

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

Rafael Lucchesi
Diretor de Educação e Tecnologia

Carlos Abijaodi
Diretor de Desenvolvimento Industrial

José Augusto Fernandes
Diretor de Políticas e Estratégia

Mônica Messenberg
Diretora de Relações Institucionais

Carlos Alberto Pires
Diretor CNI SP

Fernando Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Helio Rocha
Diretor Jurídico

Carlos Barreiros
Diretor de Comunicação

SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA - SESI

João Henrique de Almeida Souza
Presidente do Conselho Nacional

SESI - Departamento Nacional

Robson Braga de Andrade
Diretor

Rafael Lucchesi
Diretor Superintendente

Paulo Mol
Diretor de Operações

SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM INDUSTRIAL - SENAI

Robson Braga de Andrade
Presidente do Conselho Nacional

SENAI - Departamento Nacional

Rafael Lucchesi
Diretor Geral

Sérgio Moreira
Diretor Adjunto

Gustavo Leal
Diretor de Operações

INSTITUTO EUVALDO LODI - IEL

Robson Braga de Andrade
Presidente do Conselho Superior

IEL - Núcleo Central

Paulo Afonso Ferreira
Diretor Geral

Gianna Sagazio
Superintendente



*Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria*

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**Brasília
2018**

© 2018. CNI - Confederação Nacional da Indústria
© 2018. SESI - Serviço Social da Indústria
© 2018. SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
© 2018. IEL - Instituto Euvaldo Lodi

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

Diretoria Jurídica - DJ

FICHA CATALOGRÁFICA

C748p

Confederação Nacional da Indústria.

Prêmio ENASI de trabalho jurídico : 16º encontro nacional dos advogados do sistema indústria / Confederação Nacional da Indústria, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Serviço Social da Indústria. - Brasília : CNI, 2018.
235 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	15
1 – EMPREGO DESDOBRADO – UMA FORMA DE OTIMIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO EMPREGADO	17
1.1 INTRODUÇÃO	19
1.2 EMPREGO DESDOBRADO	19
1.2.1 CONCEITO	19
1.2.2 CARACTERÍSTICAS	21
1.2.3 ANÁLISE DE CASOS EXEMPLIFICATIVOS	22
1.2.4 INTERESSE PARA A INDÚSTRIA	25
1.3 CONCLUSÃO	26
1.4 BIBLIOGRAFIA	27
2 – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC	29
2.1 INTRODUÇÃO	31
2.2 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC	32
2.2.1 CONCEITO	32
2.2.2 HISTÓRICO	33
2.2.3 OBJETO	33
2.2.4 LEGITIMADOS	34
2.2.5 PECULIARIDADES	34
2.2.6 NATUREZA JURÍDICA	35
2.3 POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TAC APÓS O ADVENTO DA LEI 13.467/2017	36
2.4 ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DA REVISÃO A PARTIR DE CASOS EXEMPLIFICATIVOS	39
2.5 CONCLUSÃO	41
2.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

3 – O SISTEMA INDÚSTRIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	45
3.1 INTRODUÇÃO	47
3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA	49
3.3 AS ENTIDADES E SUAS ATIVIDADES	52
3.4 CONCLUSÃO	59
3.5 BIBLIOGRAFIA	59
4 – O SISTEMA S, O PODER JUDICIÁRIO E A CONSTITUIÇÃO	61
4.1 INTRODUÇÃO	63
4.2 O SISTEMA S E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	64
4.3 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	68
4.4 A ATUAÇÃO DO STF NA DEFINIÇÃO DE QUE A LEI GERAL DE LICITAÇÕES NÃO SE APLICA AOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO REALIZADOS PELO SISTEMA S (MS 33442)	70
4.5 A ATUAÇÃO DO STF NA DEFINIÇÃO DE QUE AS ENTIDADES DO SISTEMA S NÃO ESTÃO SUBMETIDAS A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO (RE789874)	74
4.6 CONCLUSÃO	76
4.7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77
5 – CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE DIREITO: O DIREITO DE NÃO PAGAR O PATO	81
5.1 INTRODUÇÃO	83
5.2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL	85
5.3 O ESTADO E O PODER DE TRIBUTAR	87
5.3.1 DA DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA	88
5.3.2 DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS	89
5.4 O CONTRIBUINTE DE FATO E O CONTRIBUINTE DE DIREITO	91
5.4.1 DA PROTEÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA QUE NÃO PASSE POR PATO	92

5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	95
5.6 BIBLIOGRAFIA	96
6 – IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA INDÚSTRIA: UMA ABORDAGEM ESTRATÉGICA DE ATUAÇÃO	99
6.1 INTRODUÇÃO	101
6.2 TECNOLOGIA, DADOS PESSOAIS E PRIVACIDADE	102
6.3 MAPEAMENTO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DADOS	106
6.4 ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO	110
6.5 CONCLUSÃO	112
6.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	113
7 – EDUCAÇÃO INCLUSIVA – OS DESAFIOS DO SESI E DOS SENAI NO ATENDIMENTO A ALUNOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA	115
7.1 INTRODUÇÃO	117
7.2 REFERÊNCIA LEGAL	118
7.2.1 DO DIREITO À EDUCAÇÃO E AO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO	118
7.2.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	121
7.3 A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.357/2015	124
7.4 DAS ESTRATÉGIAS ADOTADAS PELO SESI E PELO SENAI	127
7.5 CONCLUSÃO	132
7.6 REFERÊNCIAS	133
8 – SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL	137
8.1 INTRODUÇÃO	139
8.2 CONCEITO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	139
8.3 INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL	141
8.3.1 PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS)	142
8.3.2 CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)	142

