAT - exerce atividade privada, mas de interesse público, motivo pelo qual recebe incentivo Estatal, por meio de dotações orçamentárias específicas ou contribuições para-fiscais.2. Exatamente por isso está vinculada aos procedimentos licitatórios e sujeita à fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas da União.3. Entretanto, não está obrigada a contratar mediante concurso público, pois não é alcançada pelo art. 37, II, da Constituição Federal, sendo suficiente a realização de processo seletivo que atenda aos princípios da moralidade e impessoalidade. Recurso Ordinário a que se nega provimento por maioria. (1106001920085241 MS 110600-19.2008.5.24.1, Relator: AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR, Data de Julgamento: 12/03/2010, Data de Publicação: DO/MS Nº 740 de 25/03/2010, pag., undefined)

RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos do que estabelece o art. 114 da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho com pedido de observância dos princípios inseridos no art. 37 da Constituição Federal para contratação de pessoal pelas empresas pertencentes ao sistema s, primeiro porque não é necessária a existência de um contrato de trabalho para atrair a competência dessa Justiça; segundo porque a presença do Ministério Público do Trabalho é suficiente para atrair a competência da Justiça do Trabalho, até porque em se tratando de processo coletivo as regras de competência devem observar a disposição legal, igualmente quanto à legitimidade, em razão da situação extraordinária da ação. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. SENAI. CONCURSO PÚBLICO. ARTIGO 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESNECESSIDADE. O SENAI, embora sujeite-se à fiscalização e controle do Tribunal de Contas da União quanto à legalidade, legitimidade e economicidade na aplicação de recursos (art. 70 parágrafo único da Constituição Federal), não está sujeito à obrigação de realizar concurso público para contratação de pessoal, como o previsto para admissão de servidores na Administração Pública direta e indireta que exige observância do disposto no art. 37 da Constituição Federal, por não integrar a Administração Pública. Recurso ordinário provido.114Constituição Federal37Constituição Federal37II CONSTITUIÇÃO FEDERAL70parágrafo único Constituição Federal. (114200 RO 0114200, Relator: DESEMBARGADORA ELANA CARDOSO LOPES, Data de Julgamento: 09/07/2010, PRIMEIRA

TURMA, Data de Publicação: DETRT14 n.0123, de 12/07/2010, undefined)
SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. SUJEIÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO ART. 37, CAPUT, DA CF/88. OBRIGATORIEDADE DE SELEÇÃO PÚBLICA PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. ESCOLHA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS EM RESPEITO À ISONOMIA E IMPESSOALIDADE.37CF/88Os serviços sociais autônomos, entes paraestatais não integrantes da Administração Direta ou Indireta, com regime predominante de direito privado, mas parcialmente derogado por normas de direito público, sujeitam-se quando da contratação de seus empregados aos critérios objetivos e aos parâmetros estabelecidos no art. 37, caput, da CF/88. Não se trata de obrigar o ente paraestatal a realizar concurso público, nos moldes do art. 37, II, da CF/88, mas observar, em seleção pública, critérios objetivos, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF/88, de modo que a contratação de seu pessoal deverá ser precedida de processo seletivo de provas ou de provas e títulos de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício de atividades. Precedente do TCU no acórdão 3906-25/08-2, de 30.09.2008.37CF/8837IICF/8837CF/88(1367200800422001 PI 01367-2008-004-22-00-1, Relator: FRANCISCO METON MARQUES DE LIMA, Data de Julgamento: 03/08/2009, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJT/PI, Página não indicada, 11/9/2009, undefined)

Desta feita, conclui-se que o Judiciário posiciona-se no sentido de que os serviços sociais autônomos não estão obrigados a realizar concurso público para a contratação de pessoal, porém assim como o TCU, entendem que essas entidades devem realizar seleção pública, baseada em critérios objetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, procurou-se demonstrar de forma clara e objetiva como se dá a contratação de pessoal no SESI e no SENAI, seguindo as orientações de seus normativos internos.

Além disso, o grande objetivo do trabalho foi mostrar o comportamento do TCU, do Ministério Público e do Judiciário, no que concerne a realização de concurso público para contratação de pessoal no Sistema “S”, em especial para o SESI e SENAI.

Com isso, pode-se observar que o Tribunal de Contas da União posiciona-se no sentido de que não se faz necessária a realização de concurso público para essas entidades, porém defende que haja um processo seletivo público, baseado em critérios objetivos na escolha dos candidatos. Isso por si só confunde-se com o que determina o art. 37, inciso II, da Carta Magna.

Já o Ministério Público, embora tenha apresentado teses encantadoras sobre o tema, não teve sucesso nas ações civis públicas interpostas contra as entidades do Sistema “S”. Esse renomado órgão defende que os serviços sociais autônomos por possuírem uma condição de entes totalmente subvencionados, por recursos públicos, devem obedecer ao que determina o art. 37, da Constituição Federal. Além disso, justificam a necessidade de realização de concurso público pelo fato dessas entidades serem fiscalizadas pelo TCU, por utilizarem e administrarem dinheiro público.

O Judiciário em várias decisões sobre o assunto tem se posicionado contra os argumentos do Ministério Público, defendendo que os serviços sociais autônomos não prestam serviços públicos, nem integram a Administração Pública federal direta ou indireta, ainda que dela receba, reconhecimento e amparo financeiro. Elas exercem atividades privadas de interesse público.

Desta feita, procurou-se trazer à baila diversas interpretações utilizadas pelos órgãos acima citados, para defenderem seus posicionamentos, destacando qual deles se sobressai, de acordo com a maioria das decisões encontradas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 91900-66.2008.5.04.0028. **DEJT**. Brasília, 16 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 2204-56.2010.5.14.0000. **DEJT**. Brasília, 3 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 92600-48.2008.5.04.0026. **DEJT**. Brasília, 10 jun. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 169500-96.2008.5.11.0052. **DEJT**. Brasília, 17 dez. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Recurso Ordinário n. 142500-83.2008.5.21.0007. **DEJT**. Natal, 4 jun. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SFIEC. **Programa de Recrutamento, Seleção e Admissão**. Fortaleza: [s.n.], 2009.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDÚSTRIAL. Conselho Nacional. Resolução n. 374/2009. Brasília: SENAI, 2009.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. Conselho Nacional. Resolução n. 01/2009. Brasília: SESI, 2009.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDÚSTRIAL. Departamento Nacional. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem industrial (SENAI)**: atualizado pelo Decreto nº 6.635, de 05 de novembro de 2008. Brasília: SENAI, 2009.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. Departamento Nacional. **Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI)**: atualizado pelo Decreto nº 6.637, de 05 de novembro de 2008. Brasília: SESI, 2009.

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



**14 – A MISSÃO DO SESI E DO SENAI VISANDO A
HUMANIZAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL**

**LUANA BARROSO DE ALBUQUERQUE (RELATORA)
CHRISTIANNE OLIVEIRA COLLYER
OTÔNIA ESTHER DE MENEZES OTÔNIO ESPÍNDOLA**

DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

INTRODUÇÃO

Neste trabalho pretende-se ressaltar a importância do SESI e do SENAI na busca da valorização e qualidade de vida dos trabalhadores, destacando os Direitos Humanos, a humanização e a inclusão social.

Este estudo é dividido em três capítulos. No primeiro será feita uma breve explanação histórica sobre os Direitos Humanos, conceituando-os juntamente com a humanização e a inclusão social, destacando a importância destes para que se alcance a real democracia.

O segundo capítulo, o qual tem como título “Serviços Sociais Autônomos: Conceito e características”, se encarregará de conceituar e ressaltar as principais características dos que compõem o Sistema S.

Conclui-se este estudo com o terceiro capítulo, o qual é o foco deste trabalho, pois tentará mostrar que a função social do SESI e do SENAI só pode ser alcançada se tiver como base os Direitos Humanos e, visando a qualidade de vida dos trabalhadores através da humanização e da inclusão social.

É um trabalho que se dará através de pesquisa histórica e estudo de caso, sendo bibliográfica e documental quanto ao tipo, com relação à utilização e abordagem de resultados será pura e qualitativa e quanto aos objetivos ter-se-á um trabalho descritivo e exploratório.

Neste estudo, não se tem a pretensão de esgotar o tema, uma vez que este é bastante amplo e complexo. Pretende-se iniciar um estudo essencial para o crescimento das indústrias, e ressaltar a importância dos serviços prestados pelo SESI e pelo SENAI na valorização dos trabalhadores.

14.1 OS DIREITOS HUMANOS, A HUMANIZAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL NA BUSCA PELO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os Direitos Humanos são aqueles direitos estabelecidos e garantidos por lei, por serem essenciais a todos os seres humanos independentemente de sexo, idade, raça, credo ou condição financeira, mas até chegarmos nesse ponto, um longo caminho foi percorrido.

Tais direitos surgiram a partir da evolução de uma coletividade e antes mesmo da criação das Constituições. Sempre visando acolher o clamor de justiça dos povos. Tais direitos formam um sistema de valores, sendo este um ideal comum para todos que compõem uma nação.

Há muito tempo os cristãos já pregavam a ideia de que todos os homens são iguais perante a Deus. Filósofos como Platão, Aristóteles e Heráclito propagavam o *Direito Natural*, defendendo a ideia de que os homens já nascem com determinados direitos, inerentes à natureza, simplesmente pelo fato de sua humanidade.

E com o passar dos anos, os direitos dos homens continuaram a ser discutidos. Os racionalistas, por sua vez, acreditavam que os seres humanos eram livres por natureza e seus direitos, inatos, não podem ser descartados quando em sociedade.

Essas correntes continuaram a evoluir com o passar dos anos e muitos desses pensamentos acabaram virando documentos basilares na busca pela concretização da dignidade da pessoa humana, como a Magna Carta, em 1215, que limitava o poder dos monarcas ingleses e teve papel fundamental na criação da Constituição dos EUA, aprovada em 1787.

O momento mais importante, porém, da história dos Direitos Humanos se deu entre os anos de 1945 e 1948, após a 2ª Guerra Mundial. Com o término da guerra, em 1945, os países uniram-se buscando restabelecer a paz mundial. Para tanto, 192 países assinaram a Carta das Nações Unidas e criaram a Organização das Nações Unidas – ONU, em 24 de outubro desse mesmo ano. O principal objetivo da ONU era, além do restabelecimento da paz, evitar uma nova guerra mundial.

A nomenclatura “Direitos Humanos”, utilizada em âmbito internacional, nos tratados, acordos e convenções, classifica determinados direitos essenciais à existência com dignidade de qualquer ser humano. Utilizada por todas as nações, tal expressão tem como objetivo fazer com que todos os indivíduos sejam respeitados igualmente por terem os mesmos direitos. Já no Brasil, também utiliza-se o termo “Direitos Fundamentais”, o qual destaca a importância destes e dá aos mesmos o reconhecimento institucional através das Constituições.

A convicção de que todos os seres humanos têm o direito a ser igualmente respeitados pelo simples fato de sua humanidade é a ideia central do movimento em prol dos direitos humanos. (CORREIA, 2005, p. 98).

Importante destacar o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual prevê inúmeros direitos fundamentais no decorrer de seus setenta e oito incisos.

Humanização pode ser entendida como uma forma mais digna de enxergar o trabalhador, ou seja, este deve ser valorizado e respeitado enquanto pessoa, pela humanidade que lhe é intrínseca.

Tal conceito nos leva a pensar em algo que deve ser colocado em prática para que se consiga humanizar uma coletividade, a ética. Esta, por sua vez, leva o ser humano a pensar na felicidade como uma conquista coletiva e não individual.

Muitas empresas acreditam que o trabalhador é apenas um meio para que se alcance o lucro almejado, não enxergam que a vida de cada homem e mulher que se dedica aquele trabalho não se resume ao âmbito profissional, isso desumaniza o ambiente.

O empregado não pode ser encarado como uma máquina, deve-se valorizar o relacionamento interpessoal, as necessidades humanas e a ética. Dessa forma, não apenas o trabalhador será beneficiado, como também a empresa e a sociedade em geral.

Humanizar uma empresa, um ambiente de trabalho, é investir na principal matéria-prima para que se alcance o sucesso profissional tão almejado, e esta matéria-prima se chama “gente”. Profissionais respeitados e valorizados possuem mais capacidade de agregar valores e de gerar resultados.

Importante citar o pensamento de MORGAN em *Imagens da organização*, 1996:

“a natureza verdadeiramente humana das organizações é a necessidade de construí-la em função das pessoas e não da técnica.”

Destaca-se, ainda, o conceito de empresa humanizada por VERGARA e BRANCO em *Empresa humanizada: a organização necessária e possível*, 2001:

(...) aquele que (...) agrega outros valores que não somente a maximização do retorno para os acionistas. Nesse sentido são mencionadas empresas que, no âmbito interno, promovem a melhoria na qualidade de vida e de trabalho, visando à construção de relações mais democráticas e justas, mitigam as desigualdades e diferenças de raça, sexo ou credo (e não apenas em tais aspectos), além de contribuírem para o desenvolvimento e crescimento das pessoas.

Pode-se dizer que na humanização de um ambiente laboral, obrigatoriamente, deve-se ter os direitos humanos como basilares, sendo estes, essenciais para a criação de um ambiente digno e com o mínimo de humanidade, tem-se, ainda, que ter em mente o dever que cada um tem de servir a sociedade a que pertence, e, por fim, ter o cuidado de não inverter valores, uma vez que podemos dizer que vivemos numa sociedade capitalista.

Diante disso, premente se faz citarmos o entendimento abaixo:

Possibilitar a intersecção entre a ética, o respeito, dignidade, individualismo entre indivíduos promove a humanização. Portanto, vale ressaltar que mesmo a sociedade valorizando o poder capitalista para sua sobrevivência, seja em qualquer campo dos negócios públicos ou privados, a questão sempre voltará para a qualidade da coletividade, tendo o ser humano como foco principal e riqueza de uma sociedade. (on line, 2010).

Pode-se dizer que a Inclusão Social caminha ao lado da humanização, pois tem como principal objetivo a busca pela igualdade de direitos e o respeito às diferenças.

Tentando conceituar a inclusão social, pode-se dizer que compreende o conjunto de comportamentos, os quais visam combater qualquer tipo de preconceito, ou de ação que exclua algum direito pertencente ao ser humano enquanto membro de uma sociedade.

O princípio da isonomia é de fundamental importância para que se realize a inclusão social, uma vez que o mesmo prevê que devemos tratar de forma igual os iguais e desigual os desiguais.

A atual realidade ainda está bastante distante do que se considera uma sociedade verdadeiramente inclusiva, entretanto, algumas ações buscando progresso nesse sentido são criadas e estimuladas através de políticas públicas e marcos legais e históricos. Pode-se citar como exemplo o decreto criado pela ONU (Organização das Nações Unidas), em 1981, o qual assegura às pessoas portadora de alguma necessidade especial os mesmos direitos que os outros cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 é bastante inclusiva, principalmente se comparada ao período e às constituições que lhe antecederam. A atual carta magna foi promulgada logo após um longo período ditatorial, sendo esta o início de uma nova caminhada em busca da democracia.

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da

sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil (PIOVESAN, 1997, p. 55).

No entanto, é de extrema importância que os órgãos públicos, as famílias, as escolas e os meios de comunicação promovam campanhas buscando a inclusão social diariamente. Faz-se necessário que as novas gerações participem de programas inclusivos independentemente de possuir qualquer tipo de necessidade especial e que estudem os fatos históricos de nossa sociedade, para que não se repitam os erros anteriormente cometidos.

Diante disso vale sempre lembrar o que disse Carlos Drummond de Andrade em sua poesia “Nosso Tempo”: “Mas ainda é tempo de viver e contar. Certas histórias não se perderam”.

14.2 SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Os Serviços Sociais Autônomos, também conhecidos como Sistema S, estão compreendidos dentro da classificação “Entes de cooperação” ou “Entidades paraestatais”, uma vez que não fazem parte da Administração, mas atuam ao lado desta, quando do desempenho de atividade de interesse público. Alguns estudiosos costumam dizer que tais serviços seriam um “*Longa manus*” do Estado.

Tais Entidades são pessoas jurídicas de direito privado, entretanto aplicam-se a estas algumas regras criadas para as pessoas jurídicas de direito público. Isso porque os serviços sociais autônomos exercem atividades de interesse público.

Destaca-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo Brasileiro*, 2008, p.68.

As entidades paraestatais são autônomas, administrativa e financeiramente, têm patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficando sujeitas apenas à supervisão do órgão da entidade estatal a que se encontrem vinculadas, para o controle de desempenho estatutário.

Criados exclusivamente por lei, visam prestar juntamente com o Estado os serviços públicos de primeira necessidade, sendo estes, educação, saúde, lazer e assistência social.

Mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais, não possuem fins lucrativos, ou seja, tudo que for arrecadado deve ser investido em seus próprios programas de assistência. Por esse motivo, são fiscalizados pelo Tribunal de Contas da União.

Vale ressaltar o que diz José dos Santos Carvalho Filho na sua obra *Manual de Direito Administrativo*, 2006, p.437.

As pessoas de cooperação governamental dedicam-se, já vimos, a exercer atividades de amparo a certas categorias sociais, podendo dizer-se, em virtude desse fato, que desempenham serviços de utilidade pública.

Assim, seu objetivo está distante daquele perseguido pelos setores empresariais e não se reveste de qualquer conotação econômica. Nesse ponto, aliás, assemelham-se às fundações. E, tal como estas, não podem alvitrar fins lucrativos, próprios de empresas que exploram atividades econômicas. Os valores remanescentes dos recursos que a elas são distribuídos constituem superavit (e não lucro) e devem ser revertidos para os mesmos objetivos, visando a sua melhoria, aperfeiçoamento e maior extensão. Trata-se, enfim, de entidades de caráter não-econômico.

Pode-se citar como alguns exemplos de serviços sociais autônomos: SESC (Serviço Social do Comércio); SEST (Serviço Social do Transporte); SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), entre outros. Porém, neste trabalho dar-se-á ênfase ao SESI (Serviço Social da Indústria) e ao SENAI (Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial).

O SESI foi criado em 1º de julho de 1946 através do Decreto-Lei nº 9403, assinado pelo então Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra, e estimulado pelos empresários Roberto Simonson e Euvaldo Lodi, ambos deram grande contribuição ao alertar o governo para a necessidade de estimular a integração e a solidariedade entre patrões e empregados. Enfatiza-se que, mesmo há mais de 60 (sessenta) anos atrás, os citados empresários já tinham uma visão humanística.

Ressalte-se o artigo 1º, caput e §1º do Regulamento do Serviço Social da Indústria – SESI, *in verbis*:

Art. 1º O Serviço Social da Indústria (SESI), criado pela Confederação Nacional da Indústria, a 1º de julho de 1946, consoante o Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho do mesmo ano, tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que

contribuam, diretamente, para o bem-estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no país, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes.

§ 1º Na execução dessas finalidades, o Serviço Social da Indústria terá em vista, especialmente, providências no sentido da defesa dos salários reais do trabalhador (melhoria das condições da habitação, nutrição e higiene), a assistência em relação aos problemas domésticos decorrentes das dificuldades de vida, as pesquisas sócio-econômicas e atividades educativas e culturais, visando à valorização do homem e aos incentivos à atividade produtora.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, por sua vez, foi criado em 1942, nos termos do Decreto-lei 4.048, com foco na Educação Profissional e no desenvolvimento da tecnologia e da inovação. Os empresários vislumbraram que para melhorar as indústrias e seus produtos, teriam que investir nos trabalhadores proporcionando capacitação e conhecimento.

14.3 A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO SESI E DO SENAI VISANDO A HUMANIZAÇÃO E A INCLUSÃO SOCIAL

Conforme constatado anteriormente, não se pode falar em democracia, progresso, muito menos em qualidade de vida, sem ter em mente, a todo momento, os Direitos Humanos como mínimo necessário para se alcançar algo com dignidade. Tais Direitos são garantidos pela nossa atual Constituição, sendo inerentes a todo cidadão e alcançados através das chamadas atividades de interesse público.

Destaca-se o artigo 6º da CF/88 (grifos nossos):

*Art. 6º. São direitos sociais a **educação**, a **saúde**, a **alimentação**, o **trabalho**, a **moradia**, o **lazer**, a **segurança**, a **previdência social**, a **proteção à maternidade e à infância**, a **assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.*

A humanização e a inclusão social são os meios eficientes para alcançar, sem restrições, tais direitos.

O empregador inteligente busca investir na qualidade de vida dos seus empregados para conseguir os melhores resultados em seus negócios. Um empregado valorizado, respeitado e

com conhecimento, trabalha com prazer e atinge as melhores metas, vale ressaltar, com saúde física e mental. Gerando mais lucros e menos despesas ocasionadas por faltas causadas por doenças laborais e psicosociais.

É partindo desse tipo de pensamento que se entende a importância do Sesi e do Senai para toda a sociedade, desde empregadores, empregados, até os familiares destes.

A missão do Sesi é voltada para o exercício da responsabilidade social em busca da qualidade de vida dos trabalhadores das indústrias e seus dependentes através da educação, saúde e lazer. Conforme pode-se constatar nos artigos 3º, 4º e 5º do seu Regimento, *in verbis*:

Art.3º Constituem metas essenciais do Sesi:

- a) a valorização da pessoa do trabalhador e a promoção de seu bem-estar social;*
- b) o desenvolvimento do espírito de solidariedade;*
- c) a elevação da produtividade industrial a atividades assemelhadas;*
- d) a melhoria geral do padrão de vida.*

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.*

O Senai visa promover a educação profissional, valorizando talentos, gerando empregos e melhorando a qualidade das nossas indústrias através de profissionais capacitados e atualizados.

A função social do Sesi e do Senai é direcionada principalmente para educação, saúde e lazer, vários programas e cursos são postos a disposição dos trabalhadores das indústrias, seus dependentes e, em alguns casos, à população em geral.

Tais serviços devem ser prestados com bastante cautela, visando sempre o ser humano, sua inclusão no ambiente laboral e na sociedade. Pode-se citar alguns exemplos de comportamentos e ações que aqueles que compõem o SESI e o SENAI devem seguir para que se busque sempre atingir a função social a que se propôs tais entidades.

Várias são as situações com as quais um colaborador do SESI e do SENAI, ou um empregador, se depara no dia a dia e que requer que seja resolvida da forma mais justa possível e visando sempre o principal objetivo dos entes em questão, ou seja, a busca da qualidade de vida dos trabalhadores. Passa-se a narrar algumas das referidas situações.

Antes de se contratar determinada empresa para prestar serviço, deve-se exigir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, pois como contratar empresa que não paga os direitos dos seus empregados se a missão principal daqueles que compõem o Sistema S é proporcionar melhores condições para os trabalhadores?

Outros exemplos são: incentivar os empregadores a aderir aos programas em Segurança no Trabalho, a prática da ginástica laboral durante o expediente e as campanhas de vacinação postas a disposição dos trabalhadores das indústrias. A prática de seleção para captação de novos colaboradores, valorizando, desta forma, o princípio da isonomia, da publicidade, da impessoalidade e da moralidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT prevê, juntamente com a Constituição Federal de 1988, vários direitos sociais, os quais buscam a dignidade da pessoa do trabalhador. Toda e qualquer relação de trabalho entre empregador e pessoa física, que possua subordinação, onerosidade, habitualidade e pessoalidade, deve ser regida pela CLT para que seus direitos sejam respeitados.

Cite-se as brilhantes palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

O Direito do Trabalho avança no caminho iniciado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aperfeiçoando-se para que tenha condições efetivas de oferecer meios de defesa do que o homem tem de mais importante, que são os seus direitos fundamentais.

Agindo desta forma o SESI e o SENAI além de valorizar o trabalhador, atingir o conteúdo finalístico de seus objetivos, ainda serve como exemplo para os empregadores em geral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de todo o trabalho prestado pelo SESI e pelo SENAI há mais de 60 anos, conclui-se que a real democracia ainda não foi alcançada, e, que o caminho é longo. Os serviços prestados pelo SESI e pelo SENAI são de interesse público e de primeira necessidade para que se possa viver com dignidade. Deve-se aperfeiçoar os serviços prestados por tais entes, juntamente com mais investimentos e valorização, principalmente pelos empregadores.

Somente após a aceitação de que os direitos humanos, a humanização e a inclusão social são essenciais para que se proporcione qualidade de vida aos trabalhadores e seus familiares, valorizando cada vez mais os serviços prestados pelos que compõem o Sistema S, a indústria brasileira alcançará melhores resultados.

Faz-se extremamente necessário a visualização, pelo empregador, do empregado como ser humano com necessidades reais e iminentes de saúde, educação, lazer, segurança, valorização e capacitação para que traga bons resultados e gere o lucro desejado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Luana Barroso de. **Advocacia de Presos Políticos no Ceará no Período de 1964 a 1984**: Lembranças de um Tempo de Luta. Fortaleza: [s.n.], 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA, Wellington Soares da. **Humanização, Relacionamento Interpessoal e Ética**. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/cad-pesq/arquivos/v11n1art2.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Os Direitos Fundamentais do Trabalhador e a Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Consulex**. Fortaleza, n. 285, p. 35-37, nov. 2008.

RIBEIRO, Natasha K. C. Prestes. O Direito Constitucional a uma Vida Digna. **Revista Consulex**. Fortaleza, n. 282, p. 36-37, out. 2008.

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL. Departamento Nacional. **Regimento do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI)**: atualizado pelo decreto nº 6.635, de 5 de novembro de 2008. Brasília: SENAI, 2009.

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA. Departamento Nacional. **Regulamento do Serviço Social da Indústria (SESI)**: atualizado pelo decreto nº 6.637, de 5 de novembro de 2008. Brasília: SESI, 2009.

TETZLAFF AAS. **O que é Humanização?** Disponível em: <<http://hitechnologies.com.br/humanizacao/o-que-e-humanizacao/>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

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



**15 – PERÍCIA JUDICIAL: A IMPORTÂNCIA DA
PROVA TÉCNICA E A IMPRESCIDIBILIDADE
DA ATUAÇÃO CONJUNTA DO ADVOGADO E DO
ASSISTENTE TÉCNICO**

**RAQUEL DIAS MAGALHÃES (RELATORA)
LÍVIA DE ALMEIDA SOUZA
OTÔNIA ESTHER MENEZES DE OTONI ESPÍNDOLA**

DEPARTAMENTO REGIONAL DO CEARÁ

INTRODUÇÃO

A prova pericial é conhecida como a rainha das provas, entretanto, por conta de sua análise técnica, tem sido por mutuo tempo relegada ao conhecimento dos técnicos, atuando os advogados como leitores e interpretadores do quanto lhes fosse favorável ou não o laudo.

Entretanto, tendo em vista a própria falibilidade humana, e que a maioria dos laudos por mais esteticamente apreciável, possui erros crassos que podem definir e até modificar o resultado de um processo, muitas vezes resultando em prejuízos absurdos para as empresas, constata-se a necessidade de aproximar o advogado da prova técnica, incluindo assistentes técnicos profissionalizados ou pelo menos juridicamente instruídos para compor e efetivamente, fazer valer a função da perícia.

O contraditório da perícia deve ser feito tecnicamente, e esta é a importância do assistente técnico.

15.1 DA PROVA PERICIAL

Ao longo do processo judicial, muitas provas podem ser produzidas, em respeito ao Princípio da Ampla Defesa garantido pela Constituição Federal. As partes podem lançar mão de provas documentais, testemunhais, depoimentos da parte contrária, e ainda, da perícia, que é definida como um conjunto de procedimentos técnicos que tem por objetivo o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça.

Perícia é a atividade concernente a exame realizado por profissional especialista, legalmente habilitado, destinada a verificar ou esclarecer determinado fato, apurar as causas motivadoras do mesmo, ou o estado, a alegação de direitos ou a estimativa da coisa que é objeto de litígio ou processo.

Dentre os vários meios produtores de prova no direito, a perícia se destaca como um meio especial, na qual o concurso de um profissional especialista na área em questão faz-se necessário para o esclarecimento de fatos técnicos.

A participação do perito judicial como auxiliar da justiça, de acordo com art. 139 do Código de Processo Civil, é de grande importância na prestação jurisdicional quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

A Prova Pericial é disciplinada pelos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil. No processo trabalhista, a perícia, é regida pela lei processual trabalhista e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil (art. 8 da CLT, parágrafo único).

A função da prova pericial é a de transformar os fatos relativos à lide de natureza técnica ou científica, em verdade formal, em certeza jurídica.

A crescente e continuada complexificação de nossa sociedade tecnológica exige cada vez mais a tradução do que é técnico de forma a ser entendido por todos. A análise técnica do caso irá trazer à luz a veracidade de fatos ou circunstâncias.

O perito a fim de produzir a prova técnica devida deve apurar os fatos, solicitar documentos, verificar o local, ou seja, efetivar todas as ações necessárias para que a prova técnica seja substancial e robusta. Há que se deixar claro que a perícia deve não só analisar a existência ou não de lesão ou dano, mas verificar se houve nexos entre a lesão e a atividade desempenhada.

Morais e França (2000, p.29) definem perícia como sendo:

Do latim perita (habilidade, saber), que na linguagem jurídica, designa, no seu sentido lato, diligência, realizada por peritos, a fim de se evidenciar determinados fatos. Significa, portanto, pesquisa, exame acerca da verdade dos fatos, efetuada por pessoa de reconhecida habilidade ou experiência na matéria investigada.

Pela definição D' Áurea (1962, p.134), a perícia é o testemunho de uma ou mais pessoas técnicas, no sentido de fazer conhecer um fato cuja existência não pode ser acertada ou juridicamente apreciada, senão apoiada em especiais conhecimentos científicos ou técnicos.

O perito não tem a obrigatoriedade de uma formação jurídica, porém para o bom desempenho do trabalho há necessidade em conhecer noções de direito, principalmente quanto ao intuito da prova.

A perícia deve ser requerida pelas partes, nos momentos propícios, não obstante poder o Juiz determinar a produção de quaisquer diligências que entenda necessárias para o seu convencimento sobre o objetivo da causa. É na fase de saneamento do processo que há o deferimento da realização do exame pericial. Nesta fase, as partes têm o prazo de cinco dias para, se quiserem, nomear seus assistentes técnicos e formular os quesitos iniciais a serem respondidos pelo perito do Juízo, protestando desde já pela apresentação de quesitos suplementares.

A apresentação dos quesitos suplementares será requerida durante a diligência pericial, ou seja, antes de efetuada a entrega do laudo, nos termos do artigo 425 do Código de Processo Civil. Após a entrega do laudo, as partes somente poderão formular quesitos para esclarecimentos acerca do seu conteúdo, nos termos do artigo 435 do Código de Processo Civil, não se confundindo, portanto, com quesitos suplementares.

É importante salientar, que conforme o art. 423 do Código de Processo Civil, que aos peritos se aplicam os motivos de impedimento e suspeição previstos nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, conforme previsto no artigo 138, inciso III, do mesmo diploma. Zela tal artigo pela imparcialidade dos peritos e dos outros auxiliares do Juízo.

À semelhança do Juiz, que poderá se isentar de julgar um determinado processo, também o perito poderá e deverá abster-se.

O perito deverá cumprir escrupulosamente o encargo que lhe foi conferido, podendo, para o desempenho de sua função, utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou repartições públicas, bem como instruindo o laudo com plantas, desenhos, fotografias e quaisquer outras peças de acordo com o artigo 429 do Código de Processo Civil.

Deve o perito judicial ter a necessária visão sistêmica das diferentes disciplinas envolvidas nas demandas judiciais, além do Direito, para que possa desempenhar regularmente e a contento suas atividades.

Espera-se do perito que, além de ter conhecimento técnico suficiente para o desempenho da função, tenha também facilidade de expressar-se clara e concisamente, habilidade no trato de conflitos, conhecimentos jurídicos, experiência em produção de prova pericial, e sobretudo, imparcialidade.

Entretanto, o que se verifica na maioria dos processos são laudos eivados de erros, parcialidade, premissas equivocadas, controversos e muitas vezes, atecnias: utilização de documentos duplicados (gerando valores maiores do que os devidos), baseando-se em simples alegações sem comprovação; não averiguação de documentos apresentados, averiguação de documentos nulos ou, no mínimo, sem suporte técnico jurídico, falta de diligências, exame apurado e atenção.

Muitos peritos não possuem conhecimentos jurídicos e confundem alegações com fatos culminando que perícias nulas de pleno direito, e que podem culminar com prejuízos absurdos para uma das partes.

O perito judicial é ser humano sujeito a falhas e erros, razão pela qual os laudos técnicos devem ser objeto de análise apurada pelos advogados, e técnica, por parte dos assistentes técnicos.

Infelizmente, embora os juízes não estejam obrigados a seguir os laudos, o fato é que a simples impugnação de laudo efetivado por advogado sem suporte de um técnico, será vista pelo juiz como objeto mais parcial do que o próprio laudo, haja vista a própria função do advogado.

Até o momento a maioria dos advogados não percebeu o enorme valor desses assistentes, o que pode ser observado por quesitos inadequados e a ausência dos profissionais no dia da perícia.

A participação conjunta de advogados e assistentes técnicos pode evitar muitos prejuízos e até alterar antes da efetivação do laudo ou mesmo depois, as conclusões do perito.

15.2 DOS ASSISTENTES TÉCNICOS

Os assistentes técnicos são de confiança das partes, não sujeitos a impedimento ou suspeição, servindo de elo de ligação entre o representante da parte e o Juiz, na identificação e fiscalização dos dados observados pelo perito no momento da diligência ou, com a finalidade posteriormente, de apontarem em seus pareceres, possíveis falhas ou omissões no laudo pericial que possam alterar ou até mesmo invalidar a conclusão do perito.

Da mesma importância do *mister* atribuído ao perito nomeado pelo juízo, reveste-se a função do perito assistente, o qual possibilita que se instaure o contraditório na matéria técnica, para que não reine absoluto o entendimento do perito nomeado pelo Juízo.

A indicação de perito assistente é de fundamental importância para dar segurança e eficiência à produção da prova pericial, desde a feitura em conjunto com os advogados dos quesitos a serem respondidos, passando pela interface com o perito, troca de e-mails, participação nas diligências, troca dos pareceres e inclusive nas eventuais impugnações apresentadas relativas ao laudo.

Há, por outro lado, a necessidade dos profissionais que atuam nesta área, de um certo conhecimento da legislação e dinâmica processual, para que possam ter claras as possibilidades e limites de sua atuação.

Em verdade, muitas empresas cometem o erro de indicar como assistentes técnicos profissionais dos seus quadros, em função de suas habilidades técnicas, sem dar o suporte jurídico necessário para efetivação de seus pareceres, resultando em pareceres incompletos, pouco elucidativos e imprestáveis para defesa em juízo. Ou seja, o profissional é muitas vezes subaproveitado.

Ou seja, o profissional não tem conhecimento jurídico do que é uma perícia, nem tem conhecimento de seus prazos, suas funções e a real necessidade de sua participação. Poucas vezes se consegue, com base nesses pareceres, reverter um laudo pericial contrário aos interesses da empresa.

Tampouco o assistente deve se resumir a repetir as alegações de seus advogados, vez que a técnica (seus conhecimentos em medicina, engenharia, contabilidade, química, psicologia, etc.) deve caucionar e embasar cada uma de suas afirmações.

Os assistentes técnicos podem ser profissionais contratados para este fim, muitas vezes peritos profissionais, ou podem ser os profissionais colaboradores da própria empresa, mas, neste caso, precisam de maior atenção por parte dos advogados, pois a mesma desenvoltura requerida dos peritos oficiais é também necessária aos assistentes.

Os assistentes periciais contratados por conta de seu conhecimento técnico e habilidades em efetivar perícias, podem ser um investimento válido e recompensador, pois perícias podem ser anuladas e o juiz pode acatar o parecer do assistente técnico, em prol do perito judicial, com base em laudo rigorosamente bem fundamentado.

O Recurso Especial nº 1.133.126 - SP (2009/0153737-7), cujo ministro relator foi o dr Arnaldo Esteves Lima, em que eram partes o Espólio de João Kuhn e o Departamento de Águas e Energia Elétrica do Estado de São Paulo, decidiu pela manutenção do acórdão do Tribunal de origem que anulou o laudo pericial e acatou o laudo do assistente técnico do réu, pelos seguintes fundamentos:

*De outra parte, não dispondo os autores das informações necessárias para a liquidação na forma determinada pelo Juízo, e nem se obtendo os elementos necessários por outra maneira, segue-se que, como única solução viável para a fixação do valor indenizatório, nestes autos, **é de ser adotada a avaliação feita pelo assistente técnico do réu, conforme por ele demonstrado às fls. 1.062/3.** Diante de todas essas considerações, e **novamente ressaltando-se que o laudo do perito oficial já foi definitivamente rechaçado (e juntamente com ele o laudo do assistente dos autores, porque baseado nas mesmas equivocacões)***

das premissas), fixo o valor da indenização a ser paga pelo aqui réu em R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), valor este válido para a data de 05 de outubro de 1998, data do laudo de fl. 1063. Tal valor será pago pelo réu com atualização desde a data acima fixada, segundo os critérios adotados no julgado exequendo. (grifo nosso)

No caso acima exemplificado, o valor fixado com base no laudo do assistente técnico do Réu, de R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), representava apenas 20% (vinte por cento) do valor originalmente apresentado pelo Perito Judicial.

Muitas vezes, a experiência profissional desses profissionais pode elucidar e ajudar nas teses jurídicas, fomentando tecnicamente cada alegação. Empresas como Ampla, Coca-Cola, UOL, Embratel, Vale do Rio Doce, Pepsi, grandes construtoras, várias multinacionais e alguns escritórios de advocacia tem utilizado a contratação de assistentes técnicos profissionais qualificados e sob indicação do próprio mercado, como parceiros nos processos judiciais.

O perito assistente deve defender o interesse da parte que o contratou para o deslinde do processo da forma mais favorável possível, dentro dos limites da legalidade e da razoabilidade, atendendo ainda aos princípios da ciência técnica da qual faz parte.

A sua função é acompanhar o desenrolar da prova pericial, apresentar sugestões, documentos, conversar com o perito antes e durante a diligência, opinar tecnicamente, sempre com cordialidade e urbanidade. Bem como criticar o laudo do perito e apresentar as hipóteses possíveis, técnica e juridicamente sustentáveis.

A Prova Pericial é disciplinada pelos artigos 420 a 439 do Código de Processo Civil. De acordo com o artigo 433 do Código de Processo Civil o assistente técnico tem dez dias após o protocolo do laudo para apresentar seu parecer, quando então apresentará uma análise aprofundada do trabalho pericial.

No processo trabalhista, o artigo 3º da Lei n. 5.584, de 26.06.70, estabelece que a perícia será realizada por perito único designado pelo juiz, que fixará o prazo de entrega do laudo. No parágrafo único do referido artigo, fica estabelecido que as partes poderão indicar os assistentes técnicos, cujo laudo será apresentado no mesmo prazo do Perito.

Portanto, o assistente poderá entregar seu laudo, em separado, dentro do prazo do perito oficial (art. 3º, parágrafo único da Lei n. 5.584) ou oferecer pareceres sobre a situação (art. 433

do Código de Processo Civil). Todavia, nada substitui a diligência em conjunto e a discussão técnica, haja vista que os esclarecimentos no momento da diligência podem influenciar e até alterar o resultado de uma perícia.

15.3 DOS ADVOGADOS E A PROFISSIONALIZAÇÃO DOS ASSISTENTES TÉCNICOS

Conhecedor da importância do laudo apresentado pelo assistente técnico, o advogado tem papel fundamental na inserção deste profissional no processo, a fim de que o profissional possa ser utilizado de forma eficaz, sobretudo se o assistente técnico não tem conhecimento dos aspectos jurídicos.

As reuniões com os assistentes começam antes mesmo de eventual ingresso da ação, ou na fase da contestação, pois o parecer preliminar dos mesmos pode elucidar e ajudar na tese jurídica.

Quanto mais elucidativo, com fotos, mapas, documentos, anexos, currículo do profissional, ainda que resumido, objeto, premissas e princípios adotados, maior credibilidade o laudo passa.

A participação na fase dos quesitos é imprescindível, haja vista que a discussão entre advogados e técnicos resulta em perguntas rigorosamente técnicas, direcionando a resposta do perito ou possibilitando impugnação em caso de resposta dúbia, omissa ou equivocada.

A participação do assistente técnico é ativa, haja vista que pode e deve entrar em contato com o perito judicial, oferecer documentos, debater sobre a perícia. Inclusive é comum os peritos enviarem aos assistentes o laudo antes da sua apresentação, garantindo assim, a apresentação de quesitação suplementar. Apenas os quesitos de esclarecimento podem ser apresentados após a apresentação do Laudo Pericial em Juízo.

Não pode haver melindres entre advogados e assistentes, de modo que o laudo do assistente técnico deve ser revisto junto com os advogados várias vezes se preciso, para evitar que palavras sejam interpretadas de forma diversa da pretendida, bem como eventual risco jurídico. A questão técnica não pode ser gerida pelo advogado, sob pena de tornar o laudo técnico e imprestável. Entretanto, a discussão técnico-científica e a técnico-jurídica é salutar e necessária. As peças jurídicas também podem ser enviadas ao assistente, quanto mais conhecimento do processo, maior possibilidade de êxito.

15.4 DA EXPERIÊNCIA DO SESI/DR-CE e SENAI/CE

O SESI/DR-CE e SENAI/CE indica como assistentes técnicos profissionais do quadro de colaboradores, como engenheiros e médicos do trabalho, por exemplo. Apesar desses profissionais efetivarem laudos rotineiramente em seu exercício profissional os laudos dos assistentes técnicos eram pouco elucidativos, muito resumidos e sem a preocupação de se fazer entender pelo Juiz.

Os resultados das perícias, infelizmente, não era favorável em sua grande parte, e muito disso se deve aos erros de premissa dos peritos judiciais, bem como a parcialidade dos mesmos. Como os assistentes não eram preparados para lidar com discussões jurídicas, havendo inclusive, por desconhecimento, certo receio de conversar com os peritos judiciais, a participação dos mesmos no processo não foi efetivamente aproveitada.

Entretanto, a situação mudou e cada processo agora é analisado com os advogados e o assistente técnico com bastante antecedência, quando da contestação o assistente apresenta laudo que fomenta a defesa e que será ordinariamente examinado pelo juiz e pelo perito, nos garantindo inclusive entendimento da defesa técnico-científica, antes mesmo da perícia.