8.3.3 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL (CPP)	143
8.4 ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL QUANTO A IMUNIDADE A SER DISPENSADA AO SISTEMA “S”	144
8.5 DA AMPLA ISENÇÃO FISCAL	145
8.6 DA IMUNIDADE CONSTITUCIONAL ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS	146
8.7 JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL – SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS	149
8.7.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	150
8.7.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)	150
8.7.3 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL	151
8.8 CONCLUSÃO	153
8.9 BIBLIOGRAFIA	154
9 – ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL PARA APLICAÇÃO DE FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS	157
9.1 INTRODUÇÃO	159
9.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO	159
9.3 A REFORMA TRABALHISTA, LEI 13.467/2017	160
9.3.1 INCENTIVO À REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE	161
9.3.2 TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE X TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE	162
9.3.3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS	163
9.4 FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS	165
9.4.1 HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL	165
9.4.2 ARBITRAGEM	166
9.4.3 MEDIAÇÃO	167
9.5 CONCLUSÃO	168
9.6 BIBLIOGRAFIA	169

10 – DOS REFLEXOS DO ACÓRDÃO Nº. 699/2016 DO TCU SOBRE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DE BENESSES TRIBUTÁRIAS ÀS ENTIDADES DO “SISTEMA S”	171
10.1 INTRODUÇÃO	173
10.2 DO CONTROLE EXTERNO DESTINADO ÀS ENTIDADES DO “SISTEMA S”	174
10.2.1 DAS EXIGÊNCIAS PECULIARES AO SISTEMA S	174
10.2.2 DAS DETERMINAÇÕES CONSTANTES DO ACÓRDÃO Nº 699/2016 DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	176
10.3 O TRATAMENTO DAS BENESSES TRIBUTÁRIAS DESTINADAS DO “SISTEMA S” EM FACE DO RIGOR DO CONTROLE EXTERNO	180
10.3.1 DA VIVAZ PREVISÃO LEGAL DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI Nº 2.613/55	180
10.3.2 DOS REFLEXOS NAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENESSES TRIBUTÁRIAS	183
10.4 CONCLUSÃO	186
10.5 BIBLIOGRAFIA	187
11 – INDÚSTRIA 4.0 – AS STARTUPS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EVOLUÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS NO SISTEMA S INDÚSTRIA	191
11.1 INTRODUÇÃO	193
11.2 REFERENCIAL TEÓRICO	193
11.2.1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DO PROCESSO PRODUTIVO INDUSTRIAL ATÉ O SURGIMENTO DAS STARTUPS	193
11.2.2 CONCEITUAÇÃO DAS STARTUPS	195
11.2.3 CONCEITUAÇÃO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE	197
11.2.4 O PAPEL DAS STARTUPS NA EVOLUÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PELO SISTEMA S INDÚSTRIA	199
11.3 CONCLUSÃO	202
11.4 REFERÊNCIAS	203
12 – O PACTO FEDERATIVO E OS INCENTIVOS FISCAIS	205
12.1 O PACTO FEDERATIVO E OS INCENTIVOS FISCAIS	207

13 – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL – O STF PACIFICOU A CONTROVÉRSIA?	217
13.1 INTRODUÇÃO	219
13.2 CONTRIBUIÇÕES PARA SINDICATOS	220
13.2.1 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL	220
13.2.2 CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL	220
13.2.3 CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA	221
13.2.4 CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA	221
13.3 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FACULTATIVA	221
13.3.1 A DECISÃO DO STF NA ADI Nº 5794	221
13.4 O IMPASSE NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS	223
13.4.1 HOMOLOGAÇÃO DAS DEMISSÕES NOS SINDICATOS	224
13.4.2 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA POR DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA	224
13.4.3 CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PARA NÃO SINDICALIZADOS E OS LIMITES SUBJETIVOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	225
13.4.4 AFINAL, O NEGOCIADO PREVALECE SOBRE O LEGISLADO? QUAIS OS RISCOS?	227
13.5 A IMPORTÂNCIA DE AMPLIARMOS O DEBATE PARA UM NOVO HORIZONTE	229
13.5.1 A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESPESAS COM AÇÕES TRABALHISTAS PARA O EMPRESÁRIO, À LUZ DA DECISÃO DO STF NA ADI Nº 2237 QUE TRATOU DA EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL DO TERMO DE CONCILIAÇÃO, E QUE TAMBÉM PODE SER ATRATIVO PARA OS SINDICATOS ANTE A POSSIBILIDADE DE GERAR RECEITA PELO SERVIÇO PRESTADO	229
13.6 CONCLUSÃO	231
13.7 BIBLIOGRAFIA	232

APRESENTAÇÃO

É com grande orgulho e satisfação que apresento a publicação das teses inscritas para o **Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico 2018 - 30 anos da Constituição Federal**. E tenho este sentimento porque o Prêmio, instituído em 2007 pelas entidades do Sistema Indústria, alcança a sua sétima edição.

Essa é uma edição com sabor especial, pois o Prêmio ENASI 2018 homenageia os 30 anos da Carta Magna, marco histórico que transformou o país, as Entidades para as quais trabalhamos e as nossas próprias vidas.

O Prêmio é a consagração desta rede jurídica que se consolida a cada ENASI, especialmente com a participação dos 14 advogados que subscrevem as 13 teses contidas nesta publicação.

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

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

Os trabalhos jurídicos selecionados pela Comissão Especial serão agora defendidos por seus autores perante o Plenário do **Encontro Nacional dos Advogados do Sistema Indústria – ENASI**, que este ano chega à 16ª edição, a ser realizado nos dias 7 e 8 de novembro de 2018, em Brasília/DF.