Em caso recente, envolvendo perícia quanto a insalubridade processo nº. 0000622-70.2011.5.07.0004, em que são partes Sebastião da Silva e SESI/DR-CE, em trâmite na 4 Vara do Trabalho de Fortaleza, o assistente técnico compareceu ao local dias antes, efetuou fotos, conversou com os colaboradores, alterou determinadas rotinas e quando da efetiva perícia participou ativamente da diligência e trocou e-mails com a perita. Aguarda-se uma perícia favorável, mas o laudo pericial já está pronto para apresentação, com anexos, fotos e documentos.

No processo Nº 0000404-18.2012.5.07.0032, também envolvendo pedido de adicional de insalubridade, em que são partes Francisco Maciel de Almeida e SESI/DR-CE em tramite na 1 Vara do Trabalho de Maracanaú, o assistente técnico efetivou o mesmo procedimento descrito acima, e inclusive sanou diversos questionamentos por parte do perito, que informou que baseará parte de seu laudo nos pareceres apresentados por ocasião da contestação.

A nova parceria implementada entre advogados e assistentes está gerando frutos não apenas junto às perícias, mas na atuação preventiva do contencioso, vez que os assistentes verificando potencial de risco estão comunicando ao jurídico e tomando providências com visão jurídica e não apenas técnica.

Os próprios laudos técnicos dos assistentes passaram a ser minuciosos, focando nos erros observados no laudo pericial.

Como por exemplo o Laudo apresentado no processo nº 0000638-58.2011.5.07.0024, movido pela Sra. Idelzuite Venâncio Pimentel, contra o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI/CE), em que foram observados a parcialidade do perito, os erros de premissa, a consideração de documentos unilaterais e imprestáveis, a controvérsia e a falta de diligência, senão vejamos:

Da Parcialidade

*(...)O Ilmo. Perito considerou as fotos de uma cadeira apresentada pela Reclamante como elementos de prova. Entretanto não procurou ir ao local verificar a existência e a utilização de móveis e equipamentos quebrados pela equipe de colaboradores do Reclamado. Não há indício de que a cadeira em questão fosse de propriedade do Reclamado, ou que efetivamente fosse utilizada pela Reclamante. **A perícia só pode se ater a fatos comprovados e não a conjecturas ou alegações.** As fotos foram produzidas pela própria autora, de forma unilateral. Sendo assim, é óbvio que poses e trejeitos podem ser caracterizados para efetivar a foto, bem como apresentar cadeira estranha ao ambiente de trabalho. (...) o Ilmo. Perito não examinou o local, não verificou o tipo de serviço efetivado pela Autora e quem a substituiu, nem analisou os fatos físicos, químicos e **ergonômicos (objeto da perícia)** e, por isso, não conseguiu as informações suficientes para responder ao quesito. Mas, de outro lado, atestou no quesito 6 formulado pelo Juízo, que a postura da Autora e o acúmulo de tarefas foram responsáveis pelo aparecimento da doença. **Tratando as partes com dois pesos e duas medidas.** Sendo certo que até o diagnóstico de LER sem análise dos fatores ergonômicos afronta a legislação pertinente e o mérito do diagnóstico.*

Falta de diligência

*(..)O Ilmo Perito não informa qualquer investigação ou análise da vida da autora fora das dependências do Reclamado, agindo como se só o trabalho pudesse ser o causador da suposta doença, quando, **atesta** que lesões deste tipo podem ter causas diversas que o trabalho. **Sendo mais uma vez parcial, em suas conclusões e respostas.***

Das contradições

*(...)Ora, se a ultra-sonografia é exame adequado para verificar patologias musculoesqueléticas, e foi devidamente realizada atestando a normalidade apenas 08 (oito) dias após o atestado médico firmado em 25.08.2010 determinando afastamento por tendinite por 30 (trinta) dias. **Como afirmar categoricamente a existência de LER se o exame foi categórico em descartar?**(Laudo apresentado pelo assistente técnico do SENAI, fls 80 a 92 dos autos)*

15.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perícia é uma prova muito importante no processo para ser relegada aos peritos. Há necessidade da participação ativa dos assistentes técnicos e instrução dos mesmos pelos advogados.

Embora a decisão do juízo não esteja vinculada à prova técnica, o que se constata na maioria dos processos é que não sendo anulada a perícia, o juiz segue o perito.

Pela experiência do SESI/DR-CE e SENAI/CE a participação e cooperação de advogados e assistentes tem elevado a chances de perícias favoráveis e já está tem apresentado resultados na prevenção do contencioso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. **Auditoria**: um curso moderno e completo. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ATTIE, William. **Auditoria**: Conceitos e aplicações. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

ATTIE, William. **Auditoria interna**. São Paulo: Atlas, 1992.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Resoluções CFC n.858/99**. <http://www.crcsp.org.br/portal_novo/legislacao_contabil/resolucoes/Res858.htm>. Acesso em: 3 out. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Resoluções CFC n. 820/97**. <http://www.crcsp.org.br/portal_novo/legislacao_contabil/resolucoes/Res820.htm>. Acesso em: 3 out. 2012.

D' ÁUREA, Francisco. **Revisão e perícia contábil**. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1962.

FRANCO, Hilário; MARRA, Ernesto. **Auditoria contábil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HOOG, Wilson; Alberto Zappa; PETRENCO, Solange Aparecida. **Prova pericial contábil**: aspectos práticos & fundamentais. Curitiba: Juruá, 2001.

MAGALHÃES, Antonio de Deus Farias. **Perícia contábil**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Antônio Carlos; FRANÇA, José Antônio de. **Perícia judicial e extrajudicial**: uma abordagem conceitual e prática. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2004.

MORAIS, Antônio Carlos. **A busca da prova pericial contábil**. Brasília, [s.n.], 2005.

ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. **Perícia contábil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SÁ, Antônio Lopes de. **Perícia contábil**. São Paulo: Atlas, 1994.

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



**16 – CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS
CONTRATOS DO SISTEMA “S”**

TÁCIO CHEAB RIBEIRO

DEPARTAMENTO REGIONAL DA BAHIA

16.1 RESUMO

O presente trabalho objetiva estimular a discussão sobre a aplicabilidade das cláusulas exorbitantes aos contratos firmados pelos Serviços Sociais Autônomos, uma vez que estes gerenciam recursos públicos estando obrigados a licitar, além de prestarem serviços e executarem atividades de interesse público.

Urge observar que nesta produção serão utilizados como paradigmas os chamados Serviços Sociais Autônomos Clássicos (SENAI, SENAI, SENAC e SESC), haja vista que estas entidades preservam características próprias que, a princípio, as diferenciam de outras instituições mais modernas.

16.2 INTRODUÇÃO

Apenas a título introdutório, é bom registrar que os Serviços Sociais Autônomos, conhecidos como Sistema “S”, conforme já pacificado na doutrina e na jurisprudência, não integram a Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Tais entidades afiguram-se como verdadeiros entes de cooperação com o Estado, haja vista que desenvolvem atividades e prestam serviços de inequívoco interesse público.

Instituições deste jaez fazem parte do gênero das entidades paraestatais, ou seja, são pessoas jurídicas de direito privado que objetivam desenvolver atividades em benefício da coletividade, ainda que sob o prisma de normas de cunho jurídico-administrativas. Contudo, em nenhum momento se confundem com os entes estatais.

Assim, resta claro que a entidade paraestatal não pode ser aquilatada à estatal. De outro lado, também não assume o cunho eminentemente privado, apesar da sua natureza jurídica. Estas se encontram em uma verdadeira zona nebulosa, que as imprime um aspecto dicotômico entre público e privado.

Seguindo o entendimento supra, imperioso é trazer à baila a lição do saudoso mestre Hely Lopes Meirelles¹, que em suas sábias palavras assim definiu os Serviços Sociais Autônomos:

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

... são todos aqueles que 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 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 do comércio (SENAI, SENAC, SESC, SESI), com estrutura e organização especiais, genuinamente brasileiras.

Na mesma toada segue o professor Themístocles Brandão Cavalcanti², *literis*:

Algumas entidades existem que escapam à estrutura geral dos órgãos administrativo. São organizações privadas, mas criadas por lei e que gozam de certas prerrogativas e a que se atribuem finalidades mais próximas dos serviços públicos, do que mesmo privados e lucrativos. Não se confundem com serviço público quanto à sua estrutura e subordinação aos órgãos hierarquizados da administração, mas dele se aproximam quanto aos objetivos e finalidades... Vivem estas entidades, dentro da zona cinzenta que sofre a influência do direito administrativo, embora privadas, por natureza, origem e estrutura jurídica.

Outro ponto relevante é que estas entidades, não obstante a natureza de direito privado e sem fins lucrativos, gerenciam “recursos públicos” oriundos de contribuições parafiscais (contribuições especiais). Tais recursos são utilizados para o fomento de serviços de interesse público e social que lhes são atribuídos pelos respectivos dispositivos de criação.

Neste tocante, ressalva merece ser feita, mormente, pois, as entidades em voga não se prestam a executar serviço público, ainda que delegado, mas, sim, atividade privada de interesse público, motivo pelo qual são amparadas financeiramente pela máquina estatal.

Neste lamiré, em razão de prestarem serviço de interesse público, administrando, *in thesi*, “dinheiro público”, oriundo das contribuições parafiscais, e por disporem de mecanismos de administração de entidade privada, surgem alguns questionamentos acerca da eventual obrigatoriedade dessas entidades aplicarem e observarem regras e princípios de direito público, assim como ocorre com a própria Administração Pública.

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 347.

De acordo com a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, os serviços sociais autônomos, notadamente pelos motivos acima expostos e por usufruírem de privilégios específicos dos entes da Administração Pública, estão vinculados a normas semelhantes às da Administração Pública, inclusive à fiscalização do Tribunal de Contas da União – TCU.

É com esteio nesta última afirmação que passamos à análise dos tópicos seguintes.

16.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ultrapassados os apontamentos iniciais, torna-se necessário trazer à tona a compreensão de dois princípios fundamentais da Administração Pública, quais sejam: Supremacia do Interesse Público e Indisponibilidade do Interesse Público, para que só em seguida possamos tratar das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e, por fim, correlacionar estes conceitos com o Sistema “S”.

O primeiro princípio, de acordo com a doutrina, assegura a superioridade do interesse da coletividade, estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse privado.

Tal premissa garante verticalidade nas relações entre a Administração e os particulares, sentido contrário das relações particulares regidas eminentemente pelo direito privado, em que a relação é de horizontalidade. Logo, observa-se que a Administração Pública encontra-se, *a priori*, em condição de superioridade em relação aos particulares.

Decerto, tal prerrogativa afigura-se como condição indispensável para que o Estado possa gerir e confortar os interesses públicos postos em confronto. Para tanto, forçoso é reconhecer a desigualdade jurídica existente entre a Administração e seus administrados.

Apenas como arremate, vejamos a lição dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo⁴:

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado

³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas: 2006. p. 493.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULA, Vicente de. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2011. p. 184.

regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele que, existindo conflito entre interesse público e o interesse particular, devera prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição ou dela decorrentes.

O princípio da indisponibilidade, por sua vez, seguindo ainda a lição dos eminentes professores pode ser compreendido como:

... um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo (o outro é o princípio da supremacia do interesse público, precedentemente estudado). Dele derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Tais restrições decorrem, exatamente, do fato de não ser a Administração Pública “dona” da coisa pública, e sim mera gestora de bens e interesse alheios (públicos, isto é, do povo)⁵

Neste sentido, também preleciona o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello⁶ que “as pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

Acerca deste princípio, forçoso é abrir um breve parêntese para destacar tratamento dispensado pela doutrina nacional que, seguindo a lição italiana, classificou o interesse público em primário e secundário.

Tais preceitos objetivam distinguir as formas de atuação da Administração Pública na defesa dos interesses aos quais está diretamente atrelada, seja ele o interesse público (geral), seja o interesse da própria entidade enquanto pessoa jurídica.

Aqui, mais uma vez, vamos nos valer da lição do mestre Celso Antônio⁷ que, com clareza singular, define:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses

⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULA, Vicente de. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2011. p. 186.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45-47.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica... Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Em linhas gerais, temos que o interesse público primário apresenta-se com a concretização das políticas públicas estatais, cujos objetivos são inevitavelmente a satisfação dos interesses sociais. Deste modo, nos parece que esse interesse, por compreender o próprio interesse social e coletivo, justifica o regime jurídico-administrativo dispensado à Administração, garantindo-lhe prerrogativas e proteções para o atingimento destes objetivos.

Já o secundário decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios. Neste caso, o Estado, de fato, atua como se particular fosse na defesa de interesses eminentemente peculiares e não coletivos.

Esclarecidas as questões principiológicas, passemos a verificação das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

De pronto, torna-se necessário diferenciar os contratos administrativos dos contratos da Administração.

De acordo com a doutrina, os contratos da Administração são aqueles firmados entre a Administração Pública e o particular, sendo que a Administração neste caso não atua verdadeiramente como poder público, de modo que este instrumento passa a ser regido pelo direito privado. Já o contrato administrativo é aquele celebrado pela Administração Pública, investido desta condição, com base em normas de direito público, com o propósito de satisfazer o interesse público.

Apesar dos esclarecimentos, vamos nos ater apenas aos Contratos Administrativos, ante a estreita relação destes com os contratos firmados pelas entidades do Sistema "S", como veremos mais adiante.

Decerto, os Contratos Administrativos assumem *status* especial por comportarem alguns dispositivos que não são comuns aos contratos de direito privado, o que termina por estabelecer uma relação de superioridade de uma das partes, a própria Administração, em detrimento da outra. Por certo, tais premissas seriam consideradas ilegítimas nos contratos privados.

Assim, nos valendo mais uma vez da lição do festejado Celso Antônio⁸, temos que o Contrato Administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração Pública e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições pré-estabelecidas sujeitam-se a cambiáveis imposições do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.

Tais condições são conhecidas como cláusulas exorbitantes, isso porque extrapolam aquilo que é considerado direito ordinário. Por esse motivo, são elas, por vezes, referidas como cláusulas exorbitantes do direito comum.

Devemos destacar que as cláusulas exorbitantes são inerentes à Administração Pública, devendo produzir efeitos ainda que não estejam expressas no instrumento firmado, posto que são preceitos garantidores da verticalidade da relação e garantem, portanto, a supremacia do Poder Público.

Como características, podemos destacar que os contratos administrativos são formais, de adesão, *intuitu personae* e dispõem de cláusulas exorbitantes.

Apesar de autoexplicativas as características apontadas acima, vamos analisar algumas delas. Vejamos.

No tocante a adesão, ocorre quando uma das partes simplesmente adere aos termos propostos pela outra parte, sendo que, a aderente não dispõe de poderes para propor ou realizar alterações no instrumento. Exatamente o que ocorre com os instrumentos celebrados entre particulares e Administração Pública.

Entretanto, de igual forma, não está o particular obrigado a pactuar, mas, em assim o fazendo, encontrar-se-á obrigado a todos os termos do contrato proposto pelo ente público.

Para a Administração Pública tal característica advém das letras impositivas da Lei nº 8.666/93.

A personalidade (*intuitu personae*), diz respeito à obrigatoriedade de que a execução do objeto contratado se dê por aquele que efetivamente celebrou o acordo com a Administração. De fato, todo o processo a que esta vinculada a Administração faz com que ela escolha, com esteio nos princípios norteadores, a melhor opção para a consecução dos seus objetivos. Deste modo, qualquer alteração do executor faz cair por terra todo o procedimento observado, colocando em cheque o interesse pretendido e, da mesma sorte, permitindo burla ao processo de escolha.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45-47.

Outro ponto característico dos Contratos Administrativos é a presença da Administração Pública em um dos polos do acordo. Para a professora Maria Sylvia⁹ tal característica é indispensável, uma vez que a presença da Administração confere ao contrato a condição de supremacia sobre o particular.

Passando às cláusulas exorbitantes, devemos rememorar que estas garantem prerrogativas especiais à Administração, colocando-a em condição de superioridade sobre o particular (princípio da supremacia do interesse público).

Para os entes estatais, essas cláusulas encontram-se cravadas principalmente no art. 58 da Lei nº 8666/93. Decerto, outros dispositivos do citado normativo asseguram prerrogativas outras que, por certo, também colocam a Administração em condição de superioridade frente aos particulares (art. 56; 78, XV, etc). Vejamos:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Não faremos a análise individualizada dos dispositivos destacados, uma vez que este trabalho não se presta a este fim. A citação do art. 58 tem objetivo meramente ilustrativo.

Após breve verificação de alguns princípios e institutos afeitos à Administração Pública, passemos à constatação da realidade do Sistema “S” para que, ao final, possamos tecer alguns comentários.

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas: 2006. p. 267.

16.4 CONTRATOS DO SISTEMA “S” E AS CLÁUSULAS EXORBITANTES

Antes de adentrarmos aos efetivos estudos dos contratos do Sistema “S”, torna-se imprescindível trazer à tona a compreensão de que, por tudo já exortado anteriormente, as atividades desenvolvidas pelos entes de cooperação, e notadamente pelos Serviços Sociais Autônomos, por vezes se confundem com a própria atuação do Estado, especialmente pelos objetivos sociais buscados.

Por esta razão, não soa desarrazoado assegurar que os Serviços Sociais Autônomos refletem em suas atividades, ainda que por linhas transversas, o mais puro interesse público, mesmo sem integrarem a estrutura administrativa do Estado, como já visto no intróito deste trabalho.

Tal assertiva pode facilmente ser verificada, por exemplo, no art. 1º do Decreto Lei nº 9.403/46, que atribui à CNI o encargo de criar o SESI, *verbis*:

*Art. 1º Fica atribuído à Confederação Nacional da Indústria encargo de criar o Serviço Social da Indústria (SESI), com a finalidade de estudar planejar e executar direta ou indiretamente, medidas que contribuam para o bem estar social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, **concorrendo para a melhoria do padrão geral de vida no país**, e, bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes. (Grifo Nosso).*

Além disso, como já visto, a doutrina é uníssona em afirmar que estas entidades atuam em paralelo ao estado, uma vez que desenvolvem atividades de manifesto interesse público. Por integrarem a categoria de entidades paraestatais, desempenham ações voltadas, essencialmente, à assistência social e à formação profissional.

Não é demais afirmar que existem doutrinadores que vão além do conceito hodiernamente predominante no mundo jurídico, justamente, pois, afirmam que as entidades de cooperação não atuam de forma paralela ao Estado, mas, sim, de forma convergente, posto que ambos guardam objetivos comuns (interesse público).

De tal modo, não obstante a natureza jurídica de entidade de direito privado, tais entidades terminam por atrair princípios e preceitos afeitos, *a priori*, exclusivamente à Administração Pública. Aqui podemos destacar o próprio interesse público primário, como já visto anteriormente.

Nesta toada é que nos parece tangível a ideia de que os Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, *mutatis mutandis*, reverberam na realidade do Sistema “S”, haja vista que estes, enquanto propagadores e defensores do interesse público, devem gozar de proteções específicas para que possam alcançar os seus objetivos institucionais e, por consequência, o próprio interesse público.

Como dito nas linhas pretéritas, o Princípio da Supremacia garante a verticalidade da relação, colocando aquele que carrega a bandeira do interesse público em condição de superioridade frente ao particular.

Do mesmo modo, temos o Princípio da Indisponibilidade, o qual garante que o interesse público deve sempre prevalecer, posto que seus representantes são meros gestores da coisa pública.

Todos esses fundamentos encontram reforço quando verificamos os objetivos institucionais de cada entidade e também por estas serem gerenciadoras de recursos advindos de contribuições especiais, cuja característica é inevitavelmente de recurso público.

Aceitando-se tal compreensão, divergência não haverá acerca da aplicabilidade das cláusulas exorbitantes nos contratos das entidades do Sistema “S”, pois, como já visto, o corolário desta premissa é justamente a prevalência dos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público.

De mais a mais, é fato que os contratos em voga muito se assemelham aos Contratos Administrativos, com exceção, é claro, de que uma das partes não será a Administração Pública. Contudo, esta última premissa, defendida por parte da doutrina, nos parece superável ante todos os argumentos já lançados até aqui.

Neste sentido, apenas para massificar o quanto alegado, vejamos a lição da professora Julieta Mendes¹⁰:

De forma simples, podemos definir o contrato previsto no artigo 25 do regulamento como um acordo firmado entre a entidade e a pessoa selecionada, mediante procedimento licitatório ou contratação direta, para atendimento de uma necessidade, com formalidades previstas no regimento jurídico de direito público.

O referido regime de direito público confere ao ente algumas prerrogativas e sujeições. As primeiras colocam-no em posição de supremacia em relação aos

¹⁰ MENDES, Julieta. **Licitações e Contratos no Sistema “S”**. Curitiba: JML, 2011. p. 292.

particulares, oportunizando, por exemplo, a faculdade de acréscimos contratuais, conforme art. 30 do Regulamento. As restrições exigem o respeito aos direitos e atribuídos aos contratados, como a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Depois, não é demais rememorar que os contratos administrativos são formais, de adesão e *intuitu personae*, assim como os firmados pelas entidades do Sistema “S”, ante a sua necessidade de licitar, assim como ocorre com a Administração Pública, tendo como diferença que esta última utiliza a Lei nº 8.666/93, ao passo em que as entidades utilizam seus próprios Regulamentos de Licitações e Contratos, bem como os princípios afeitos a estes procedimentos, conforme entendimento já firmado pelo TCU¹¹.