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

Helio Rocha

Diretor jurídico

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**1 – EMPREGO DESDOBRADO – UMA FORMA DE
OTIMIZAÇÃO DA MÃO DE OBRA DO EMPREGADO**

Ana Carolina da Silva Martins

Departamento Regional do Rio de Janeiro

1.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo lançar luz sobre uma modalidade de contratação recente, e que, com o advento da Reforma Trabalhista, em novembro de 2017, que propiciou uma maior autonomia e liberdade aos trabalhadores na entabulação dos contratos, tende a ser analisada sob uma perspectiva positiva pela jurisprudência nacional.

O trabalho desdobrado representa modalidade híbrida de contratação, na qual os empregados têm a sua mão de obra aproveitada ao máximo, tendo a oportunidade de prestar, ao mesmo empregador, atividades distintas, desenvolvendo novas habilidades.

Essa modalidade de labor ainda não possui previsão expressa na legislação, mas se afigura absolutamente lícita, desde que atendidos os requisitos elencados no presente artigo.

Também representa, como se verá, oportunidade de ganhos financeiros e de otimização de tempo, tanto para empregados quanto para empregadores.

Alguns casos que já foram objeto de análise pelo Tribunal Superior do Trabalho deixam clara a possibilidade de sua adoção pelos contratantes, na opinião da Corte Máxima da Justiça Especializada.

Ao longo deste trabalho serão apresentados, ademais, casos de interesse para a Indústria, que são apenas exemplificativos, mas que bem ilustram as inúmeras possibilidades de adoção dessa forma de pactuação.

Assim, este estudo não se pretende exaustivo, mas espera servir de norteador para os vanguardistas e estudiosos que estão à busca de novas modalidades de contratação, que causem um impacto positivo sob a ótica de empregados e empregadores, representando um verdadeiro cenário de “ganha ganha”.

1.2 EMPREGO DESDOBRADO

1.2.1 CONCEITO

O emprego desdobrado possui previsão doutrinária e jurisprudencial, mas não está conceituado expressamente em nenhuma legislação integrante do ordenamento jurídico nacional.

Segundo os doutrinadores, emprego desdobrado seria modalidade de trabalho na qual um mesmo obreiro presta serviços ao seu empregador em uma atividade distinta daquela para a qual foi contratado, em horário diferente do pactuado naquela primeira contratação.

Segundo José Serson e Anníbal Fernandes¹, “*duas são as condições para que se configure o emprego desdobrado: a) que o serviço não seja o mesmo que a pessoa presta, e continua prestando, em razão do contrato de trabalho original; b) que o serviço seja prestado fora das horas do expediente” (grifos nossos).*

As consequências práticas dessa modalidade de pactuação ainda criam cizânia jurisprudencial. Para uma corrente de entendimento, mais tradicional, deverá haver o pagamento, por parte do empregador, do período de trabalho superior na forma de horas extras, além da observância dos intervalos intra e interjornadas. Já para uma segunda corrente de entendimento, não há que se falar em pagamento de horas extras, mas tão somente da contraprestação pactuada no segundo contrato de trabalho.

Essa segunda corrente, além de se mostrar mais consentânea com as necessidades dos trabalhadores e dos empregadores, tem se mostrado majoritária na jurisprudência nacional, conforme restará demonstrado na presente pesquisa.

A ideia é que a mão de obra do trabalhador seja objeto de aproveitamento total pelo mesmo empregador, a partir da entabulação de dupla pactuação.

Desse modo, o empregador tem atendida a sua necessidade de trabalho de forma absolutamente maximizada, senão vejamos:

- não precisa pactuar outro contrato com um novo e desconhecido trabalhador;
- não necessitará custear mais um transporte (que, nas grandes cidades, costuma ser parcela dispendiosa);
- não arrisca ter que indenizar a título de horas extras;
- otimiza o aproveitamento da mão de obra do trabalhador;
- estimula o empregador a investir na especialização dos seus trabalhadores.

¹ SERSON, José; FERNANDES, Annibal. *Curso de rotinas trabalhistas*. 37. Ed. São Paulo: RT, 1997. P. 54.

Também o empregado possui vantagens nessa modalidade de contratação, quais sejam:

- despidendo pactuar contrato com outro empregador para complementar seu orçamento;
- não precisa custear mais um transporte de ida para o trabalho (pois como dito, nas grandes cidades, costuma ser parcela dispendiosa, e o empregado tem que arcar com a parcela que exceder a 6% do seu salário²);
- terá a oportunidade de mostrar todo o seu potencial para o empregador, através da exposição da sua atuação em diversas vertentes.

1.2.2 CARACTERÍSTICAS

Para que tal contratação reste configurada - e se mitigue a possibilidade de sua desconstituição em eventual reclamação trabalhista submetida à apreciação do Poder Judiciário – devem ser tomados alguns cuidados, conforme restará demonstrado a seguir.

Recomenda-se a celebração de contratos distintos, com direitos e obrigações diversos, ambos com anotação em CTPS, e originadores de recibos em separado.

Não deve haver vinculação entre os pagamentos adimplidos por ambos os contratos. Nessa esteira, perfeito o exemplo dado pelos doutrinadores José Serson e Anníbal Fernandes, ao afirmarem que se um engenheiro dá aulas de inglês na escola da empresa, ele irá auferir o valor da hora-aula de professor, e não o da hora de serviço como engenheiro.

Ressalta-se que, executado nesses moldes, não haverá pagamento de indenização por horas extras, tendo em vista que a jornada originada na novel pactuação não representa continuação da atividade originariamente contratada.

Ademais disso, muito embora haja previsão constitucional e legal de limitação da jornada de trabalho, na forma dos artigos 7º, XIII da CF e 58 da CLT, fica claro que esta se vincula a um único contrato de trabalho firmado, tendo em vista não haver previsão legal que exija a junção de vínculos para se alcançar a limitação horária, salvo para o menor de idade, conforme previsto no art. 414 da CLT³. Para os demais trabalhadores, entretanto, se não há vedação legal, há aí uma permissão – trata-se do princípio da legalidade (para o particular tudo o que não for proibido pela lei está, presuntivamente, permitido).