Ademais, é cediço que o próprio TCU assegura que as entidades devem utilizar subsidiariamente a Lei 8.666/93 (Acórdão 3454/2007), o que, mais uma vez, garante respaldo para que estas utilizem cláusulas exorbitantes.

Aqui não vamos entrar nas celeumas doutrinárias acerca da utilização subsidiária ou facultativa, uma vez que não há qualquer influência no estudo pretendido.

Portanto, é neste sentido que, não havendo solução nos Regulamentos de Licitações e Contratos, devem as entidades se valer dos princípios correlatos. Não sendo estes também suficientes, nada obsta a utilização dos dispositivos e preceitos da Lei nº 8.666/93.

Para corroborar com tal compreensão, forçoso é trazer à baila a lição do professor Edgar Guimarães^{12 13} que assim discorre sobre o tema:

Tais regulamentos, assim como a própria lei federal das licitações, não esgotam a matéria, ou seja, é possível encontrar algumas lacunas, espaços em branco, os quais, de acordo com nosso entendimento, deverão ser colmatados com a aplicação dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto e não com a adoção obrigatória da lei n. 8.666/93, como pretendem alguns integrantes de órgãos de controle externo.

¹¹ Decisão Plenária 907/97

¹² GUIMARÃES, Edgar. A disciplina jurídica do pregão no âmbito das entidades do Sistema “S”: breves anotações. **Revista JML de Licitações e Contratos**. p. 4, dez. 2006.

¹³ GUIMARÃES, Edgar. **Revista JML de Licitações e Contratos**. p. 4, dez. 2006.

A aplicação subsidiária da Lei n. 8666/93 aos procedimentos licitatórios instaurados por entidades do Sistema “S” é, portanto, absolutamente facultativa, tendo em vista a inexistência de norma jurídica que obrigue tais entidades a ela se submetem.

Não obstante, podemos também observar que o próprio Regulamento das entidades já induz a utilização das cláusulas exorbitantes, como podemos observar nos seguintes dispositivos do Regulamento do SESI¹⁴:

Art. 26. Os contratos serão escritos, suas cláusulas indicarão necessariamente o seu objeto, com a especificação da obra, serviço ou fornecimento, conforme o caso, o preço ajustado, o prazo de execução, as garantias e penalidades, além de outras previamente estabelecidas no instrumento convocatório.

Art. 30. Os contratos poderão ser aditados nas hipóteses de complementação ou acréscimo que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial e de até 50% (cinquenta por cento), para reforma de edifício ou equipamento, ambos atualizados.

Art. 32. O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive a suspensão do direito de licitar ou contratar com o SESI por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Por fim, apenas como arremate, nos parece que coaduna a professora Julieta Mendes¹⁵, ao menos parcialmente, do nosso entendimento, posto que, em sua obra, assegura a possibilidade de alteração unilateral do contrato, que é uma das mais clássicas e corriqueiras cláusulas exorbitantes, *literis*:

Por outro lado, não se pode esquecer que as alterações qualitativas e quantitativas, tidas como unilaterais, conferem à entidade prerrogativas de impô-las ao contratado até o limite legal previsto.

¹⁴ Ato nº 01, de 21 de fevereiro de 2006.

¹⁵ MENDES, Julieta. **Licitações e Contratos no Sistema “S”**. Curitiba: JML, 2011. p. 292.

16.5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, nos parece que os Serviços Sociais Autônomos, enquanto entes de co-
operação com o Estado, e como verdadeiras entidades de defesa do interesse público, con-
seguem atrair para si os privilégios e proteções que, *in thesi*, deveriam beneficiar apenas a
Administração Pública.

Assim, por força da atração dos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse
Público, bem como pelas demais características que seguem as entidades do Sistema “S”, não
se afigura despropositado que estas se utilizem de cláusulas exorbitantes nos seus contratos,
desde que atuando em defesa do interesse público primário.

Por fim, urge observar que este trabalho não teve por objetivo esgotar o tema, mas sim, fo-
mentar a discussão ao derredor do mesmo, haja vista que, a nosso sentir, é deveras melindro-
so e merece atenção especial do Sistema.

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



17 – PASSIVOS JUDICIAIS

TELMA MAHFUZ

DEPARTAMENTO REGIONAL DE GOIÁS

17.1 APRESENTAÇÃO

O objetivo deste trabalho é propor um exercício diário e permanente de combate à geração de passivos para o SESI e o SENAI, decorrentes de ações judiciais, sejam trabalhistas, sejam cíveis.

Fizemos uma relação de todos os pontos que fragilizam as nossas defesas e que deverão ser entregados e eliminados para alcance do nosso intento. Em seguida, as medidas preventivas correspondentes.

Se houver compromisso de todos nessa missão, muito provavelmente os índices de ações irão descer a um patamar irrelevante. São medidas simples, mas eficazes, competentes para inibir novas demandas e conseqüente crescimento dos passivos delas decorrentes.

É certo que o percentual de processos judiciais em desfavor das entidades ainda é pequeno, mas constata-se um crescimento nos últimos anos. Mesmo não sendo muito expressivo, esse número incomoda, transtorna, traz prejuízos de ordem financeira e relativos à imagem politicamente correta dessas instituições.

O SESI e o SENAI, por suas ações voltadas para o social implantando projetos valorosos para os trabalhadores, e com o respeito que sempre dispensam aos seus empregados, decididamente não merecem se apresentar em juízo e lá ocupar o local destinado aos réus e aos reclamados, sob os olhares intrigados do Ministério Público e dos nossos juízes. Nós podemos e devemos evitar esse constrangimento, inibindo o crescimento das demandas.

Telma Mahfuz
Assessora Jurídica

17.2 QUEM PAGA PELOS CUSTOS DAS AÇÕES?

O Gestor do Contrato? O Gerente? A Unidade? Quanto custa uma Reclamação Trabalhista e uma Ação de Indenização?

Somam-se aos custos diretos aqueles indiretos: horas de trabalho dos gestores e seus auxiliares, na busca de dados, informações e provas; horas de deslocamentos e participações nas audiências; desgaste emocional dos gestores, testemunhas e prepostos.

Cumprer ressaltar que o aumento de ações judiciais, aliado ao volume de trabalho que ocorre em todas as áreas, incluindo a ASJUR, poderá provocar sobrecarga, induzindo à contratação de escritórios terceirizados, fato que acarreta o aumento dos custos. Em razão do enorme volume de trabalho decorrente dos processos administrativos, sempre em ritmo de crescimento, poderá ser necessário terceirizar processos trabalhistas, para não comprometer a qualidade dos trabalhos e os honorários advocatícios decididamente não são baixos.

Nas hipóteses de comprovado dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) dos gestores, chefes ou funcionários, é reservado às entidades o direito e o dever (principalmente do SESI e do SENAI, que são passíveis de fiscalização) de se verem ressarcidas dos prejuízos.

Inexistindo dolo ou culpa, responde exclusivamente a unidade, o que significa comprometimento de sua proposta orçamentária e diminuição de seus recursos para implementação de suas ações.

17.3 COMO SURGEM OS CONFLITOS TRABALHISTAS?

Pela falta de cumprimento da Legislação Trabalhista, em desrespeito aos direitos do trabalhador. Exemplo de um dos itens mais reclamados são horas extras.

Pelo desconhecimento da legislação trabalhista, por parte do empregado.

Em decorrência de assédio moral praticado pela autoridade superior.

- Hostilidade;
- Intolerância;
- Desprezo;
- Rispidez;
- Humilhação.

Por doenças do trabalho e/ou ocupacionais.

17.4 COMO PREVINIR OS CONFLITOS TRABALHISTAS?

É preciso controlar as horas extras. Somente o empregador, representado pelos gestores, é quem deve saber da necessidade de serviço extraordinário. Comenta-se que o Banco Safra implantou o seguinte sistema de controle de horas extras, sem determinação do empregador: os computadores são programados para ligar e desligar no início e no final da jornada de cada empregado.

Evitar situações de risco. Se entender que seja muito conveniente arriscar, é aconselhável aferir o custo-benefício, sendo indispensável tomar as cautelas inerentes a cada situação.

É importante esclarecer todas as dúvidas do empregado, com bastante clareza. Cumpre não só à GERHC, mas aos gestores das unidades prestarem esses esclarecimentos.

O gestor deve evitar o mau relacionamento e o assédio moral, que pode ser ostensivo ou velado. O assédio moral não é somente o explícito, mas também o velado, que é aquele que exclui; despreza silenciosamente. É quando o superior deixa de convocar para reuniões; deixa de valorizar o trabalho e passa a ignorar o subordinado. Há casos em que a perseguição velada se faz com meio de pressionar um pedido de demissão. Sai mais barato e mais humano dispensar, logo de uma vez. Além do mais, é somente o assediador que imagina que sua atitude não está sendo notada, mas todos vêem, e alguns imitam, pois em ambas as hipóteses, essa conduta, na maioria das vezes, provocam uma reação em cadeia: os colegas passa a agir da mesma forma com o assediado. Este, com a auto-estima baixa e o orgulho ferido, se vale da reclamação trabalhista para extravasar sua revolta, reclamando qualquer título, além de indenizar por danos morais.

Quando já se instalou o conflito e a intenção é dispensar, é bom perder um tempinho, apresentando os fatos à ASJUR, para troca de idéias e busca da melhor estratégia. A justa causa é de difícil configuração. É preciso provas irrefutáveis, sob pena de indenização por danos morais. Na dúvida, melhor dispensar sem justa causa. Mas isso não impede o gestor de promover instauração de sindicâncias, para apuração de faltas. Assim, o empregado terá ciência de que em eventual reclamação trabalhista poderá ser evidenciada a sua conduta faltosa, o que irá fortalecer a defesa.

Tratar os terceirizados como terceirizados e não como empregados. Sendo vedado lhes conceder vales-transporte ou auxílio-alimentação; estabelecer o período de suas férias, ou até mesmo desviá-los de suas funções.

Exigir que os exames admissionais, periódicos e demissionais sejam feitos com mais rigor, apurando o real estado de saúde do trabalhador. Há dois casos em que os exames atestaram normalidade de saúde, quando os empregados examinados padeciam de doença do trabalho, o que foi comprovado por perícias judiciais nos processos de duas reclamações trabalhistas, com pedido de indenização de elevados valores.

Exigir dos trabalhadores sujeitos a movimentos repetitivos que participem da ginástica laboral que, para eles, deve ser especial, com bastante enfoque nos exercícios de alongamento. Em caso de recusa, aplicar penalidades regulamentares.

O uso de EPIs, quando necessários, deve ser obrigatório. Não basta a apresentação de recibos dos equipamentos. É importante exigir que sejam usados. Na hipótese de descumprimento, o insubordinado deverá sofrer as penalidades que se iniciam pela advertência, depois suspensão e finalmente a dispensa por justa causa.

Escolher um preposto permanente, se possível, para cada unidade, caso contrário, para cada seção. Como ele não deseja estar sempre depondo em juízo, será o primeiro a combater os riscos, funcionando como um fiscal e incentivador das boas práticas nas relações de emprego. Esse preposto, escolhido a dedo, deverá ser um funcionário comprometido com a entidade, pela qual tem respeito e orgulho. Afinal, será ele o representante da instituição, devendo saber e dizer toda a verdade dos fatos, sendo, também, seu defensor.

As relações de emprego são regidas por uma lei de 1.943, a CLT, totalmente volvida para a proteção do empregado. A consolidação veio para extinguir a exploração do trabalho da mulher, do menor, do trabalhador rural e do trabalhador em geral, até então bastante explorado, sujeito a jornadas excessivas e sem direitos reconhecidos. Surgiu como uma necessidade devido à criação da Justiça do Trabalho, em 1.939. Chama-se consolidação porque não se trata de um código, mas da aglutinação de leis esparsas sobre o trabalho. É protecionista, mas é lei. E, segundo o popular brocardo latino, *Dura Lex Sed Lex*, cuja tradução, todos conhecem: a lei é dura, mas é lei. Lei não se discute; cumpre, a não ser que seja eivada de inconstitucionalidade.

Relembrando um pouco a história da CLT, que modernizou a legislação em 43, transcreve-se um artigo de DIEGO VIANA, da Folha de S.Paulo.

A CLT foi um dos eixos da mudança que o Brasil vinha sofrendo desde a revolução de 1930. Sinalizou uma virada fundamental na história do país: deixava de ser uma economia agrícola para se tornar cada vez mais industrial.

Decretada em 1º de maio de 43, a CLT entrou em vigor em novembro daquele ano. Em pleno Estado Novo, momento do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945) em que o Congresso foi dissolvido, não houve votação que aprovasse o projeto.

A consolidação das leis trabalhistas eram uma necessidade do governo Vargas, populista e dependente da aclamação popular. Nesse período foi criado o Ministério do Trabalho, e a maioria das leis trabalhistas nasceram após 1930, quando triunfou a revolução que levou Vargas ao poder. O sindicalismo crescia sob as asas do governo e foram feitas muitas leis para regulamentar o trabalho.

17.5 QUAIS AS CAUSAS MAIS RECORRENTES DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS?

As causas mais recorrentes de ações indenizatórias são:

- acidentes em piscinas;
- acidentes em escolas;
- furtos de veículos nos estacionamentos.

17.6 COMO PREVINIR OS ACIDENTES E OS FURTOS?

O gestor deve inculcar em toda a sua equipe o compromisso de observar os ambientes, os equipamentos, as máquinas e o comportamento das pessoas nos ambientes de trabalho, de estudo e de lazer. É preciso vigilância constante e a adoção da prática de eliminar os riscos, sempre.

Promover treinamentos de saúde e segurança.

Não permitir que crianças menores de 12 anos entrem nos clubes desacompanhadas de responsáveis, maiores de idade.

As crianças não podem ficar sozinhas nas salas de aulas, nem quando da troca de professores.

Na ocorrência de discussões acirradas e vias de fato entre os frequentadores das unidades, proceder à imediata retirada dos envolvidos, nem que seja com o auxílio de força policial.

Os salva-vidas têm obrigação de ver e presenciar todos os movimentos dos banhistas; eles estão nas áreas das piscinas exclusivamente para esse fim. Em dias de grande movimento, melhor dois profissionais.

Colocar e manter placas indicativas de profundidade das piscinas e informativas de ausência de responsabilidade nos estacionamentos.

17.7 CONCLUSÃO

Para concluir, nada mais oportuno do que transcrever trechos de um artigo de José Eduardo Pastore, membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos da FIESP, publicado no jornal Diário do Comércio, de São Paulo:

Outro indicador daquilo que denominamos de gestão empresarial com emoção está na esfera trabalhista. Essa então, nem se fala!

É certo que as relações de trabalho no Brasil são as mais rígidas do mundo. É certo também que o governo brasileiro insiste em ser sócio de todo mundo, impondo ao setor produtivo encargo de 100% sobre a folha de pagamento. É certo também que temos no País, ainda, alguns economistas da esquerda burguesa que são a favor do emprego, mas contra as empresas.

Tudo isso conspira contra elas. É exatamente por este motivo, porém, que as mesmas – em especial as micro, pequenas e médias - deveriam olhar para as suas relações de trabalho de forma diferente. Eis, portanto, A pergunta que se coloca: é melhor prevenir do que indenizar?

Corporações que estão investindo no caráter preventivo-trabalhista se saem melhor do que outras que não seguem esse caminho. Afinal, quem quer correr o risco de, a qualquer momento, ter suas contas bloqueadas pela Justiça do Trabalho, em virtude de alguma ação trabalhista?

Aqueles empresários que insistem em contratar advogados somente para gerenciar passivo trabalhista, sem se preocupar em evitá-lo, estão gastando muito di-

nheiro e enfrentam maiores riscos jurídicos do que outros que optam pelo caminho da prevenção.

A advocacia preventiva-consultiva está demonstrando que esse caminho é mais barato e traz mais sossego para o empresário focar na sua atividade-fim que é ganhar dinheiro com seu negócio - e não para gastá-lo dinheiro com custas de advogado.

Empresários com a visão sistêmica do empreendimento não se preocupam em apenas comprar um remédio para passar a febre da sua empresa, quando essa adoce. Eles querem mais: buscam identificar a doença e tratar o organismo debilitado como um todo. Entendem que a companhia pode ficar doente, mas não querem passar a vida toda gastando dinheiro com médicos e medicamentos que custam caro e têm eficácia temporária. Pior: que não tratam do doente, somente da doença. Preferem adotar um outro procedimento.

Portanto, já existe um tipo de empresário, verdade que ainda minoria - que possui uma visão global de seu negócio e trata o mesmo de forma orgânica. Estes são os empresários homeopatas, que já perceberam que as aventuras jurídicas - em qualquer campo do Direito, e especialmente no âmbito do Direito do Trabalho - decorrentes de uma má ação preventiva, podem custar-lhes a própria sobrevivência. Empresários homeopatas se preocupam com a perenidade, a saúde de seus empreendimentos. Oferecem medicamentos preventivos e não deixam que suas empresas morram de pneumonia por conta de um resfriado. Pois não tratam somente do resfriado, mas preocupam-se e perguntam-se constantemente por que o organismo empresarial adoceceu, qual é a sua deficiência imunológica global e porque sua resistência está debilitada.

O moderno Direito do Trabalho, para as pessoas jurídicas e para os advogados que estão atentos com à visão sistêmica do empreendimento econômico deveria se chamar de Direito do Trabalho Empresarial Homeopata.

17.8 REFERÊNCIAS

FIUZA, Ricardo. **Código Civil Comentado**. ed. 6. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. ed. 39. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. ed. 36. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. 7. São Paulo: LTr, 2008.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Acidente do Trabalho e Doenças Ocupacionais**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

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



**18 – O ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES
DO GERENCIADOR E DO ADERENTE NA NOVA
SISTEMÁTICA DO REGISTRO DE PREÇOS DO
REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
DO SESI E DO SENAI**

THIAGO PEDROSA FIGUEIREDO

DEPARTAMENTO NACIONAL

INTRODUÇÃO

O registro de preços não é uma modalidade nem um tipo de licitação. Trata-se de um sistema diferenciado precedido de licitação na modalidade pregão ou concorrência, que permite contratarem-se bens ou serviços, conforme a necessidade da entidade contratante. A proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço unitário para determinado bem ou serviço, o qual será utilizado para as contratações a serem realizadas de maneira paulatina, sob demanda.

A adesão ao registro de preços surgiu como alternativa para se aproveitar uma única licitação para várias contratações de órgãos diferentes da administração pública. A possibilidade de adesão foi recentemente incorporada à sistemática de registro de preços do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, com algumas modificações.

Com a adesão, surgiram diversas preocupações da doutrina e dos órgãos de controle externo, considerando a possibilidade de se desvirtuar o princípio licitatório e prejudicar a economia de escala. O objetivo deste trabalho é apresentar essa nova sistemática no âmbito do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, sob o aspecto das atribuições e responsabilidades do Gerenciador e do Aderente, com vistas a contribuir para que os gestores das entidades possam balizar suas condutas.

18.1 O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

18.1.1 O Sistema de Registro de Preços no âmbito da Administração Pública

O registro de preços é um **sistema**, e não uma modalidade ou tipo de licitação, conforme explica FLÁVIO AMARAL GARCIA¹. Ele nasceu no âmbito da administração pública. Dessa forma, antes de tratar desse sistema no Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, é importante resgatar a sua origem.

No âmbito da administração pública, o sistema de registro de preços decorre de um procedimento licitatório *sui generis*, realizado na modalidade de pregão ou concorrência, em que a

¹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 91.

proposta vencedora é aquela que oferece o menor preço unitário de determinado produto ou serviço, o qual fica registrado para contratações futuras, nas quantidades que forem sendo necessárias, respeitado o limite descrito no edital. Geralmente, é adequado para a contratação de materiais de consumo, cuja aquisição é constante. Mas, pode ser realizado para a contratação de serviços e, até mesmo, serviços continuados, conforme recente entendimento do TCU².

A finalidade do registro de preços é obter uma contratação mais barata para a entidade licitadora, permitindo adquirir bens na medida exata de sua necessidade, mediante contratos precedidos de licitação. Durante a validade do registro de preços, poderão ser celebrados vários contratos para aquisição desses produtos ou serviços, praticando-se o preço registrado, decorrente da proposta vencedora do certame. A vantagem é a possibilidade de uma única licitação para essas compras, o que no sistema convencional, demandaria vários procedimentos licitatórios. Outra vantagem é que as propostas apresentadas pelos particulares têm validade de até um ano, ao contrário das propostas apresentadas nos demais tipos de certames, que têm validade de no máximo 60 dias.

EDGAR GUIMARÃES³ aponta ainda quatro grandes vantagens para a utilização do registro de preços. A primeira delas seria viabilizar a aquisição de **objetos de difícil previsibilidade**, pois diminui o risco de aquisição de produtos sem necessidade. A segunda diz respeito ao **controle eficaz dos estoques**, já que a administração passa a não ter a necessidade de estocar esses produtos, transferindo a obrigação para o particular que registrou o preço. Além disso, o **controle de qualidade**, já que a administração não está obrigada a adquirir o quantitativo estimado, podendo desistir de comprar caso constate, após uma primeira compra, que o produto não lhe atende. Por fim, a **flexibilidade de prazo** em relação às regras de duração do contrato decorrente da licitação comum, uma vez que o prazo de validade da ata de registro não se sujeita ao prazo de vigência do crédito orçamentário, como é o caso dos demais contratos administrativos.

O Decreto n.º 3.931, de 19 de setembro de 2001, regulamentou o sistema de registro de preços e tratou das quatro hipóteses em que será recomendada a sua utilização. A primeira, se os

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1737/2012 de 04/07/2012**, DENÚNCIA. IRREGULARIDADE NA UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA. PERMISSÃO PARA UTILIZAÇÃO DO SRP PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUOS, OBSERVADAS CONDIÇÕES PARA IMPEDIR DESVIRTUAMENTO DA LICITAÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2012-07-04;1737>>. Acesso em: 3 out. 2012.

³ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de Preços: Aspectos Práticos e Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 25-33.

bens ou serviços a serem adquiridos tiverem a necessidade de aquisições frequentes, a exemplo de resmas de papel ou cartuchos de impressora. A segunda, prevendo a hipótese da conveniência de entregas parceladas ou serviços esporádicos e constantes, como por exemplo, determinado serviço de manutenção predial corretiva. A terceira, admitindo a hipótese da conveniência de aquisição de bens e serviços por mais de um órgão da administração pública ou programas de governo. Neste caso, vários órgãos podem se unir como participantes de um registro de preços e promoverem conjuntamente a licitação para registro de preços. Por fim, utiliza-se o sistema de registro de preços para a hipótese em que a administração pública não pode prever o quantitativo exato a ser demandado.

Outra característica do registro de preços é que há somente uma expectativa de contratação, decorrente da estimativa apontada no edital, sem qualquer vinculação ou compra firme. Isto ocorre por apenas haver o registro do preço unitário que será utilizado para firmar os eventuais contratos de aquisição, sob demanda, uma vez que não há a obrigatoriedade de a administração adquirir os produtos ou contratar os serviços que tiveram os preços registrados.

18.1.2 O Sistema de Registro de Preços no âmbito do Regulamento de Licitações e Contratos (RLC) do SESI e do SENAI

No âmbito do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, o sistema de registro de preços é utilizado de forma bastante semelhante. Ele foi introduzido pelo Ato Referendum n.º 01 de 21 de fevereiro de 2006. Igualmente à regra da administração pública, o registro de preços é compatível apenas com as modalidades de concorrência e pregão, e também pressupõe algumas hipóteses para sua utilização, conforme dispõe o art. 33 do RLC. :

Assim, poderá ser utilizado o registro de preços (i) quando for mais conveniente que a aquisição demande entrega ou fornecimento parcelado; (ii) quando, pelas características do bem ou do serviço, houver necessidade de aquisições frequentes; e (iii) quando não for possível estabelecer, previamente, o quantitativo exato para o atendimento das necessidades. Como se observa, os Regulamentos de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI trouxeram hipóteses muito semelhantes de aplicação do registro de preços em relação ao Decreto n.º 3.931/2001, apenas ressaltando a hipótese descrita no inciso III do Art. 2º do referido Decreto, que trata da conveniência de aquisição de produtos e serviços para mais de um órgão.

18.2 A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um dos objetivos do sistema de registro de preços no âmbito da administração pública é obter vantagem econômica permitindo que sejam efetuadas várias contratações derivadas de um único certame licitatório. Seguindo esse raciocínio, criou-se uma modalidade de aquisição que potencializou ainda mais essa concentração.

Trata-se da solução denominada de “adesão à ata” de registro de preços, ou usualmente chamada de “carona”. A adesão à ata é a possibilidade de um terceiro órgão, que não promoveu (gerenciador), nem participou (participante) do certame, de utilizar-se dessa ata de registro de preços para adquirir os mesmos bens ou serviços já licitados, pelo preço registrado. Se um órgão já promoveu uma licitação e registrou um preço decorrente de concorrência pública, não seria necessário que outro órgão a promovesse, aproveitando-se o preço já registrado. Assim, esse terceiro órgão apenas adere à ata do registro de preços, e celebra o contrato diretamente com o fornecedor que venceu a licitação e registrou o preço, justificando em seu processo interno que o preço registrado é compatível com o de mercado e de que seria desnecessária e mais cara a realização de licitação.

A solução está prevista no art. 8º do Decreto, que aduz “A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem.”

O instituto foi elogiado por alguns e criticado por outros. MARÇAL JUSTEN FILHO é um dos críticos do “carona”⁴. Para ele, a solução viola o princípio da legalidade, por não estar previsto em lei, considerando que o Decreto extrapolou sua função regulamentadora. Viola ainda o princípio da vinculação ao edital, já que a habilitação prevista no edital foi dimensionada para o quantitativo estimado no certame, não comportando a habilitação a sua ampliação irrestrita. JUSTEN FILHO aduz ainda que a hipótese criou verdadeira forma de dispensa de licitação, violando o princípio da obrigatoriedade da licitação, instituindo competência discricionária para a contratação direta.

O Autor vai além e afirma que o instituto transfere para o particular os ganhos decorrentes da economia de escala; ofende ao princípio da isonomia, na medida em que afasta outras poten-

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 197 e SS.

ciais empresas que não terão oportunidade de apresentar suas propostas; aponta para a possibilidade de surgimento do “subsídio cruzado”, causando prejuízo às circunstâncias regionais e a eliminação das pequenas empresas; e causa distorções, conforme a seguir exemplifica:

Encontra-se referência, em órgão da imprensa oficial, à aquisição de 1.200 computadores pessoais por parte do Tribunal de Contas da União, na condição de carona de um sistema de registro de preços mantido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Anote-se que o TCU não foi o único a adotar essa conduta. A licitação original fora destinada à aquisição de 4.300 equipamentos. Até março de 2007, tinham sido comprados 35.121 máquinas, por dezenas de entidades das mais diferentes órbitas federativas (inclusive diversos tribunais superiores).⁵

No entanto, em que pese o próprio TCU utilizar a figura do “carona”, passou a criticar sua utilização desmedida. No acórdão 1.487/2007 – Plenário, o TCU firmou o entendimento de que a adesão sem limites à ata de registro de preços é contrária aos princípios que norteiam as licitações, recomendando ao Poder Executivo que providenciasse uma solução destinada a limitar as contratações:

6. Diferente é a situação da adesão ilimitada a atas por parte de outros órgãos. Quanto a essa possibilidade não regulamentada pelo Decreto nº 3.931/2001, comungo o entendimento da unidade técnica e do Ministério Público que essa fragilidade do sistema afronta os princípios da competição e da igualdade de condições entre os licitantes. 7. Refiro-me à regra inserta no art. 8º, § 3º, do Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2001, que permite a cada órgão que aderir à ata, individualmente, contratar até 100% dos quantitativos ali registrados. No caso em concreto sob exame, a 4ª SECEX faz um exercício de raciocínio em que demonstra a possibilidade real de a empresa vencedora do citado Pregão 16/2005 ter firmado contratos com os 62 órgãos que aderiram à ata, na ordem de aproximadamente 2 bilhões de reais, sendo que, inicialmente, sagrou-se vencedora de um único certame licitatório para prestação de serviços no valor de R\$ 32,0 milhões. Está claro que essa situação é incompatível com a orientação constitucional que preconiza a competitividade e a observância da isonomia na realização das licitações públicas.⁶

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 198.

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1487/2007 de 29/05/2007, RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. APRESENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS NA FASE RECURSAL. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. NÃO-PROVIMENTO**. Em face da apresentação, na fase recursal, da prestação de contas de convênio incompleta e incapaz de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recebidos no objeto conveniado, nega-se provimento ao recurso. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.1:acordao:2007-05-29;1487>>. Acesso em: 3 out. 2012.

O TCU vem tratando do tema de maneira esporádica, mas já consolidou sua jurisprudência criticando a redação do Decreto no que diz respeito à ausência de limitação do número de aderentes e em relação à possibilidade de prorrogação da vigência ata por prazo superior a um ano e a recomposição dos quantitativos⁷.

Em sentido contrário, JACOBY defende o instituto do “carona” apontando, dentre outras vantagens: (i) a economia quanto à realização de um só certame para múltiplas contratações; (ii) a multiplicação da prática, o que faria a credibilidade do sistema aumentar; (iii) motiva ainda mais a participação de um número maior de licitantes, o que favorece a competitividade; (iv) a Administração Pública poderia dedicar-se integralmente à sua atividade fim; e (v) seria o primeiro passo para essa centralização ordenada de contratações.⁸

Polêmicas à parte, a adesão à ata de registro de preços permeia os corredores da administração pública e é amplamente utilizado, trazendo consigo as vantagens dela avindas e, evidentemente, as desvantagens, como o chamado “comércio de atas”, em que o vencedor de uma licitação com sistema de registro de preços oferece indiscriminadamente aos mais diversos órgãos os produtos que pode fornecer por meio da adesão, dando ensejo às mais diversas situações irregulares, e até mesmo, provocando a rescisão de contratos administrativos já celebrados com fornecedores, ensejando a necessidade de indenizar o particular, conforme ensina FLÁVIO AMARAL GARCIA⁹.

18.2.1 Sujeitos do registro de preços no âmbito da Administração Pública

O art. 1º do Decreto 3.931/2001 traz as definições de dois dos sujeitos envolvidos no sistema de registro de preços, o Órgão Gerenciador e o Órgão Participante. O Órgão Gerenciador é aquele que promove o certame licitatório. O Órgão Participante é aquele que atua diretamen-

⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 991/2009 de 13/05/2009**, CONSULTA. INTERPRETAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO DECRETO QUE REGULAMENTA O SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. 1. O prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ser superior a um ano, admitindo-se prorrogações, desde que ocorram dentro desse prazo. 2. No caso de eventual prorrogação da ata de registro de preços, dentro do prazo de vigência não superior a um ano, não se restabelecem os quantitativos inicialmente fixados na licitação, sob pena de se infringirem os princípios que regem o procedimento licitatório, indicados no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Disponível em: < <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2009-05-13;991>>. Acesso em: 3 out. 2012.

⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistemas de Registros de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 208-211, 420-422.

⁹ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 104.

te no planejamento da licitação e suas estimativas de compra são consideradas para efeitos do quantitativo estimado a ser informado no edital, conforme explica JACOBY¹⁰.

O art. 1º não traz a definição do terceiro órgão, aquele que adere à ata de registro de preços, mas é certo que esse não pode ser confundido com o Órgão Participante. Enquanto o Órgão Participante atua ativamente do planejamento da licitação, incluindo seus quantitativos na estimativa que será publicada aos interessados no edital da licitação, o terceiro órgão apenas aderirá à ata decorrente do certame já encerrado, promovendo a contratação com o fornecedor com base nos dados da ata. Importante destacar que os quantitativos do terceiro órgão que adere à ata não eram inicialmente previstos, e suas adesões estão limitadas a 100% do quantitativo estimado no edital e registrado em ata, conforme prevê o §3º do art. 8º do Decreto n.º 3.931/2001.

18.2.2 Atribuições e responsabilidades dos sujeitos do registro de preços no âmbito da Administração Pública

No âmbito da administração pública, os sujeitos envolvidos no registro de preços e na adesão, têm atribuições e responsabilidades das mais diversas. O próprio Decreto enumera várias das atribuições. Cabe ao gerenciador promover a licitação do registro de preços, devendo, na fase interna, promover o planejamento da licitação, inclusive convidando outros órgãos para serem participantes, conforme dispõe o inciso I, do §2º do art. 3º do Decreto 3.931/2001. Além disso, o mesmo §2º trata ainda da responsabilidade do gerenciador de promover a instrução do processo, realizar pesquisa prévia e constante de mercado, confirmar com os participantes a concordância com o objeto a ser licitado, realizar o processo licitatório, renegociar os preços registrados, dentre outras atribuições, das quais se destacam a de consolidar as informações relativas às estimativas individuais e totais de consumo, bem como gerenciar a ata de registro de preços, providenciando a indicação dos fornecedores e os quantitativos de contratação definidos para os participantes.

Como se observa, as responsabilidades do gerenciador no âmbito da administração pública são várias, desde a fase interna do certame, até o controle das adesões e dos seus quantitativos. Como já visto, o problema é que não há limitação para a quantidade de adesões – estas limitadas a 100% do quantitativo estimado. O inciso II do art. 9º do referido Decreto dispõe que o edital do certame contemple no mínimo “a estimativa de quantidades a serem ad-

¹⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistemas de Registros de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 366-367.

quiridas no prazo de validade do registro”. Recentemente, o TCU afirmou, com base nesse dispositivo, que é obrigação do gerenciador fixar no edital os quantitativos máximos a serem contratados por meio dessas adesões, justamente para balizar e informar o ganho de escala aos potenciais licitantes e evitar adesões infinitas.¹¹

Quanto ao Órgão Participante, o §4º do art. 2º do referido Decreto dispõe que cabe a ele manifestar seu interesse em participar do registro de preços, enviar sua estimativa de consumo e cronograma de contratação ao gerenciador, concordar com o objeto a ser licitado, garantir a instrumentalização do seu processo, conhecer as características da ata de registro de preços mantendo-se atualizado, certificar-se da vantagem quanto à participação, além de zelar pelo cumprimento das disposições da ata pelo fornecedor. Como se observa, as responsabilidades são contínuas e persistem até o final da vigência da ata e dos contratos dela decorrentes.

18.3 A NOVA SISTEMÁTICA DO REGISTRO DE PREÇOS NO RLC DO SESI E DO SENAI – A ADESÃO AO REGISTRO DE PREÇOS

A adesão ao registro de preços não era prevista no RLC do SESI e do SENAI. A nova sistemática foi introduzida pelo Ato Resolutório do SESI/DN n.º 21/2011 e pela Resolução SENAI/DN n.º 516/2011, ambos publicados no D.O.U. de 23.12.2011. Foi introduzida no RLC do SESI e do SENAI, a Seção I ao Capítulo VIII, que trata do registro de preços, trazendo a possibilidade da adesão, dispondo em seu Art. 38-A que “O registro de preço realizado por departamento do SENAI poderá ser objeto de adesão por outro departamento da entidade e por serviço social autônomo, desde que previsto no instrumento convocatório”.

De início, se constatam algumas diferenças da sistemática governamental, como a ausência de menção a uma “Ata” de registro de preços, tratando-se da adesão ao registro de preços. No âmbito do sistema de registro de preços do RLC do SESI e do SENAI, após encerrado o certame licitatório, é celebrado um Termo de Compromisso de Registro de Preços (art. 35 do RLC do SESI e do SENAI), que funciona como a “Ata” do registro de preços da Administração Pública. Com base nesse termo de compromisso, são celebrados os contratos ou as autorizações de fornecimento dele decorrentes.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1619/2012 de 27/06/2012**, REPRESENTAÇÃO. CONTRATO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. IRREGULARIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA A ADMINISTRAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2012-06-27;1619>>. Acesso em: 3 out. 2012.

Outra característica que lhe é peculiar é que são definidos os sujeitos do registro de preços apenas como o Gerenciador e os possíveis Aderentes, não estando prevista a figura do Órgão Participante. É que as entidades do Sistema Indústria comumente realizam licitações conjuntas, de maneira que se houver o interesse de que uma delas participe da licitação da outra, ela atua direta e conjuntamente no planejamento e promoção do certame licitatório, e não apenas no seu planejamento e incorporação de estimativa de aquisição. Assim, a figura do participante no âmbito do RLC seria desnecessária.

O procedimento previsto para a adesão ao registro de preços é simplificado, em comparação ao utilizado no âmbito da administração pública. O Aderente informa ao Gerenciador seu interesse em aderir e o Gerenciador lhe indica os quantitativos previstos no edital da licitação, as condições e o prazo de vigência do registro de preços.

Após a adesão, que não depende da vontade ou de autorização do Gerenciador, o Aderente celebrará o contrato com o fornecedor que teve o preço registrado, respeitando apenas o limite de 100% dos quantitativos previstos no edital. Além disso, o RLC apenas exige que o “pedido” de adesão e a contratação ocorram durante a vigência do registro de preços (art. 38-C do RLC do SESI e do SENAI), que também é de no máximo um ano, prorrogáveis por igual período (art. 34 do RLC do SESI e do SENAI). Outra regra é que o fornecimento para aquele que adere deverá observar as condições estabelecidas no registro de preço e não poderá prejudicar as obrigações assumidas com o Gerenciador e com os Aderentes anteriores.

Importante observar que, da mesma forma que a sistemática do Decreto n.º 3.931/2001, não há limitação ao número de adesões, mas apenas ao quantitativo de cada uma delas, que não poderá exceder a 100% do quantitativo estimado no edital. Isso pode causar as distorções temidas para as adesões no âmbito da administração pública, como a perda do ganho de escala nas contratações e outros efeitos desejados, como a proliferação do comércio dos termos de compromisso de registros de preços dentre os departamentos do SESI ou do SENAI, bem como de outros serviços sociais autônomos. Para evitar isso, o papel do gerenciador é de extrema importância, como se verá adiante.

Alteração importante em relação à sistemática anterior do registro de preços é a atual obrigatoriedade de o edital apresentar uma estimativa de contratação, justamente para servir como parâmetro ao limite de 100% de quantitativo a ser adquirido pelo aderente, descrito no §2º do art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI. No sistema de registro de preços anterior, não havia essa obrigação, o que ensejou a alteração promovida no inciso VII do art. 4º do RLC do SESI e do SENAI.

Neste particular, cumpre observar que não há incompatibilidade entre a novel obrigação de definir uma estimativa de quantitativo a ser adquirido com a hipótese prevista no inciso III do art. 33 do RLC do SESI e do SENAI, acerca da impossibilidade de estabelecer previamente o quantitativo **exato** para o atendimento das necessidades, uma vez que a obrigação é de mera estimativa, e não de quantitativo **exato**.

Anote-se que embora não houvesse obrigação expressa para a inserção da estimativa no edital, a doutrina já recomendava essa prática no âmbito do registro de preços do “Sistema S”, para o balizamento e informação do fornecedor quanto ao ganho de escala pretendido, conforme ensina JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI¹². Como se observa, a sistemática é sobremaneira mais simples e não exige maiores formalidades a não ser a instrumentalização dos processos de contratação.

18.3.1 Sujeitos do registro de preços no âmbito do RLC do SESI e do SENAI

Os sujeitos do registro de preços no âmbito do RLC do SESI e do SENAI são apenas o Gerenciador e o Aderente, conforme no §1º do art. 38-A do RLC, que conceitua o Gerenciador como “*departamento nacional ou regional do SENAI responsável pelo registro de preço, cujo instrumento convocatório de licitação tenha previsto a adesão*”. E como Aderente, o “*departamento nacional ou regional do Gerenciador e serviço social autônomo, cujas necessidades não foram consideradas no quantitativo previsto no instrumento convocatório e que adira ao registro de preço realizado pelo Gerenciador*”.

Não foi necessário incluir a figura do Participante, existente no âmbito da administração pública, uma vez que as entidades do sistema indústria podem realizar planejamento de aquisições e licitações conjuntas.

Como se observa, no âmbito do Sistema Indústria, o Gerenciador poderá ser o Departamento Nacional do SESI ou do SENAI, ou ainda, qualquer dos seus Departamentos Regionais. Já o Aderente, poderá ser (i) o Departamento Nacional do SESI ou do SENAI, aderindo ao registro de preços promovido por qualquer um de seus Departamentos Regionais; (ii) qualquer dos seus Departamentos Regionais, aderindo ao registro de preços promovidos pelo Departamento Nacional; ou ainda, (iii) qualquer outro serviço social autônomo, aderindo ao registro de preços promovido pelo Departamento Nacional ou qualquer dos Departamentos Regionais do SESI ou do SENAI.

¹² VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema S*. Curitiba: JML, 2007. p. 253-254.

Diante disso, importante observar que órgãos da administração pública, ou até mesmo empresas públicas e sociedades de economia mista que realizam procedimentos licitatórios, não poderão aderir aos registros de preços promovidos pelo Sesi e pelo Senai, uma vez que o inciso II do art. 38-A limitou expressamente a adesão apenas ao Departamento Nacional, Regional do Sesi ou do Senai, ou ainda, outro serviço social autônomo. O TCU já se manifestou acerca da impossibilidade de órgão da administração pública aderir ao registro de preços promovidos por serviços sociais autônomos¹³. Embora no referido acórdão, o TCU tenha fundamentado não ser possível essa adesão em face da ausência de regras de adesão ao registro de preços no regulamento próprio dessas entidades, a superveniência da nova sistemática de registro de preços no RLC do Sesi e do Senai dispendo sobre a adesão, excluiu de maneira inequívoca essa possibilidade diante da definição do aderente omitir a figura dos entes públicos, tratando-se de evidente silêncio eloquente.

18.3.2 Atribuições e responsabilidades do gerenciador e do aderente no registro de preços do RLC do Sesi e do Senai

De início, quanto ao Gerenciador, cabe a ele as atribuições ordinárias do gestor quanto ao planejamento da licitação, inclusive em relação à fase interna do certame, à necessidade de justificar e enquadrar a licitação em uma das hipóteses para a realização do registro de preços, previstas no art. 33 do RLC das entidades, e a necessidade de se realizarem previamente amplas pesquisas de preços, conforme leciona GARCIA¹⁴.