² Parágrafo único do Art. 4º da Lei 7.418/85

³ Art. 414/CLT - Quando o menor de 18 (dezoito) anos for empregado em mais de um estabelecimento, as horas de trabalho em cada um serão totalizadas.

Caso, todavia, a jornada na primeira atividade seja efetivamente estendida, ou na hipótese de a segunda atividade exceder do pactuado, obviamente terão que ser objeto de indenização da hora normal de cada trabalho acrescida dos clássicos 50% (ou de 100%, em se tratando de labor aos domingos e feriados). Nesse sentido, inclusive, já se manifestou a jurisprudência:

HORAS EXTRAS. CONFIGURAÇÃO EMPREGO DESDOBRADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Ocorre o emprego desdobrado quando o trabalhador, além das horas de expediente efetivo, exerce alguma outra atividade diferente daquela de sua profissão, em proveito do empregador. Assim, para a configuração desta figura, necessário que os serviços não sejam os mesmos que o trabalhador presta em razão do contrato de trabalho original e que sejam prestados fora das horas de expediente. O trabalhador que exerce atividades de serviços gerais no reclamado e que continua a prestar-lhe as mesmas funções, mas em outro ambiente, não perde a característica de empregado comum, exercendo labor extraordinário. Recurso Ordinário do reclamado não provido.

TRT/SP – 00978200600702009 – RO – Ac. 12ªT 20080903791 – Rel. DAVI FURTADO MEIRELLES – DOE 17/10/2008.

Portanto, não basta a mera alteração do local de trabalho, sendo imperiosa a nova pactuação, em atividades distintas, entre o mesmo trabalhador e empregador.

Deve o empregador, ademais, atentar para todas as obrigações trabalhistas decorrentes da atividade acessória, como, por exemplo a possibilidade de se arguir equiparação salarial e de se apontar doenças equiparadas a acidentes de trabalho oriundas dessa prestação juslaboral.

Também devem ser objeto de observância estrita todas as cláusulas de eventuais normas coletivas firmadas pelos representantes das categorias profissionais correspondentes (ex: reajustes salariais).

1.2.3 ANÁLISE DE CASOS EXEMPLIFICATIVOS

Um dos casos mais comentados na jurisprudência brasileira foi o do Grêmio Football Clube (Processo nº TST-RR-794-29.2012.5.04.0013), em que a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve decisão que condenou o clube a pagar horas extras a um roupeiro.

No caso analisado, o empregado era convocado para trabalhar à noite e aos finais de semana para exercer a mesma função que desempenha rotineiramente, qual seja a de roupeiro. Dessa feita, a conclusão dos julgadores foi no sentido de que ele estava prolongando sua jornada de

trabalho, pelo que deveria receber indenização pelo labor extraordinário, e não apenas cachê nos dias de jogos, conforme previsto em cláusula de norma coletiva.

A Turma considerou inválida a cláusula da convenção coletiva que permitia o chamado emprego desdobrado, porque restou evidenciado o objetivo de prolongar o serviço sem os direitos mínimos assegurados à sobrejornada.

A decisão ficou assim ementada:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO – REGIME DE “EMPREGO DESDOBRADO” PREVISTO EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO – CLUBE DE FUTEBOL – ROUPEIRO – DESEMPENHO DAS MESMAS ATIVIDADES DURANTE A JORNADA REGULAR E NO PERÍODO DITO DESDOBRADO – AJUSTE COLETIVO INVÁLIDO – – DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS MÍNIMOS ATINENTES À REMUNERAÇÃO DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA E NOTURNA.

E pelo exposto na íntegra do Acórdão, ficou evidenciada a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de admitir essa modalidade de labor, desde que as atividades não sejam as mesmas que a pessoa presta em razão do contrato de trabalho original, e que o serviço seja prestado fora das horas do expediente normal. Ausentes tais requisitos, afasta-se a figura do trabalho desdobrado e o pagamento de horas extras será devido.

O entendimento mais hodierno do TST vem reiterando essa viabilidade de pactuação, conforme se evidencia nos seguintes julgados:

À luz das disposições acima reproduzidas, percebo que o serviço por tarefa trata da hipótese em que o trabalhador é contratado para desempenhar atividades fora do expediente contratual, mediante pagamento de contraprestação diferenciada. Da análise da disciplina específica desta forma de trabalho, não constato qualquer prejuízo ao empregado. Ao contrário, entendo que ele é beneficiado pela possibilidade de majorar a sua renda mensal, por meio de atividades prestadas em ocasiões específicas, cuja execução poderia, inclusive, ser atribuída a terceiros. (...). Ademais, no caso, o reclamante não logrou demonstrar qualquer desvantagem econômica em razão dos valores previstos na tabela própria, aplicável ao emprego desdobrado. Diante disso, considero lícita a cláusula normativa que autoriza a prestação de serviço por tarefa. (...)

Portanto, dou provimento ao recurso ordinário do reclamado, no particular, para afastar o reconhecimento da natureza salarial à parcela “Tarefas e Eventos”, excluindo a condenação ao pagamento de reflexos.

Processo: AIRR – 476-37.2012.5.04.0016 Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos Data de Publicação: DEJT 27/06/2018.

Consta da inicial que a reclamante ingressou na reclamada a partir de 02.05.1996 como professora assistente, sendo que a partir de 02.02.2004 foi contratada para trabalhar como coordenadora de curso, através de contrato de trabalho distinto, até 06.12.2006, quando foi dispensada.

Não há dúvidas da existência de emprego desdobrado, ou seja, que, em razão do contrato original feito com a reclamada, a demandante também trabalhava como coordenadora do curso de secretariado executivo bilíngüe, em novo contrato de trabalho registrado em sua CTPS, com carga horária de 20 horas semanais e pagamento separado.

Cabe lembrar que no emprego desdobrado a reclamada não fica desobrigada de cumprir suas obrigações na atividade acessória, sendo diversos os salários e encargos - trabalhistas e previdenciários - dos pactos principal e acessório, cabendo ressaltar o exercício da atividade acessória da CTPS e do registro. (...) Assim, não se pode falar em unicidade contratual. Até por que a reclamante recebeu verbas rescisórias do contrato de coordenadora, como se observa do TRCT (doc.101 do volume de documentos. Mantenho, portanto, a sentença.

Processo: AIRR – 7800-20.2009.5.02.0443 Relator Desembargador Convocado: Ubirajara Carlos Mendes Data de Publicação: DEJT 18/06/2018.

Constata-se que as reais condições de trabalho da autora inviabilizam a satisfação dos requisitos estabelecidos na norma coletiva, referente à faculdade de opção e à efetiva desvinculação da atividade inerente ao contrato de trabalho. Isso porque, nas chamadas -ocasiões especiais- de prestação de serviços, a autora permanecia no desempenho de suas funções decorrentes do contrato de trabalho e a sua condição de empregada condicionava a aceitação da oferta, retirando o caráter facultativo estabelecido no instrumento normativo. Assim, não há se falar em violação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Processo: RR – 1269-20.2010.5.04.0024 Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão Data de Publicação: DEJT 14/05/2018.

No último caso citado, o TST apenas não reconheceu a existência de emprego desdobrado, ante a ausência de seus requisitos, mais especificamente, em razão de a reclamante ter sempre exercido as mesmas funções. Com isso, foi mantida a característica de empregada comum, gerando o direito à percepção de horas extras.

1.2.4 INTERESSE PARA A INDÚSTRIA

Essa modalidade de contratação se mostra de interessante adoção pela Indústria, na medida em que pode ser implementada a diversos casos contratos, conforme restará evidenciado a seguir.

Um deles seria a hipótese de um instrutor do SENAI que eventualmente atue como especialista, concedendo consultorias. Nesse caso, o instrutor, enquanto estiver lecionando, deverá receber o salário hora atinente a esse ofício; e na atuação como consultor, fará jus ao salário hora proporcional à respectiva atividade. Dessa feita, esse trabalhador não ficará ocioso nos períodos de “janelas” de aulas; poderá complementar seu orçamento; terá a oportunidade de mostrar novas habilidades laborais; e terá um estímulo a mais na busca por conhecimento.

Outro seria o caso de um especialista ou consultor que seja instado a se ativar como instrutor do SENAI, atuando em sala de aula e transmitindo seus conhecimentos. Nessa hipótese, o consultor terá a oportunidade de desenvolver a habilidade da docência; conseguirá ter uma ocupação, ainda que a demanda da sua área de atuação esteja escassa (garantindo, desse modo, seu posto de trabalho); complementar seu orçamento; e também terá um estímulo a mais na busca por conhecimento.

Essa atuação híbrida tem, portanto, dentre as principais vantagens:

- otimização de recursos humanos;
- evita a ociosidade em postos de trabalho (garantindo, por consequência, a manutenção destes);
- poupa o tempo dos trabalhadores;
- representa economia para a instituição;

- mantém o conhecimento (que muitas vezes envolve áreas absolutamente técnicas e ramos muito específicos) dentro da Indústria, absorvendo o que de melhor aquele profissional tem a oferecer.

Aqui foram mencionadas apenas duas hipóteses que ilustram os diversos benefícios que podem ser auferidos tanto pelos empregados quanto pelos empregadores, num clássico cenário de *win-win*, razão pela qual essa contratação lícita deve ser implementada nos casos em que se afigurar adequada.

1.3 CONCLUSÃO

Após o advento da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), se faz imperioso que se tenha um novo olhar para o trabalhador, que não pode mais ser visto genericamente como hipossuficiente, mas, ao revés, como figura que deve ter sua autonomia da vontade respeitada.

Naturalmente, essa manifestação volitiva deve ser considerada à luz da boa-fé objetiva, imamente aos contratos privados, inclusive de natureza trabalhista.

De tal modo, observados os limites impostos relativamente a essa modalidade de pactuação, conforme neste trabalho elencados, e considerando a ausência de previsão legal impedindo o contrato secundário ou desdobrado, tal ajuste se vislumbra perfeitamente possível.

O que o presente estudo propõe é que empregadores e empregados busquem inovações nas suas contratações, de modo a evitar que haja demissões ou mesmo a adoção de outras formas de contratação, ao passo que o trabalho desdobrado se afigura extremamente benéfico para ambas as partes.

Através do exposto, se acredita que os leitores serão instados a vislumbrar as diversas hipóteses de cabimento dessa modalidade de avença no âmbito da Indústria, cujos exemplos mencionados neste trabalho deixam claras as vantagens da imperiosidade ao incentivo a essa novel forma de pactuação.

1.4 BIBLIOGRAFIA

SERSON, José; FERNANDES, Anníbal. *Curso de rotinas trabalhistas*. 37. Ed. São Paulo: RT, 1997.

<http://ostrabalhistas.com.br/emprego-desdobrado/>

<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>

<https://www.conjur.com.br/2015-dez-15/gremio-pagar-hora-extra-roupeiro-jornada-prolongada>

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/2702790/emprego-desdobrado>

<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/110016>

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**2 – POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TERMO
DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA – TAC**

**Ana Carolina da Silva Martins
Lilian Beserra de Oliveira de Freitas**

Departamento Regional do Rio de Janeiro

2.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo trazer à reflexão a necessidade de revisão dos Termos de Ajustamento de Conduta - TAC eventualmente já firmados ou em fase de negociação, cujo conteúdo esteja dissonante da legislação vigente.