Oportuno destacar que o fato do RLC não prever a figura do participante, não significa que o Gerenciador não tenha a incumbência de provocar outros departamentos para realizarem licitações conjuntas, uma vez que os órgãos de controle recomendam de forma veemente que as contratações sejam sempre precedidas de planejamento¹⁵ que permita maior vantagem.

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1192/2010 de 26/05/2010**, CONSULTA. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DO SISTEMA “S”. EDIÇÃO DE REGULAMENTOS PRÓPRIOS. ENTES NÃO SUJEITOS AOS PROCEDIMENTOS ESTRITOS DA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. ADESÃO POR ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE JURÍDICA. Não há viabilidade jurídica para a adesão por órgãos da Administração Pública a atas de registro de preços relativas a certames licitatórios realizados por entidades integrantes do Sistema “S”, uma vez que não se sujeitam aos procedimentos estritos da Lei nº 8.666/1993, podendo seguir regulamentos próprios devidamente publicados, assim como não se submetem às disposições do Decreto nº 3.931/2001, que disciplina o sistema de registro de preços. Disponível em: < <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2010-05-26;1192>>. Acesso em: 3 out. 2012.

¹⁴ GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 94.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1334/2008 de 11/07/2008**, AUDITORIA. Sesi/PE. LICITAÇÕES E CONTRATOS. 1) AUSÊNCIA DE REGISTRO DO EDIFÍCIO CASA DA INDÚSTRIA E NÃO-INSTITUIÇÃO DO RESPECTIVO CONDOMÍNIO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DO OBJETO. 2) LOCAÇÃO DE ÁREAS DO EDIFÍCIO SEM AVALIAÇÃO, CÁLCULO INCORRETO DAS DESPESAS DE CONDOMÍNIO E FIXAÇÃO DAS COTAS DE RATEIO EM PERCENTUAIS INSUFICIENTES. ANTIECONOMIA-CIDADE. Constatada a prática de irregularidade da qual resultou dano ao Erário, cabe determinar a instauração de Tomada de Contas Especial para identificação dos responsáveis e quantificação do dano, a teor do art. 47 da referida lei. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2008-07-09;1334>>. Acesso em: 3 out. 2012.

Evidente que quanto maior o número de participantes da licitação, maior o quantitativo a ser adquirido e, conseqüentemente, maior a economia de escala.

Importante atribuição do Gerenciador é estimar os quantitativos a serem adquiridos por meio do registro de preços. Essa estimativa obrigatoriamente deverá constar do edital do certame. O Gerenciador deve realizar essa estimativa levando em consideração o que ele, Gerenciador, estima contratar, sem nela contemplar a estimativa de potenciais adesões ao registro de preços. Isto porque a estimativa deve se aproximar ao máximo ao quantitativo que vai se efetivar, sem compor previsões que podem não se concretizar. Isto porque as adesões terão como limite justamente 100% da estimativa do Gerenciador. Se essa estimativa do Gerenciador já contemplar as adesões, os Aderentes poderão se beneficiar com aquisições superdimensionadas, frustrando o planejamento das aquisições. Além disso, uma estimativa superdimensionada poderia frustrar as expectativas dos fornecedores, o que pode implicar seu descontentamento e prejudicar os fornecimentos contratados e, ainda, afastar esse fornecedor de futuros certames, em razão da quebra da confiança. Nesse sentido, oportuna a lição de FLÁVIO AMARAL GARCIA, que aduz:

Tais licitações pretendem obter os benefícios do sistema de registro de preços sem a organização, o planejamento e, acima de tudo, a transparência (ou visibilidade) que deve ser oferecida ao mercado fornecedor, em homenagem ao princípio da confiança legítima (vertente cada vez mais conhecida e aplicada do princípio da segurança jurídica); ora, além de tal violação a esses deveres de planejamento e de segurança jurídica, caracteriza violação ao próprio princípio da economicidade; afinal, se o licitante é obrigado a se organizar e investir para um fornecimento que pode não ocorrer, o risco cria um custo mais elevado – de manutenção de uma estrutura que sequer pode ser utilizada.¹⁶

Promovida a licitação, ao Gerenciador cabe ainda promover a assinatura do termo de compromisso de registro de preços, permitindo, assim, que se celebrem os contratos de aquisição. Durante a validade do registro de preços, cabe também ao Gerenciador realizar constantes pesquisas de mercado, uma vez que o RLC do SESI e do SENAI dispõe que é atribuição do gerenciador propor ao fornecedor que teve o preço registrado, a redução desse preço sempre que encontrar preço mais baixo no mercado (inciso II do Art. 38).

¹⁶ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 94-95.

Também deverá ser observada pelo Gerenciador a regra prevista no art. 34 do RLC, que exige que o edital disponha sobre a vigência do registro de preços, que poderá ser de no máximo 12 (doze) meses, prorrogáveis. Neste caso, importante destacar que o Gerenciador deverá se ater à obrigação de planejar as aquisições considerando o prazo de vigência do registro de preços, uma vez que o prazo de 12 (doze) descrito no RLC é o máximo previsto, podendo-se estipular prazo menor, o qual poderá ser prorrogado por igual período¹⁷. Assim, se o SESI ou o SENAI entenderem que 8 (oito) meses seriam suficientes para a vigência do registro de preços, nada impede que este seja o prazo fixado. Cumpre observar que a prorrogação da vigência neste caso está limitada a outro período de 8 (oito) meses, mas não se pode afirmar que, por ter sido prorrogada a vigência, houve mau planejamento em razão de não ter sido fixado o prazo em 12 (doze) meses, ao invés de 8 (oito).

Também no edital deverá constar a possibilidade de adesão. Essa regra é importante, uma vez que se deve informar ao fornecedor que os quantitativos estimados previstos no edital poderão ser superados pelas adesões, o que lhe permitirá apresentar sua proposta projetando um fornecimento maior que essa estimativa, o que naturalmente ensejará uma economia de escala para o Gerenciador e Aderente. Se essa previsão não estiver no edital, evidente que não poderão ocorrer adesões, uma vez que o art. 38-A do RLC expressamente assim condiciona.

Da necessidade de se inserir no edital a previsão de adesão emerge uma questão: seria possível que nessa previsão de adesão o Gerenciador limitasse as adesões apenas a seus Departamentos Regionais ou Nacional, seja do SESI ou do SENAI, excluindo a possibilidade de adesão dos demais Serviços Sociais Autônomos? A resposta é positiva, uma vez que o gestor poderá ter motivos justificáveis para tanto, considerando, por exemplo, a hipótese de um produto ou serviço cuja necessidade seja específica de seus Departamentos, ou a necessidade premente por produto escasso no mercado. No entanto, caso não tenha feito essa restrição no instrumento convocatório, poderá o Gerenciador recusar aos “pedidos” de adesão feitos pelos interessados após ter o certame sido deflagrado?

O Art. 38-B dispõe que o Aderente informará ao Gerenciador o seu interesse em aderir ao registro de preços. Observa-se que verbo “informar” não reflete uma solicitação sujeita a uma resposta negativa, embora o Art. 38-C disponha sobre o “pedido” de adesão. O §1º do mesmo Art. 38-B apresenta como consequência lógica ao recebimento do “pedido” de adesão, apenas a indicação ao Aderente, por parte do Gerenciador, dos quantitativos e as demais características do registro de preços, não permitindo inferir que haja alguma gestão do Gerenciador no sentido de aceitar ou não a adesão pretendida.

¹⁷ GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Registro de Preços: Aspectos Práticos e Jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 169.

Contudo, importante observar que se o “pedido” de adesão vier após ter sido expirada a vigência do registro de preços, caberá ao Gerenciador informar isso ao Aderente, e, neste caso, tal implicará na impossibilidade de adesão, nos termos do que dispõe o Art. 38-C do RLC do SESI e do SENAI.

Como o Gerenciador tem a necessidade de responder à pretensão do Aderente e indicar o prazo de vigência do registro de preços, necessariamente indicará que a sua vigência se expirou, o que implicará na não adesão. Mas mesmo neste caso, o Gerenciador deverá cumprir estritamente a exegese do §1º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI, e informar as demais características do registro de preços, inclusive os dados do fornecedor, alertando, contudo, ao interessado acerca da expiração da vigência, por intuito colaborativo. Dessa forma, se o Aderente insistir em contratar com o fornecedor após expirada a vigência do registro de preços, será sua a responsabilidade pelo descumprimento de seu Regulamento.

Tampouco cabe ao Gerenciador controlar se as contratações realizadas pelo Aderente estão sendo feitas dentro da vigência do registro de preços, uma vez que a responsabilidade do Gerenciador limita-se a informar os dados do fornecedor e a vigência do registro de preços (§1º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI), transferindo para o Aderente a partir daí, a responsabilidade por promover as contratações dentro do prazo de vigência do registro de preços.

Assim, o papel do Gerenciador quanto à adesão é limitado apenas a indicar, conforme dispõe o §1º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI, as características do registro de preços. Recomenda-se, contudo, que o Gerenciador mantenha registro dos “pedidos” de adesão no processo correspondente, embora não haja a necessidade de juntar ao processo cópia das contratações decorrentes das adesões, uma vez que caberá ao Aderente controlar essas contratações, a observância do limite de 100% previsto no §2º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI e a contratação dentro do prazo de vigência.

Assim, nem mesmo há a necessidade de o Gerenciador controlar se os quantitativos adquiridos pelo Aderente estão respeitando o limite de 100% do quantitativo estimado previsto no Edital, conforme dispõe o §2º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI, e ao contrário do que ocorre com o Órgão Gerenciador no sistema de registro de preços do poder público. Isto porque após o Gerenciador indicar o fornecedor, o prazo de vigência do registro de preços, o Aderente, que também deve obediência à mesma norma, passa a ser responsável por cumpri-la, **por ser o sujeito ativo da ação de aderir e de promover as contratações.**

Fosse a intenção do RLC das entidades de atribuir essas responsabilidades ao Gerenciador, a norma teria sido expressa nesse sentido, e não apenas atribuiria ao Gerenciador a obrigação de indicar as características do registro de preços.

Por esse motivo, o §3º do Art. 38-B do RLC do SESI e do SENAI foi expresso no sentido de atribuir ao Aderente a obrigação de explicitar as razões de conveniência quanto à adesão. Ao aderente caberá, portanto, instruir seu processo com justificativa acerca da vantajosidade da adesão, enfrentando o seu cotejo com a promoção de uma licitação própria. Assim, justificada a vantajosidade, e a partir das informações dadas pelo Gerenciador do registro de preços a que pretende aderir, caberá ao Aderente cumprir os ditames do seu RLC quanto à adesão.

Importante observar que da mesma forma que o Decreto n.º 3.931/2001, não há nesta sistemática limitação ao número de adesões, mas apenas ao quantitativo de cada uma delas, que não poderá exceder a 100% do quantitativo estimado no edital. Isso pode causar as distorções temidas para as adesões no âmbito da administração pública, como já exposto, como a perda do ganho de escala nas contratações e outros efeitos desejados, como a proliferação do comércio dos termos de compromisso de registros de preços dentre os departamentos do SESI ou do SENAI, bem como de outros serviços sociais autônomos.

Nesse sentido, é importante o papel do Gerenciador, uma vez que não há impedimentos no RLC para que ele informe no edital do certame o quantitativo **máximo** a ser adquirido, incluindo as suas contratações e as contratações derivadas das adesões. Assim, a despeito disso, é recomendável que o faça, tendo em vista a orientação do TCU prevista no Acórdão 1619/2012 – Plenário, que dispôs:

*9.16.2.1.4. A fixação, no termo de convocação, de quantitativos (máximos) a serem contratados por meio dos contratos derivados da ata de registro de preços, previstos no Decreto 3.931/2001, art. 9º, inciso II, **É OBRIGAÇÃO E NÃO FACULDADE DO GESTOR** (Acórdão 991/2009-TCU-Plenário, Acórdão 1.100/2007-TCU-Plenário e Acórdão 4.411/2010-TCU-2ª Câmara); 9.16.2.1.5. Em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/1993, art. 3º, caput), devem gerenciar a ata **DE FORMA QUE A SOMA DOS QUANTITATIVOS CONTRATADOS EM TODOS OS CONTRATOS DERIVADOS DA ATA NÃO SUPERE O QUANTITATIVO MÁXIMO PREVISTO NO EDITAL**; ¹⁸*

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1619/2012 de 27/06/2012, REPRESENTAÇÃO. CONTRATO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. IRREGULARIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA A ADMINISTRAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao:plenario:acordao:2012-06-27;1619>>. Acesso em: 3 out. 2012..

Embora a decisão colegiada acima tenha sido proferida no âmbito do registro de preços da administração pública, tal entendimento poderá ser aplicado pelo TCU aos registros de preços do SESI e do SENAI, tendo em vista que o RLC dessas entidades também não limitou expressamente o número de adesões, mas apenas que cada uma delas esteja limitada a 100% dos quantitativos estimados para o Gerenciador informado no Edital.

Dessa forma, em que pesem as responsabilidades e atribuições dos gestores do SESI e do SENAI não terem o mesmo nível de detalhamento e rigor dos gestores públicos quanto às adesões aos registros de preços, as responsabilidades principais de planejamento e constante pesquisa de preços, visando à economicidade da contratação, sempre estarão presentes, com vistas à obtenção de maior economia de escala.

CONCLUSÃO

O registro de preços é uma opção inteligente que traz enormes vantagens para os gestores, uma vez que permite adquirir bens e contratar serviços atendendo de maneira mais precisa as necessidades das entidades, prestigiando a economicidade. A adesão ao registro de preços é vantajosa na medida em que permite a concentração em uma única licitação de várias contratações, abrangendo várias entidades e departamentos.

No âmbito do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI e do SENAI, a adesão ao registro de preços é sobremaneira mais simplificada que a adesão promovida na administração pública. As atribuições dos sujeitos envolvidos no registro de preços e na adesão dele decorrente são menores que aquelas dos gestores públicos. O Gerenciador não tem atribuição de controlar as adesões e os quantitativos contratados, ficando para o aderente o papel de justificar a adesão e controlar para que os quantitativos não ultrapassem aquele previsto no edital para o Gerenciador.

A diminuição das responsabilidades e atribuições, contudo, não implicou a redução da responsabilidade dos gestores do SESI e do SENAI de planejarem com eficiência suas aquisições, de realizarem amplas e constantes pesquisas de preços, e de diligenciar no sentido de limitar as adesões aos registros de preços, de maneira a prestigiar a vantajosidade das contratações que permitam uma ampla economia de escala.

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



**19 – A CONCESSÃO DE PATROCÍNIO NO ÂMBITO
DO SESI/SENAI À LUZ DO TCU**

VICTOR TAINAH FERNANDES DIETZOLD

DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO DE JANEIRO

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar as peculiaridades para concessão de patrocínio pelo SESI/SENAI e demais entidades integrantes do Sistema “S”, à luz das exigências e recomendações do Tribunal de Contas da União.

Cabe registrar que hoje há escassa doutrina sobre o tema, justamente pela natureza singular dos serviços sociais autônomos, razão pela qual este trabalho tem, dentre as suas finalidades, fortalecer e ampliar o conhecimento sobre a matéria.

Portanto, para analisarmos a presente hipótese, enfrentaremos questões notadamente de Direito Administrativo, bem como os recentes posicionamentos da Corte de Contas acerca do tema, da seguinte forma:

- k) A natureza do patrocínio;
- l) O enquadramento na inexigibilidade de licitação;
- m) Procedimento formal a ser observado;
- n) A correlação entre o segmento patrocinado e os objetivos institucionais da entidade;
- o) Metodologia de análise das propostas de patrocínio;
- p) A prestação de contas pelo patrocinado;
- q) Jurisprudência do TCU; e
- r) A importância da elaboração de normativos internos pelas entidades.

Dentro deste contexto, o presente trabalho buscará demonstrar os aspectos relevantes que devem nortear a concessão de patrocínios pelo SESI/SENAI, de modo a assegurar a regular aplicação dos recursos transferidos ao patrocinado, evitando-se, por via de consequência, a exposição das entidades à fiscalização pelos órgãos externos de controle, quais sejam a CGU e o TCU.

19.1 A NATUREZA DO PATROCÍNIO

Inicialmente, é importante enfrentarmos o conceito de patrocínio, sendo certo que, em resumo, podemos definir como todo apoio financeiro destinado a projetos de responsabilidade de terceiros (patrocinado) que, usufruindo dos recursos transferidos, oferecem como contrapartida direitos ou visibilidade que interessam, obviamente, ao patrocinador.

De acordo com a Instrução Normativa nº 01, de 08 de maio de 2009, da Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, a natureza do patrocínio é definida como um “apoio financeiro concedido a projetos de iniciativa de terceiros, com o objetivo de divulgar atuação, fortalecer conceito, agregar valor à marca, incrementar vendas, gerar reconhecimento ou ampliar relacionamento do patrocinador com seus públicos de interesse”.¹

Com efeito, o patrocínio é essencialmente uma relação comercial onde, de um lado, o patrocinador oferece o apoio financeiro e, do outro, o patrocinado assume o compromisso de divulgar positivamente a marca, o nome, objetivos, produtos ou serviços da entidade patrocinadora.

O patrocínio, portanto, é, de modo geral, uma parceria que beneficia os dois lados. O patrocinado recebe os investimentos para financiar custos próprios ou viabilizar seus projetos. Em troca, o patrocinador recebe direitos de compartilhamento da sua marca com a da entidade patrocinada, em eventos, campeonatos, uniformes, etc.

19.1.1. Distinção entre patrocínio e publicidade

Por oportuno, para não restar dúvidas quanto à natureza do patrocínio, cabe fazer aqui a distinção entre as figuras do patrocínio, publicidade e propaganda e, para tanto, transcrever-se a lição do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, extraída na decisão proferida nos autos do processo nº 855/1997 (TCU), senão vejamos:²

¹ BRASIL. Secretaria de Comunicação Social-PR. **Instrução Normativa SECOM-PR n. 01, de 8 de maio de 2009**, Disciplina as ações de patrocínio dos órgãos e entidades integrantes do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.secom.gov.br%2Fsobre-a-secom%2FInstitucional%2Flegislacao%2Fbase-juridica-da-secom%2Finstrucoes-normativas%2Finstrucao-normativa-no-01-8-de-maio-de-2009&ei=KJZtUPbdB4n68gShgoGABw&usq=AFQjCNF-dNSMhUF0HKdPgTmT64l_whhyPw>. Acesso em: 3 out. 2012.

² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº TC-000.925/97-7**, Decisão nº 855/1997 – Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Diário Oficial da União. Brasília, 17 nov. 1997. Seção 1. p. 30159.

(...)

8. Nesse mister, impende destacar que a contratação de patrocínio não pode ser confundida com outros serviços comuns de publicidade, aludidos no art. 2º da Lei nº 8.443/92, que devem ser licitados. A licitação será sempre exigível quando houver a contratação de trabalhos técnicos e/ou artísticos que visem à divulgação de determinada ideia ou produto. Na verdade, a ideia de publicidade retratada na Lei nº 8.666/93 diz respeito a um produto final elaborado, e não à simples divulgação do nome de uma instituição. O próprio conceito constante do regulamento para execução da lei 4.680/65, que dispôs sobre a profissão de publicitários, diz que essa profissão compreende as atividades daqueles que, em caráter regular e permanente, exercem funções artísticas e técnicas por meio das quais estuda-se, concebe-se, executa-se e distribui-se propaganda. Logo, a ideia de publicidade constante da Lei nº 8.666/93 não pode ser dissociada da existência de criação artística que é, via de regra a essência das diversas campanhas promocionais. No caso tópico de um contrato de patrocínio, entretanto, tal criação artística não existe.

9. Aliás, torna-se importante destacar algumas sutis diferenças conceituais entre a Publicidade, a Propaganda e as Relações Públicas Institucionais, que lamentavelmente são tratadas, no direito pátrio e na linguagem usual, indevidamente, como sinônimos.

10. Diz a bibliografia especializada que a publicidade, qualquer que seja sua forma de ação, é antes de tudo uma forma de vender. Já em 1929, Claude Hopkins, em sua obra *Scientific Advertising*, dizia que a publicidade é a arte de despertar no público o desejo de compra, levando-a à ação. Nos dizeres de Martha D' Azevedo, a publicidade cria necessidades para levar o público à compra dos produtos por ela anunciados e visa sempre ao mesmo fim: estimular a oferta e a procura do produto ou do serviço, para aumentar as vendas (in *Relações Públicas – Teoria e Processo*, 2. ed., p. 145).