É incontestável que se trata de importante instrumento manejado pelo Ministério Público do Trabalho - MPT com o objetivo de fazer com que as empresas investigadas por meio de um inquérito civil público convençionem, ainda na esfera administrativa, com o mesmo, firmando obrigação a ser cumprida sob pena de multa, sendo certo que tem força de título executivo extrajudicial, com compromisso de adotar ou deixar de adotar determinada conduta que esteja infringindo as normas vigentes.

Assim, com o advento da Lei 13.467 de 2017, a Reforma Trabalhista, é certo que diversos dispositivos constantes na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT sofreram alterações ou até mesmo foram suprimidos, principalmente no que tange à seara do direito material, que é a parte que interessa para o estudo em tela, fazendo, assim, com que obrigações já convençionadas percam a razão de ser, visto que determinam cumprimento de direito hodiernamente inexistente.

Para isso, é de suma importância a reflexão e a discussão para que não prevaleçam quaisquer entendimentos no sentido de que o TAC, firmado outrora, tem com o condão de negócio jurídico perfeito, constituindo, portanto, direito adquirido e imutável.

Tal entendimento e concordância, necessariamente, causam prejuízos para todas as instituições que porventura tenham firmado tais compromissos de ajustamento de condutas, incluindo, por óbvio, as entidades integrantes do Sistema Indústria em todo o seu escopo.

Assim, o questionamento se faz necessário, o que perpassa pela necessidade de estudo da natureza do termo firmado, e um olhar crítico do conteúdo constante em cada caso, em específico para o manejo da ação competente, defendendo, portanto, menor ônus e impacto, dentro da legislação vigente, que é o que se busca com o estudo aqui apresentado.

2.2 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TAC

2.2.1 CONCEITO

O Ministério Público, uma dentre as funções essenciais à justiça, conforme topografia constitucional (Capítulo IV da Carta Maior), possui a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127/CRFB).

O Ministério Público da União compreende o Ministério Público do Trabalho (art. 128, I, b/CRFB), cujas atribuições se destinam à atuação específica na seara juslaboral.

Dentre essas prerrogativas, uma delas consiste na pactuação de Termos de Ajustamento de Conduta, também denominados Termos de Ajuste de Conduta (art. 14 da Resolução 69/2007 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho).

Trata-se de atuação constitucional positiva, garantida pelo art. 127 da CF, que envolve a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Termo de Ajustamento de Conduta consiste, segundo Mauro Schiavi⁴, “*num instrumento por meio do qual o Ministério Público do Trabalho e a pessoa, normalmente uma empresa, que está descumprindo direitos metaindividuais de natureza trabalhista (difusos, coletivos e individuais homogêneos – art. 81, da Lei 8.078/90), pactuam um prazo e condições para que a conduta do ofensor seja adequada ao que dispõe a lei*”.

A seu turno, em livro específico sobre o tema, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva⁵, expõe que “*o Termo de Ajustamento de Conduta é um instituto jurídico que soluciona conflitos metaindividuais, firmado por algum ou alguns dos órgãos públicos legitimados para ajuizar ação civil pública e pelo investigado (empregador), no qual se estatui, de forma voluntária, o modo, lugar e prazo em que o inquirido deve adequar sua conduta aos preceitos normativos, mediante cominação, sem que, para tanto, a priori, necessite de provocação do Poder Judiciário, com vistas à natureza jurídica de título executivo extrajudicial*”.

É, pois, instrumento através do qual o órgão público legitimado à ação civil pública toma do causador do dano – ainda que em potencial - a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o compromisso de adequar sua conduta às exigências legais, mediante

⁴ SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 10. Ed. – São Paulo: LTr, 2016. P. 210.

⁵ SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004. P. 19.

cominações, tendo o caráter de título executivo extrajudicial. Tem por objetivo, portanto, a reparação da lesão ou a cessação da ameaça de lesão, com a adequação da conduta às exigências legais ou normativas, e, ainda, a compensação e/ou indenização pelos danos efetivos que não possam ser reparados mediante obrigação de fazer.

Trata-se de meio excepcional de transação, cabível com o intuito de permitir ao potencial agressor de direitos difusos, coletivos ou transindividuais, o atendimento e a adequação ao interesse tutelado, em situações de nebuloso contorno normativo ou que demande limites a serem melhor definidos. Portanto, esse instrumento não é para ser utilizado nas hipóteses em que há normatização adequada e positivada, e nem para alforriar infratores já sancionados, conforme se extrai da redação do art. 17, §1º da Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92).

2.2.2 HISTÓRICO

Historicamente, o parágrafo único do art. 55 da Lei de Pequenas Causas (Lei 7.244/84) conferiu ao acordo extrajudicial, celebrado entre as partes e referendado pelo Ministério Público, natureza de título executivo extrajudicial, o que seria um embrião do termo de ajustamento de conduta.

O TAC teve sua previsão primeva, com essa nomenclatura, no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90). Posteriormente, o art. 113 do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/90), passou a tratar também da matéria, acrescentando o § 6º ao art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Mais modernamente passou a ser previsto no Procedimento Correicional nº 02/2000, que minudencia o que deve conter nesse instrumento.

2.2.3 OBJETO

As cláusulas do TAC têm por objetivo a inibição, prevenção e reparação de danos. Dessa feita, podem exigir o cumprimento de obrigação legal ou constitucional.

Podem representar obrigação de fazer, não fazer e pagar, sem prejuízo da previsão de *astreintes* em caso de descumprimento. Essa *astreinte* geralmente tem por destinatário o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador; vide art. 13 da Lei 7.347/85 c/c Lei 7.998/90), podendo, todavia, ser direcionada a entidades filantrópicas sem finalidades lucrativas.

Envolvem direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo que o foco de atuação dos membros do *Parquet* mira, majoritariamente, direitos meta ou transindividuais, geralmente relacionados a garantias fundamentais.

Conforme menciona o Ilustre Desembargador do TRT 1, Enoque Ribeiro dos Santos⁶, “suas cláusulas devem ser precisas, objetivas, com completa descrição ou especificidade das obrigações assumidas pelo compromissário, de forma a evitar dúvidas e indagações futuras”.

2.2.4 LEGITIMADOS

Ressalta-se que, além do Ministério Público do Trabalho, o TAC pode ser tomado por qualquer órgão público legitimado à ação civil pública, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados-membros, os Municípios, o Distrito Federal, as autarquias e as fundações públicas (Lei n. 7.347/85, art. 5º; CDC art. 82).

Não detêm legitimidade para tomar o TAC as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as associações civis, e as fundações de direito privado.

2.2.5 PECULIARIDADES

Trata-se de título executivo extrajudicial, nos moldes do que dispõe o art. 876 da CLT, ou seja, pode ser executado em juízo pelo juiz que teria competência para o processo de conhecimento relativo à matéria (art. 877-A/CLT), dispensando homologação judicial para ter força executiva em caso de descumprimento; seus efeitos são imediatos, portanto.

Também nesse sentido, dispõe a Lei da Ação Civil Pública (de n. 7.347/85), ao afirmar que os órgãos públicos legitimados (quais sejam, aqueles inscritos no art. 5º) podem “tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais”; reiterando, ademais, que esse pacto terá eficácia de título executivo extrajudicial (vide § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85).

Em que pese possa, esse instrumento, ser decorrência de um inquérito civil (art. 129, III/CF), não há uma obrigatoriedade de que surja nesse contexto, podendo, ademais, ter origem autônoma.

⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 50.

Ressalte-se que o órgão ministerial não poderá dispor do interesse público, transacionando normas de indisponibilidade absoluta; mas esse instrumento pode ser utilizado a fim de convencer o agente descumpridor do ordenamento jurídico de acordar no sentido de pactuar o termo.

Nessa esteira, dispõe o *parquet* da realização de algumas concessões, tais como a outorga de prazos, por exemplo, a fim de convencer à assinatura do TAC.

A doutrina tem entendido que o termo de ajustamento de conduta, todavia, não pode servir para que se obtenha o perdão a infrações anteriormente impostas por órgãos de fiscalização do trabalho (tais como as autuadas por Auditores Fiscais do Trabalho). Nesse sentido, o Enunciado 55 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada no Tribunal Superior do Trabalho⁷.

Naturalmente, para que possa ter algum grau de exigibilidade, o TAC deve impor, em seu bojo, multa pecuniária em caso de descumprimento, através das denominadas *astreintes*, cuja reparação poderá ser em pecúnia ou in natura (ex: construção de uma creche para crianças carentes).

O TAC pode ser anulado na esfera judicial por meio de ação anulatória, nas hipóteses previstas no art. 966/CPC (aplicável ao Processo do Trabalho conforme permissivo inscrito no art. 769/CLT), nas hipóteses em que houver vícios procedimentais ou de consentimento na pactuação do termo.

Ressalte-se que, “caso remanesça a recalcitrância do empregador, não restará outra opção ao Ministério Público do Trabalho que não seja o ajuizamento da ação adequada junto ao Poder Judiciário Trabalhista⁸”. Considerando a morosidade do Poder Judiciário, todavia, o TAC surge como instrumento mais célere de adequação de condutas ao ordenamento jurídico nacional.

2.2.6 NATUREZA JURÍDICA

Quanto à natureza jurídica, relativamente ao aspecto da manifestação volitiva, o Termo de Ajustamento de Conduta tem natureza controvertida.

⁷ TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA – ALCANCE. A celebração de TAC não importa em remissão dos atos de infração anteriores, os quais têm justa sanção pecuniária como resposta às irregularidades trabalhistas constatadas pela DRT.

⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Processo Coletivo do Trabalho*. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 52.

Para uma corrente de entendimento, se trata de um ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral quanto à formalização, tendo em vista que nessa fase participam um órgão público e o comprometente.

Para outra linha de pensamento, tratar-se-ia de negócio jurídico bilateral, tendo em vista que apenas é entabulado com a concordância de ambas as partes, mas sem natureza de contrato.

Não há que se falar em natureza contratual, porque existe restrição quanto ao poder negocial, uma vez que, como regra geral, não cabe transação dos direitos metaindividuais que por meio dele se quer tutelar. O órgão público legitimado não é o titular do direito transindividual, pelo que não pode, o *parquet*, dispor do direito material, o que inviabilizaria concessões quanto ao conteúdo material da lide.

Para Hugo Nigro Mazzilli⁹, é “*um ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete, exceto implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título*”.

Segundo Raimundo Simão de Melo¹⁰, “*o TAC é um ato administrativo, porque tomado por um órgão público; é um ato jurídico bilateral, porque negociadas as suas cláusulas entre o órgão público que o propõe e o comprometente, que o aceita se quiser; é um ato administrativo simples quando a sua validade independe de homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público ou por outro órgão superior, como no Ministério Público do Trabalho; é um ato administrativo complexo quando se exige, para a sua validade, a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público ou por outro órgão superior*”.

2.3 POSSIBILIDADE DE REVISÃO DE TAC APÓS O ADVENTO DA LEI 13.467/2017

Tendo em vista as múltiplas alterações introduzidas no ordenamento jurídico nacional pela Lei 13.467/2017, forçoso é perquirir acerca da possibilidade de revisão de Termos de Ajuste de Conduta baseados em cláusulas que foram objeto de alteração no ano de 2017, com o advento da chamada reforma trabalhista.