11. A propaganda, por seu turno, liga-se a um componente ideológico, e apela aos dotes morais e cívicos dos indivíduos. É, portanto, dirigida ao indivíduo, que espera persuadir mediante a enunciação daquilo que prega ser a verdade. Diferentemente da publicidade, não é paga diretamente pelo indivíduo, mas pelas organizações que as vinculam (na publicidade, o custo das campanhas torna-se um custo adicional dos produtos). Nesse sentido, Carlos Pinto Coelho Motta, em consulta que lhe foi formulada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em momento peculiar de processo de consolidação de sua imagem institucional, invocou a lição

*de Rogério Nunes para dizer que: Propaganda, em linguagem corrente, é empregada como sinônimo de publicidade. Porém, no vocábulo dos profissionais de comunicação, ela apresenta sentido diferente. (...) A publicidade – do latim publicus – significa tornar público ou difundir uma atividade comercial, com o objetivo de despertar na pessoa que recebe a mensagem publicitária o desejo de comprar, ao passo que a propaganda – do gerúndio propagare – exprime formulação de juízo sobre determinados assuntos ou fatos, com a finalidade de persuadir, modificar atitudes ou comportamentos, em relação a eles, sem o propósito mercantil, mas com fim ideológico (in Boletim de Licitações e Contratos, fev. 1994).
(...)*

Portanto, o ponto nodal que diferencia o patrocínio da publicidade, reside no fato de que esta diz respeito à elaboração de um produto final, ao passo que aquela, a uma simples divulgação do nome/marca de uma instituição.

Diante destas considerações, necessário se faz ressaltar que os serviços de publicidade somente podem ser viabilizados por meio de licitação, eis que para elaboração de um produto final, a competição torna-se viável, sendo certo, inclusive, que a Lei nº 8.666/93 veda expressamente a contratação destes serviços sem a realização de procedimento licitatório.³

Entretanto, a concessão de patrocínio, devidamente formalizado por meio de um instrumento contratual, a rigor, se enquadra na hipótese de inexigibilidade de licitação, ante a ausência de viabilidade de competição, conforme veremos de forma mais detalhada no próximo tópico.

19.2 O ENQUADRAMENTO NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93, assim como o caput do art. 10 do Regulamento de Licitações e Contratos do SESI/SENAI, estabelecem que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de licitação, face a ausência de pressupostos que autorizariam a instauração do processo licitatório.

³ 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. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2005.

Neste passo, convém lembrar a diferença entre a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Sobre o tema, comenta o Professor José dos Santos Carvalho Filho: “Não custa repetir a diferença: na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição”⁴

O eminente Professor Marçal Justen Filho, de forma coerente, classifica a inviabilidade de competição em dois grupos, segundo suas causas:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivadas de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contrato. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado.

*Na segunda categoria, podem existir inúmeros sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz o interesse público. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou da peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.*⁵

Desta forma, a expressão *inviabilidade de competição* é salientada 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 do Sesi/SENAI, são meramente exemplificativas, na medida em que poderão ocorrer situações fáticas que, embora não estejam previstas em lei, inviabilizam a competição.

Nesse contexto, podemos concluir que a concessão de patrocínio se faz por inexigibilidade de licitação, vez que, em princípio, não há competitividade nesta forma de contratação, posto que a entidade busca aliar-se a projetos que melhor se amoldem aos seus objetivos institucionais e à suas finalidades recíprocas, pelo que uma competição entre vários projetos, com análise objetiva de critérios de julgamentos, mostra-se incompatível neste caso.⁶

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 290.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: 8. ed. p. 277.

⁶ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e Contratos no Sistema “S”**. 4. ed. Paraná: JML, 2011. p.128.

19.3 PROCEDIMENTO FORMAL A SER OBSERVADO

De início, cumpre ressaltar que a concessão de patrocínio, embora ocorra por inexigibilidade de licitação, não poderá ser realizada sem a existência de um procedimento formal, substanciado na montagem de um processo de contratação que justifique a transferência de recursos, em respeito ao princípio da motivação dos atos administrativos.

Sobre o tema, merece ser lembrada a doutrina do Professor Florivaldo Dutra de Araújo:

A finalidade da motivação do ato administrativo pode ser resumida no objeto de democratização do exercício da função administrativa, dentro da qual se englobam o aperfeiçoamento desse exercício, a interpretação e o controle do ato. Em vista de seus fundamentos e finalidades, a motivação é de obrigatoriedade geral quanto aos atos administrativos, princípio de boa administração do Estado de Direito.⁷

Dito de outra forma, a motivação é a evidência do fundamento legal da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, que se traduz nas razões fáticas que induziram à opção e a sua finalidade.

19.3.1 A correlação entre o segmento patrocinado e os objetivos institucionais da entidade

Assim, quando da concessão de patrocínio, que se materializará por meio de um instrumento contratual, é necessário que conste nos autos do processo administrativo, além da autorização formal da despesa, certos requisitos indispensáveis, notadamente a pertinência da despesa com os objetivos institucionais da entidade patrocinadora.

Por oportuno, cabe registrar a jurisprudência do TCU exatamente neste sentido, vejamos⁸:

⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 186.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3526/2010 de 06/07/2010**, PRESTAÇÃO DE CONTAS. SENAR/PB. EXERCÍCIO 2007. IRREGULARIDADES. CITAÇÃO E AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA E REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. Julgam-se irregulares as contas dos responsáveis que não comprovam a boa e regular aplicação dos recursos federais sob sua administração, sem prejuízo de que sejam condenados ao pagamento do débito apurado e da multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.2:acordao:2010-07-06;3526>>. Acesso em: 3 out. 2012.

(...)

5.15. **Contrato de patrocínio com a Federação de Agricultura do Estado da Paraíba-FAEPA, contendo objeto impreciso e despesas realizadas em desacordo com a finalidade do SENAR/PB (subitem 2.1.3.1)**

5.15.1. Foram apresentadas pela unidade justificativas para cada um dos itens relativos às despesas impugnadas pelo Controle Interno, sendo esclarecido em seguida que a característica expressa do contrato de patrocínio em que o contratante obtém em troca de um valor

pré-estabelecido, benefícios ligados ao setor de divulgação institucional, como divulgação de marca da entidade, em mídias diversas e material publicitário, dentre outras, e que por não se tratar de convênio ou termo de cooperação, a prestação de contas refere-se apenas a comprovação de que o valor patrocinado tenha sido gasto na realização de evento e que a contrapartida física da divulgação seja comprovada. Por fim, informa o gestor que o evento realizado foi de extrema importância nacional e internacional, com a participação de mais de 700 pessoas, dentre técnicos, estudantes, produtores e trabalhadores rurais e cientistas, que em muito elevou o conceito do Senar/PB, dando-lhe visibilidade internacional.

5.15.2. A análise do Controle Interno rejeitou as justificativas apresentadas em todos os itens que foram questionados, consignando ao final que a Federação da Agricultura da Paraíba interferiu indevidamente na gestão dos recursos do Senar/PB, pois os valores foram transferidos sem que a paraestatal, como ente autônomo, pudesse opinar sobre a adequabilidade e finalidade dos gastos realizados, recomendando que a Unidade providencie o ressarcimento da quantia de R\$ 100.000,00, **referente a contrato realizado sem licitação e com objeto impreciso, além de despesas sem comprovação e realizadas fora das finalidades institucionais do Senar/PB.**⁹

Com efeito, relativamente à concessão de patrocínios, é preciso definir os critérios de elegibilidade dos eventos/atividades a serem patrocinados, de forma a estabelecer o vínculo necessário entre a missão institucional da entidade e o objeto patrocinado.¹⁰

⁹ Grifo Nosso

¹⁰ MAIA, Carlos Nivan. **Manual do Gestor do Sistema "S"**. São Paulo: SESI-SP, 2012. p.68.

19.3.2 Metodologia de análise das propostas de patrocínio

Neste passo, não obstante a necessidade de demonstrar, através de parecer técnico, a estreita relação entre o objeto patrocinado e os objetivos institucionais da entidade patrocinadora, é necessário, ainda, a observância de critérios objetivos para justificar o apoio financeiro.

É fundamental que as entidades adotem medidas com vistas a estabelecer metodologia de análise das propostas de patrocínio, com base em critérios claros e objetivos para a seleção das ações de marketing mercadológico, ponderando qualitativamente e quantitativamente, a cada concessão e no conjunto de segmentos, mesmo que por métodos estimativos, os seguintes aspectos: relação custo/benefício da ação; justificativa para o interesse da entidade no segmento patrocinado; retornos a serem obtidos, em termos mercadológicos e financeiros/negociais; e avaliação de eficiência e efetividade dos resultados a serem alcançados.¹¹

De igual forma, é essencial “que a entidade verifique se aquele que pretende receber o patrocínio possui uma qualificação jurídica, econômica, técnica e fiscal mínimas para formalizar o ajuste, evitando assim a formalização de contrato com empresas sem capacidade para executar o objeto”.¹²

19.3.3. A prestação de contas pelo patrocinado

Após a análise metodológica das propostas de patrocínio e da eventual concretização da concessão do patrocínio, é de suma importância que a entidade patrocinadora exija do patrocinado a apresentação da prestação de contas relativa ao apoio financeiro firmado.

Vale ressaltar que a orientação do Tribunal de Contas da União é recorrente neste sentido:

Nos contratos de patrocínio em andamento e naqueles que vierem a ser concedidos pela Empresa, desenvolva procedimentos minuciosos de forma a obter os documentos comprobatórios acerca do emprego dos recursos públicos pelo patrocinado (notas fiscais, recibos, relatório das ações desenvolvidas pelo patro-

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 304/2007 de 07/03/2007**, INSPEÇÃO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. VERIFICAÇÃO DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE DE PATROCÍNIOS CONCEDIDOS E SUA UTILIZAÇÃO PELOS BENEFICIÁRIOS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. IMPROCEDÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO E DENÚNCIA CONSTANTES DE AUTOS APENSOS. ARQUIVAMENTO. DETERMINAÇÃO. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2007-03-07;304>>. Acesso em: 3 out. 2012.

¹² VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e Contratos no Sistema “S”**. 4. ed. Paraná: JML, 2011. p.130.

cinado, comprovantes das contrapartidas avençadas, entre outros elementos)... (Acórdão 2277/2006)¹³

Relativamente às entidades integrantes do Sistema “S”, a Corte de Contas já manifestou o seguinte entendimento:¹⁴

(...)

*5.1. O item seguinte diz respeito à **verificação da regularidade da alínea “n”, do item 4.6.3, da Instrução Normativa 24/2003 do Sebrae Nacional (Regulamento de Convênios ; fl. 60-v), que dispensa o conveniente da prestação de contas da alocação total dos recursos prevista no termo de ajuste, em se tratando de convênios de patrocínio.***

5.2. O Relatório de Auditoria nº 175881/2005 da CGU (fl. 43/45), destacou que o Sebrae/ES firmou termo de convênio de patrocínio com a Confederação das Indústrias do Estado do Espírito Santo ; Findes. Constatou-se na prestação de contas apresentada, que somente foram efetivados os depósitos de recursos financeiros por parte do Sebrae/ES. A Assessoria Jurídica do Sebrae esclareceu à equipe de auditoria, que tal fato é decorrente do referido item 4.6.3 da IN 24/2003, que dispensa o conveniente de prestar contas (fl. 44).

5.3. A CGU destacou, ainda, que a ausência de informações relativas aos gastos efetuados em sua totalidade, conforme conveniado, encontra óbice aos princípios da transparência nos gastos com recursos públicos, infringindo o princípio constitucional da publicidade, ao qual o Sistema Sebrae deve observar e sugeriu pela necessidade de adequação/revogação da exceção prevista no item 4.6.3 do Regulamento de Convênios (fl. 44/45).

5.4. O Relatório de Auditoria informou que o Sebrae/ES encaminhou correspondência ao Sebrae Nacional, conforme orientação da CGU a fim de dar ciência acerca da recomendação de promover a revisão da IN 24/03, em que pese à previsão constitucional tratar do Poder Público, condição em que não se encaixa o SEBRAE/ES, por ser ente de natureza jurídica privada (fl. 46).

5.5. Cabe destacar, inicialmente, que a referida ressalva fora baseada nas disposições da Instrução Normativa 24/03, aprovada pela Resolução 1.922/04, de

¹³ Grifo Nosso.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 922/2009 de 08/05/2009**, REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NA MOVIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS DENTRO DO SISTEMA SEBRAE E NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 24/2003, QUE DISPENSA O CONVENIENTE DA PRESTAÇÃO DE CONTAS EM CONVÊNIOS DE PATROCÍNIO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO E DETERMINAÇÕES. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2009-05-06;922>>. Acesso em: 3 out. 2012.

14/10/2004, que regulamentava a formalização de convênios no âmbito do Sebrae, normativo vigente à época.

5.6. Entretanto consta informação no processo de prestação de contas do Sebrae/AN relativo ao exercício de 2007 (TC 021.128/2008-4 ; Relatório de Auditoria de Gestão CGU/SFC 209210, item 1.1.3.1, fl. 157) que, por meio da Instrução Normativa 40/00, aprovada pela Resolução 1517, de 09/08/2006, foi editado novo regulamento que dispõe que os procedimentos para apresentação de projetos de concessão de patrocínio pelo Sebrae se dará mediante a celebração de contrato específico.

5.7. Em tese, essa mudança de norma, ao instituir o contrato, no lugar do convênio, para concessão de patrocínio, supriria a necessidade de prestação de contas.

5.8. Contudo, a mesma norma (IN 40/00 atualizada) continua exigindo a comprovação de realização do objeto por meio de relatório de execução acompanhado de fotos, folders, jornais, etc. (item 4.8 fl. 66).

5.9. **Entendemos que, independentemente da forma adotada para o repasse ; se convênio ou contrato ; a única maneira de o Sebrae assegurar-se de que os recursos repassados fora efetivamente aplicados no objeto pactuado é, em se tratando de patrocínio, exigir a documentação necessária e suficiente para tanto.**

5.10. Com relação a esta questão, destacamos trecho do relatório proferido no Acórdão 308/2008 - Primeira Câmara, que **Embora as entidades do Sistema S não pertençam ao Poder Público, devem elas respeitar os princípios da Administração Pública - entre os quais se inserem os princípios da finalidade e da moralidade administrativa -, principalmente pelo fato de arrecadarem e utilizarem recursos públicos, sob a forma de contribuições sociais, que têm natureza de tributos (Decisão 907/1997-Plenário).**¹⁵

Extrai-se da jurisprudência do TCU que, na verdade, a prestação de contas é de natureza obrigatória, sendo certo, portanto, que a entidade patrocinadora deve impor que o patrocinado apresente todos os documentos que comprovem a forma e a regularidade da aplicação dos recursos transferidos, sendo recomendável, ainda, que esta obrigação conste do contrato de patrocínio firmado.

¹⁵ Grifo Nosso.

19.4 A IMPORTÂNCIA DA ELABORAÇÃO DE NORMATIVOS INTERNOS PELAS ENTIDADES

Diante da gama de exigências impostas pelo TCU, torna-se imprescindível a existência de normativo interno que discipline a concessão de auxílios financeiros, devendo ser estabelecido tratamento jurídico distinto entre a concessão de patrocínio e as demais destinações de recursos financeiros a terceiros (transferências) a título de apoio.

Neste sentido, cabe realçar que Controladoria Geral da União, já expediu recomendação às entidades integrantes do Sistema “S” para que sejam elaboradas Instruções normativas disciplinando a concessão de patrocínios ou, na existência dela, que sejam ajustadas com base na jurisprudência do TCU e nos princípios constitucionais, devendo constar da norma, especialmente, as vedações e as obrigações quanto à formalização do termo e à prestação de contas.

O cumprimento de tais recomendações, vale dizer, não somente proporcionará segurança jurídica para as concessões de patrocínio, como, também, evitará a exposição das entidades à fiscalização pelos órgãos de controle externo.

19.5 CONCLUSÕES

Após enfrentarmos todas as questões, chegamos às seguintes conclusões com relação à concessão de patrocínio pelo SESI/SENAI:

1. Hoje há poucos estudos sobre o tema, justificando a necessidade de fortalecer e de ampliar o seu conhecimento.
2. O patrocínio revela-se como uma viável e potencial ferramenta de divulgação do nome/marca da instituição patrocinadora.
3. Enquadra-se na hipótese de inexigibilidade de licitação, em face da ausência de pressupostos que autorizariam a instauração do processo licitatório.
4. Faz-se necessário observar um procedimento formal, adotando uma metodologia de análise das propostas de patrocínio, com base em critérios claros e objetivos para a seleção das ações de marketing mercadológico.

5. É de natureza obrigatória a prestação de contas pelo patrocinado por meio da apresentação de documentos que comprovem a regular aplicação dos recursos públicos transferidos.

6. Torna-se imprescindível a elaboração de Instruções Normativas, no sentido de estabelecer critérios para o julgamento das solicitações de apoio financeiro que chegam as entidades, trazendo segurança jurídica para as contratações e, ainda, proteção quanto à eventual fiscalização pelos órgãos de controle externo (CGU e TCU).

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



**20 – O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E
SUAS INGERÊNCIAS NO ÂMBITO DA AUDITORIA,
DA FISCALIZAÇÃO E DA INSPEÇÃO DO TRABALHO,
EM FACE DAS ENTIDADES DO SISTEMA INDÚSTRIA.
LIMITES DE SUAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIA.
OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA**

WANDERLEY MARCELINO

DEPARTAMENTO REGIONAL DO RIO GRANDE DO SUL

20.1 INTRODUÇÃO

Lamentavelmente tem-se constatado, embora isso não seja recorrente, uma atitude reprovável de alguns agentes do Ministério Público do Trabalho que, a pretexto do exercício de suas atribuições e competência, passam a fazer exigências descabidas, desarrazoadas e ilegais, com caráter intimidatório às Entidades do Sistema Indústria (CNI, FEDERAÇÕES, SESI, SENAI E IEL), provocando sérios dissabores, desconfortos e transtornos de toda ordem em suas atividades administrativas e finalísticas, a par dos prejuízos financeiros consequentes.

20.2 POR QUE ELES INSISTEM COM A ASSINATURA DE TAC?

Tais agentes abrem, sponte sua, algum procedimento administrativo a partir de suposições não reveladas, ou por algum outro capricho, não raramente baseado em teratológica 'denúncia' anônima, e passam a exigir das entidades do Sistema a assinatura de um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, na premissa, então, de que a assinatura desse instrumento determinaria à Entidade signatária um compromisso de ajustar sua conduta, por certo, na ótica daquele agente, reprovável, sob pena de pesadas multas, in perpetuum.

Como resulta da escorreita doutrina e da legislação, o Compromisso de ajustamento de conduta, também conhecido como Termo de Ajustamento de Conduta – TAC é um título executivo extrajudicial, através do qual o órgão público legitimado toma do suposto **causador do dano** o compromisso de adequar sua conduta às exigências da lei. Trata-se de um ato administrativo negocial, embora somente o causador do dano se comprometa (compromitente ou compromissário), ao passo que o órgão público, que não é titular do direito transindividual, nada se compromete, salvo a de não propor processo judicial para pedir aquilo que já resultou reconhecido no título.

O Termo de Ajustamento de Conduta, de regra, prevê no próprio título cominações cabíveis, embora não necessariamente imposição de multa. Assim, como ensina Hugo Nigro Mazzilli, in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 25ª edição, p. 440:

Se o compromisso de ajustamento versar apenas a adequação da conduta do causador do dano às exigências legais, mas omitir multa cominatória, mesmo assim passa a ensejar execução por obrigação de fazer ou não fazer”.

À página 441, averba: “Segundo o Código de Processo Civil, na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida; entretanto, se o valor da multa já estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo, caso o entenda excessivo. (CPC, art. 645, caput, e parágrafo único).

Portanto, o TAC, pela sua natureza jurídica de ato administrativo negocial, não possui caráter de imperatividade ou de imposição compulsória. Aquele que deu causa ao dano pode muito bem aquilatar da conveniência e oportunidade de assinar ou não o compromisso de ajustamento de conduta, respondendo com as consequências de sua recusa, que poderá resultar numa ação civil pública, com todos os seus inconvenientes

20.3 A ENTIDADE DECLINA DA ASSINATURA DO TAC. E DAÍ?

Quando a Entidade, justificada e motivadamente, se recusa a assinar o TAC, esse mesmo agente, numa atitude que beira à retaliação, envia uma correspondência, rotulada de “requisição”, exigindo, com ameaças de cunho penal, a apresentação de uma série infindável de documentos, sem correlação com o pretendido TAC, com suposta aporia no artigo 8º da LC 75, vinculados à relação empregatícia e no âmbito da inspeção do trabalho, sem esclarecer a sua razão plausível, a par da invasão de competência de outro agente público.

São exigências que, se atendidas, acabam por causar sérios transtornos nas atividades-fim da Entidade, com o deslocamento de significativa mão-de-obra dessas atividades institucionais para a busca e reunião da documentação; dispêndios com cópias e outros inconvenientes que o indigitado procedimento administrativo dá causa, em ofensa, por certo, aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da economicidade, haja vista o prejuízo financeiro consequente.

20.4 AS ENTIDADES DO SISTEMA E O MPT

Convém enfatizar que as entidades que integram o Sistema indústria, (SESI, SENAI, IEL, CNI e federações de indústrias), visando ao aprimoramento de uma relação harmônica e de

alto respeito com as entidades públicas, procuram, de um modo geral, atender suas solicitações e requisições, destacadamente as do MPT e as da SRT, com o intuito de se buscar soluções efetivas relacionadas a questões porventura suscitadas no âmbito das relações laborais.

Nessa perspectiva, não raramente se propõem a celebração de algum documento, diferente do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, que possa ter caráter de compromisso bilateral, onde todos os atores possam oferecer suas contribuições visando à compreensão, o alcance e a efetividade de normas específicas de relações do trabalho, com escopo na harmonia e na paz social entre trabalhadores e empregadores, solucionando eventuais conflitos em seu nascedouro. Para tais procedimentos não se faz necessária a assinatura do TAC. Acordos judiciais têm sido celebrado com o MPT, num clima de perfeita harmonia, onde os interesses de regra são plenamente convergentes e as soluções propostas se concretizam com efetividade.

20.5 POR QUE OUTRAS EXIGÊNCIAS?

Agora, retornando à questão central, o que se verifica nos casos em que a Entidade declina da assinatura do TAC é uma atitude de quase retaliação do MPT. Embora isso não seja praxe, esse agente do MPT insiste na assinatura de TAC, a despeito das ponderações das Entidades, que não veem motivo para tanto, na medida em que não entendem serem causadoras de algum dano a exigir um ajustamento de conduta, a par do fato de que o TAC não é compulsório.

Em não obtendo êxito na assinatura do TAC, aquele agente investe numa outra e reprovável direção, numa atitude que caracteriza um ato de quase represália, passando a exigir uma série de documentos da Entidade, em listagem infundável, a pretexto de que tal documentação visa instruir processo administrativo, invocando, de forma equivocada, o disposto no **artigo 8º da LC 75/93**, cujo dispositivo será a seguir posto em destaque e que não possui o alcance que o mesmo tenta emprestar. Para conferir à “requisição” um caráter de quase compulsoriedade, fazem referência ao artigo 330 do CP, que trata do crime de desobediência, visando amedrontar o representante da Entidade para que ceda às suas ilegais exigências.

Esse agente do MPT pretende, com essa estapafúrdia exigência, por seu caráter oneroso e desgastante, seguida de ameaça de sanção penal por eventual descumprimento, impor uma transversa compulsoriedade à sua ilegal pretensão para coagir o representante da Entidade a assinar o TAC. Os menos avisados e frente a esse estado de intimidação podem até entender

ser mais conveniente assinar o termo, com todas as suas sanções e consequências futuras e imprevisíveis, do que se submeter àquelas absurdas, onerosas e ameaçadoras exigências.

A leitura isolada do supradito artigo 8º e seu inciso IV parece assegurar legitimidade ao MPT para tais exigências, embora sua interpretação sistemática a descaracteriza totalmente. Referidos dispositivos, portanto, estão assim redigidos:

*Art. 8º Para o exercício de suas **atribuições**, o Ministério Público da União poderá, **nos procedimentos de sua competência**:*

I - [...]

*IV - **requisitar informações e documentos a entidades privadas**;*

Os destaques apostos nos textos revelam que o Ministério Público estará legitimado a uma série de procedimentos quando no exercício de suas “**atribuições**” e naqueles que sejam de sua “**competência**”.

Atribuições e competência constituem pressupostos inafastáveis para que o Ministério Público possa legal e legitimamente atuar e fazer as exigências e requisições de que tratam os incisos do artigo 8º, antes referido e em parte transcrito.

Ora, como dito, quando o MPT não se sente confortável pela negativa na assinatura do TAC ele, então, invocando de forma isolada o artigo 8º, da referida LC, formula uma série de exigências, no âmbito das relações do trabalho, numa atitude que tem, isso sim, conotação causificante, coativa e intimidatória. Por certo, trata-se de uma exigência com a intenção de onerar sobremaneira a Entidade, e, sobretudo, provocar o desconforto e a intimidação consequente, com vistas a cooptá-la na assinatura do TAC.

Numa análise perfunctória poder-se-ia até pensar que seria melhor assinar o TAC do que ter que se submeter a tais exigências tão extravagantes e onerosas, que outro caráter não possui senão o de castigar a entidade pela sua legítima recusa.

20.6 DA LEGITIMAÇÃO E COMPETÊNCIA DO MPT.

Essas exigências, que, como já referido, objetivam intimidar a Entidade pela negativa da assinatura do TAC, indiscutivelmente extrapolam aos limites da legitimação, das atribuições e da competência do MPT.

A indagação que se faz prefacialmente é: ao MPT compete fazer inspeções no âmbito das relações do trabalho? Ao assim fazer, não estaria invadindo a competência privativa de outro órgão estatal?

Deve-se dar todo o relevo necessário que esses agentes, em tais requisições odiosas, agem como se auditores-fiscais do trabalho fossem, porquanto, de regra, toda a vasta documentação que “requisitam” pertence ao âmbito absoluto das relações do trabalho. A mesma documentação que exigem para análise é, na essência, exatamente aquela que é exigida e analisada pelos Auditores-Fiscais do Trabalho no exercício legítimo de suas atribuições.

Os agentes do MPT se recusam a apreender que é a Superintendência Regional do Trabalho, através de seus Auditores-Fiscais, o órgão legitimado para exercer essa fiscalização, a teor do que dispõem os artigos 626 a 638 da CLT. O artigo 626 da CLT é claro a respeito:

Art. 626 - Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, ou àquelas que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho.

Ninguém desconhece, muito menos os agentes do MPT, que a inspeção, fiscalização e demais atos inerentes a tais atividades, são da competência privativa dos Auditores-Fiscais do Trabalho, não só por força do reproduzido artigo 626 como, sobretudo, pela força imperativa da Lei nº 10.593/2002, que arrola as atividades privativas do Auditor-Fiscal do Trabalho.

Convém desde logo assentar, nesse contexto, que as pretensões, exigências e atuações do MPT constituem invasão ilegal à área de atribuições privativas do Auditor-Fiscal do Trabalho, em ofensa à legislação de regência, a saber, a já referida Lei nº 10.593/2002.

Como ressalta o artigo 11 e seu parágrafo único, da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, são atribuições privativas dos Auditores-Fiscais do Trabalho fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares no âmbito das relações do trabalho. Diz o artigo 11:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização. (BRASIL, 2002).

A norma posta em relevo foi regulamentada pelo Decreto nº 4.552, de 27 de dezembro de 2002, que instituiu o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Chama a atenção que o Sistema Federal de Inspeção do Trabalho não contempla o Ministério Público do Trabalho, mas, unicamente, o Ministério do Trabalho e Emprego, à luz do que dispõe o artigo 1º do Regulamento.

Na composição do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho se encontram as autoridades de direção nacional, regional ou local, indicadas em leis, regulamentos e demais atos atinentes à estrutura administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego; os Auditores-Fiscais do Trabalho e os Agentes de Higiene e Segurança do Trabalho.

Verifica-se nesse elenco de atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho que não sobra qualquer espaço para os Agentes do Ministério Público do Trabalho atuarem nesse âmbito, destacadamente pelo fato de que tais atribuições são privativas daqueles Auditores, e não concorrentes com quaisquer outros organismos estatais. Só o Ministério Público do Trabalho é que não apreendeu bem o sentido da norma posta em destaque.

A atuação do MPT nesse campo reservado ao Sistema Federal de Inspeção do Trabalho caracteriza inegável infração à **legislação de regência, traduzida, basicamente, na Lei nº 10.593/2002, no Decreto nº 4.552/2002 e na Convenção 81 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29 de maio de 1956.**

Significa dizer que o MPT não poderá invadir a área de atribuições privativas do Auditor-Fiscal do Trabalho, sob pena da prática de ato inegavelmente ilegal, em manifesta ofensa ao princípio da legalidade, inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, a par da ofensa à legislação de regência do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho, desafiando, inclusive, a impetração de mandado de segurança.

As supostas requisições do MPT, ainda que ilegais, deixam a Entidade numa situação de extrema vulnerabilidade perante o Órgão, na medida em que, ao sabor de suas vicissitudes e humor poderá, a qualquer tempo, fazer desarrazoadas exigências, causando, assim, transtornos de toda ordem e prejuízos à instituição, visando pressioná-la para que ceda às suas pretensões indevidas.

Como referido, para tais postulações, que a rotulam de “requisição”, esses agentes invocam o disposto no artigo 8º da LC 75/93 e remetem, expressamente, ao artigo 330 do CP, que trata do crime de desobediência, visando intimidar o representante da Entidade para que ceda às suas vicissitudes e idiosincrasias.

Ora, como é sabido, a Entidade não está obrigada a atender a essas determinações ou exigências, nessa fase preambular, posto refugirem à legitimação do Ministério Público do Trabalho, em face do que o não atendimento não constitui crime, já que o fato-tipo do artigo 330 do Código Penal pressupõe a desobediência de ordem inegavelmente legal de funcionário público, o que não é o caso.

Tais “requisições”, de regra, quando emitidas pelo MPT dizem respeito às relações de trabalho, o que, portanto, refoguem à sua competência, e fora do âmbito de suas atribuições, por imperativo da norma legal posta em destaque, ou seja, a Lei 10.593/2002.

De acordo com o artigo 330 do Código Penal, “**Ordem legal:** é indispensável que o comando ... seja legal, isto é, previsto em lei, formal (ex.: emitido por autoridade competente) ... **Não se trata de ordem dada para satisfazer uma vontade qualquer do superior, fruto de capricho ou prepotência ...**” (NUCCI, Guilherme de Souza, in Código Penal Comentado, 11ª edição, pp. 1188-9).

Não se desconhece o relevante papel que o Ministério Público do Trabalho exerce na defesa dos interesses coletivos e transindividuais em geral quando os direitos sociais constitucionalmente garantidos são desrespeitados.

Uma série de atribuições é conferida ao MPT que, certamente, tende a contribuir para que haja efetividade no cumprimento da legislação social e protetiva do trabalho. Por certo, também, que suas atuações nesse campo objetivam promover a harmonia nas relações de trabalho, de maneira a privilegiar a paz social, e jamais conturbá-la. Não há sequer de se presumir que o Agente estaria a semear a discórdia e a promover o conflito no campo das relações laborais, cujo resultado perverso repercutirá, inegavelmente, naquele que se encontra numa posição de maior vulnerabilidade, a saber, o trabalhador.

Não se discute, portanto, o relevante papel social que o MPT desempenha, e as Entidades são as primeiras a aplaudir sua atuação. Diga-se, de passagem, o MPT tem sido parceiro com as Entidades do Sistema Indústria em outros empreendimentos sociais, como o da inclusão social, em parceria com o Sistema FIERGS, cuja estruturação junto ao SESI-RS contou com o apoio do Ministério Público do Trabalho do Estado, e que hoje, com a parceria do SENAI-RS, mantém programa educacional visando à formação e à qualificação profissional de pessoas portadoras de deficiência, preparando-as para o exercício de suas atividades junto às indústrias gaúchas. Trata-se, efetivamente, de um dos programas de inclusão social mais relevantes e eficazes de que se tem notícia. Isso só se tornou viável com a participação, orientação e compreensão do Ministério Público do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul.

Não obstante, quando as Entidades do Sistema se negam à assinatura de TAC, que o fazem porque entendem que não estão dando causa a qualquer irregularidade ou dano que justifique algum tipo de adequação de sua conduta às exigências da lei, aflora junto a alguns agentes do MPT uma conduta atípica de intimidação e coação, como se feridos na sua imagem e vicissitudes e ofendidos na sua dignidade. Ora, não há por que ter que assinar um TAC tão-somente para se obrigar a cumprir o que vem cumprindo, e se submeter, através de um ato administrativo, a pesadas multas, quando a legislação de regência por si só já impõe sanções pecuniárias e administrativas àqueles que a infringirem.

Causa estranheza, isso sim, é o redirecionamento que o MPT dá à questão, quando a Entidade, no exercício de suas prerrogativas, se recusa à assinatura do TAC, não raro oferecendo, com o respeito que o Órgão merece, as razões pelas quais declina. O agente do Ministério Público do Trabalho, então, entende de requisitar à Entidade que se negou a assinar o TAC uma série imensa de documentos, da área de relações do trabalho, a pretexto de instruir outro procedimento administrativo, a exemplo do inquérito civil público, com vistas, se for o caso, ao ajuizamento de ação civil pública.

Reiteramos, no entanto, que não deixaremos de atender às determinações do Ministério Público do Trabalho, desde que no exercício de suas atribuições e nos procedimentos de sua competência, segundo a legislação em vigor.

20.7 O LIMITE DAS ATRIBUIÇÕES DO MPT. ATÉ QUE PONTO SE ACHA LEGITIMADO A REQUISITAR DOCUMENTOS.

Ninguém deve desconhecer que o Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e que a ele a Constituição Federal incumbiu de relevantes prerrogativas como a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. A doutrina e jurisprudência consagraram a orientação de que a ação civil pública abarca, também, quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos, coletivos ou mesmo individuais homogêneos. De fato, dentre outras atribuições, diz o artigo 129, III, da Constituição Federal:

São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Não significa dizer que o Ministério Público possa exercer atribuições absolutas, arbitrárias, sem qualquer critério. Não, na forma do artigo 128, § 5º, da Constituição Federal, leis complementares da União e dos Estados estabelecerão a organização, **as atribuições** e o estatuto de cada Ministério Público. Essas leis complementares deverão observar garantias e vedações inscritas nos incisos I e II do aludido § 5º. Significa dizer, não obstante, que, dentre outros, as atribuições do Ministério Público serão estabelecidas em lei complementar.

Embora o inciso VI do artigo 129 da CF outorgue ao Ministério Público poderes para expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, o MP está adstrito à reserva da LC para conferir tais atribuições. Primeiro, tais notificações e requisições se limitam ao âmbito de sua competência e no exercício de suas atribuições.

São variáveis significativas com vistas a se ter a dimensão da efetividade jurídica de certas atuações do Ministério Público, especialmente a do Ministério Público do Trabalho.

Atendendo, assim, ao comando do § 5º do artigo 128 da Constituição Federal foi editada a Lei Complementar 75/93, dispondo sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. De acordo com o artigo 8º da Lei Complementar 75/93, o Ministério Público da União poderá, isso sim, nos procedimentos de **sua competência e no âmbito de suas atribuições**, requisitar informações e documentos a entidades privadas, devendo, não obstante, respeitar as atribuições privativas dos Auditores-Fiscais do Trabalho. Contudo, toda e qualquer requisição e outras exigências devem ser exercidas pelo MPT, como dito, no âmbito de suas atribuições e competências, como informa o referido artigo 8º da LC 75/93, *caput*.

Qual é o âmbito de atribuições do MPT? Onde poderá formular suas exigências e requisitar documentos?

A resposta a essas indagações resultam claríssimas mediante uma simples interpretação sistemática de dispositivos da lei de regência, que se traduz por uma singela conjugação do disposto no artigo 8º com a norma inscrita no artigo 83, da mesma LC, que trata da competência do MPT e de suas atribuições. Para essa conjugação convém cotejar ambos os dispositivos, para demonstrar, a toda evidência, onde o MPT exerce suas atribuições.

Diz o artigo 8º, *caput*:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - [...]

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

O artigo 83, *caput*, por sua vez, define onde o MPT exerce as suas atribuições:

“Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”.

Assim, para o exercício legítimo das suas atribuições, as exigências e procedimentos dos incisos do artigo 8º terão que estar immanentemente vinculados ao disposto no artigo 83. Nessa conjugação resulta claro e inequívoco que o rol de procedimentos, exigências e requisições inscrito nos incisos do artigo 8º se destinam ao MP para o exercício de suas atribuições, ao

passo que no artigo 83 se encontra definido o âmbito onde tais atribuições são exercidas, a saber, **junto aos órgãos da Justiça do Trabalho.**

Concordemente, em havendo o ajuizamento da ação civil pública o Ministério Público do Trabalho estará plenamente legitimado a formular as requisições de que trata o artigo 8º da LC 75, ainda que nessa esfera se possa questionar a sua competência em face do que dispõe o artigo 11 da Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, adrede transcrito.

Embora a escassez da jurisprudência a respeito, colaciona-se dois arestos, nos quais resulta a assertiva jurisprudencial de que a legitimidade *ad causam* do órgão esta vinculada à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o parquet especializado nas ações judiciais que tenham trâmites na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL Nº 240.343 - SP (1999/0108346-0)

RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

RECORRENTE: MENDES JUNIOR ENGENHARIA S/A

ADVOGADO: PEDRO IVAN DO PRADO REZENDE

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE.

1. A proteção ao meio ambiente do trabalho insere-se nos chamados direitos difusos. Assim, tem o Ministério Público legitimidade ativa para propor ações coletivas visando a defesa de tais direitos.

2. A Lei Complementar n. 75/93, no seu art. 83, III, conferiu ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Dessa forma, vinculou a legitimidade *ad causam* de tal órgão à competência do órgão julgador, ou seja, só atua o parquet especializado nas ações judiciais que tenham trâmite na Justiça do Trabalho.

•

TST-RR-742427/2001.9

RECURSO DE REVISTA. CEPISA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO. TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADOS. Nos termos do art. 8º, III da CF/88 e do art. 5º da Lei nº 7.347/85, o sindicato é parte legítima para propor Ação Civil Pública, quando se trata de interesses difusos, coletivos e, na espécie, individuais homogêneos,

por aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas, em seu art. 82, destacando-se que a LC nº 75/93 apenas cuida das atribuições do Ministério Público do Trabalho, perante a Justiça do Trabalho, dentre elas a propositura de Ação Civil Pública, e segundo os limites de competência daquele órgão, não tendo o condão de monopolizar tal competência ao “*parquet*”. **Revista que se nega provimento.**

20.8 CONCLUSÃO

Corresponde a isso que o MPT somente estará legitimado a fazer as exigências do artigo 8º da supradita LC no âmbito de suas atribuições e competência, ou seja, nos autos da ação civil pública, por força do que dispõe o artigo 83 da aludida LC, ou quando atua perante a Justiça do Trabalho.

Significa dizer que no exercício de suas atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho o MPT poderá promover a ação civil pública, dentre outras, e ali, respeitadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, fazer as postulações que entender oportunas e convenientes, incluindo as exigências arroladas no artigo 8º. O demandado poderá, não obstante, questionar a competência do MPT relativamente às matérias de natureza trabalhista.

Não poderá, na esfera administrativa, ainda que para instruir eventuais procedimentos administrativos, fazer requisições que implique fornecimento de infundáveis cópias de documentos afetos à relação de trabalho, porquanto atribuições privativas dos Auditores-Fiscais do Trabalho.

Abstraídas as questões jurídicas postas em destaque, relativamente à competência e às atribuições do MPT, o SESI e as demais entidades do Sistema Indústria reiteram que estarão afeitas à celebração de algum Termo de Conveniência, ou acordos correlatos, e não Termo de Ajustamento de Conduta, visando enfatizar o cumprimento das normas que dizem respeito às relações de trabalho, sem a imposição de qualquer sanção ou que constitua obrigações de fazer, de maneira que tal documento possa vir a se constituir numa norma de caráter programático que tenha como substrato a mútua cooperação desses agentes visando ao aperfeiçoamento das relações entre trabalhadores e empregadores, privilegiando sobremaneira a paz e a harmonia entre esses atores sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO Nº 4.552, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2002**. Aprova o Regulamento da Inspeção do Trabalho. Brasília, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4552.htm>. Acesso em: 3 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. Rev. e atual. [S.l.]: Malheiros Editores, 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. [S.l.]: Malheiros Editores, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitujcional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

**SISTEMA INDÚSTRIA
DIRETORIA JURÍDICA – DJ**

Helio Rocha
Diretor Jurídico

Cassio Borges
Gerente Executivo Jurídico

Sylvia Lorena Teixeira de Sousa
Gerente Executiva de Operações Jurídicas

Comissão Organizadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Fabiola Pasini
Marcos Abreu
Priscila Camargo
Sidney Ferreira Batalha (Coordenador)
Sylvia Lorena Teixeira de Sousa

Comissão Julgadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Cassio Borges
Helio Rocha
José dos Santos Carvalho Filho
Leonardo Greco
Sérgio Moreira

Elaboração

Alexandre Cesar Coutinho Conrado Dantas
Aline dos Santos Latrofe
André Luiz de Carvalho Cordeiro
Andrea de Mesquita Gosling
Carlos José Kurtz
Cheryl Berno
Christianne Oliveira Collyer
Daniel Horácio de Araújo
Diogo de Souza e Mello
Giuliano Pereira Silva
Gustavo Fidalgo e Vicente
Jean Alves Pereira Almeida
João Amaral Silva
Karina de Pinho Moreira de Lélis
Leandro Gayer Gubert
Letícia de Oliveira Lourenço
Lívia de Almeida Souza
Luana Barroso de Albuquerque
Otônia Esther Meneses de Otôni Espindola
Raquel Dias Magalhães
Régis de Godoy-Rocha
Tácio Cheab Ribeiro
Telma da Consolação Alves Mahfuz
Thiago Pedrosa Figueiredo
Victor Tainah Fernandes Dietzold
Wanderley Marcelino

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO – DIRCOM

Carlos Alberto Barreiros
Diretor de Comunicação

Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda - GEXPP

Carla Cristine Gonçalves de Souza
Gerente Executiva

Walner Pessoa
Produção Editorial

Eduardo Pessoa
Elaboração de Capa

**DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS — DSC
Área de Administração, Documentação e Informação – ADINF**

Marcos Tadeu
Gerente-Executivo

Gerência de Documentação e Informação – GEDIN

Fabiola de Luca Coimbra Bomtempo
Gerente de Documentação e Informação

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*