Aqueles doutrinadores mais tradicionais, que entendem que o TAC tem natureza de negócio jurídico, defendem que a partir da sua celebração ele se constituirá em ato jurídico perfeito; imutável, portanto.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo - meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 359.

¹⁰ MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 5. Ed. - São Paulo: LTr, 2014. P. 110.

Há entendimentos mais vanguardistas, todavia, que defendem ser possível a alteração ou revisão judicial por meio de Ação Civil Pública ou da Ação Civil Coletiva, proposta pelos legitimados previstos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor ou no art. 5º da Lei 7.347/85.

Nessa toada, Mauro Schiavi¹¹, ao mencionar que “*o termo de ajuste de conduta pode ser discutido judicialmente, desde que surjam novos fatos que aterem a situação fática em que ele fora firmado*”.

Também nessa esteira, Raimundo Simão de Melo¹², conforme trecho que se extrai de uma das suas obras: “*o ajustamento de conduta, para o compromissário, é um acordo pelo qual ele aceita ou não a proposta de ajuizamento oferecida pelo órgão público, não cabendo, depois disso, ir a juízo pedir a sua nulidade sob alegação de ilegalidade sob qualquer aspecto, a não ser que a lei venha a ser alterada posteriormente no ponto em que ajustada a sua conduta*” (grifos nossos).

A nova manifestação judicial se evidenciará adequada e necessária, portanto, sendo ônus do empregador que firmou o acordo, assim como de entidade que a ele represente (como sindicatos, federações e confederações), demonstrar a alteração da legislação hábil a capitanear a revisão do TAC assinado.

Nessa esteira, se afigura possível atribuir ao mesmo fato solução jurídica diversa da alcançada pela redação do Termo de Ajuste pactuado.

Ademais disso, em se tratando de título executivo, têm que restar atingidos os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade; e havendo alteração legislativa, não há mais que se falar em exigibilidade.

Inclusive pela literalidade do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/85, o inquirido deve se ajustar às exigências legais, o que tem por consequência que a obrigação subsistirá enquanto existir no ordenamento jurídico.

Para uma parte da doutrina, tem que haver, para a revisão do TAC, comum acordo entre o órgão público que o tomou e o compromissário. Por esse motivo, a revisão não nos parece ser o meio adequado à reapreciação de cláusulas de termos de ajustamento de conduta que foram objeto de alteração legislativa.

O que se recomenda é a desconstituição/rescisão/anulação dos termos de ajuste de conduta firmados anteriormente ao advento da Lei 13.467/2017, e cujas cláusulas com a reforma confrontem.

¹¹ SCHIAVI, Mauro. Op. Cit. P. 212.

¹² MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. P. 114.

A proposta é no sentido do ajuizamento de ação anulatória perante o Poder Judiciário Trabalhista.

Até pode acontecer essa desconstituição internamente, diretamente com o órgão legitimado que o tomou. Todavia, essa hipótese se afigura extremamente improvável, razão pela qual mais seguro é o caminho de ida ao Judiciário, para fazê-lo.

Incumbe a todos os legitimados a firmarem o compromisso, pedirem a sua desconstituição pela via judicial.

Nessa esteira, também se afigura viável que a propositura de desconstituição do TAC seja de iniciativa de um membro interno ao próprio MPT. Nesta hipótese, a única ressalva que se faz é que, internamente, o MPT tem dissonância de entendimentos, defendendo alguns a obrigatoriedade de submissão da desconstituição a um órgão colegiado, que, no caso, seria a Câmara de Coordenação e Revisão (art. 103 da LC 75/93) ou o Conselho Superior do MPT (art. 98 da LC 75/93). Ocorre que não há exigência legal nesse sentido, e, ademais, os órgãos do parquet gozam de independência funcional.

Interessante se faz a ressalva de Raimundo Simão de Melo¹³, ao sustentar “*a ilegitimidade do Ministério Público para figurar no polo passivo de uma Ação Anulatória de TAC, pois realmente ele é um órgão sem personalidade jurídica própria e, ao tomar um ajuste de conduta, pratica um ato administrativo em nome do Estado, que, no caso, é a União, a quem cabe ser chamada para fazer a defesa da validade do TAC ou concordar com o vício indicado pelo autor*”.

Dessa feita, deve-se ter atenção, ao preparar a Ação Anulatória de TAC, no direcionamento do polo passivo, sob pena de o órgão arguir sua ilegitimidade passiva, e a ação ser extinta sem resolução meritória.

Coadunamos com a opinião de Raimundo Simão¹⁴, no sentido de que essa legitimidade cabe, também, ao cidadão, “*por meio da ação popular, para pedir a desconstituição de um ajustamento de conduta ilegal e prejudicial aos interesses da coletividade*”. Caberá ao magistrado a quem a ação for distribuída, a apreciação do esvaziamento do objeto, bem como da ausência de tutela aos interesses da coletividade.

Ressalta-se, apenas, que nesses casos têm que ser apontadas, expressamente, as alterações legislativas, bem como os itens do TAC que merecem ser revistos, sob pena de a ação ter por destino o julgamento pela extinção sem resolução meritória, por inépcia, ou por ausência de interesse

¹³ MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. P. 153.

¹⁴ MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. P. 142.

de agir (art. 330, I e III, c/c art. 485, I e VI do CPC). Arrisca-se que o Poder Judiciário conclua que um novo pronunciamento judicial se afigura desnecessário e inútil, apenas pretendendo atribuir ao mesmo fato solução jurídica diversa da alcançada pelo TAC legitimamente firmado.

Com relação à Justiça competente, há quem entenda, com base na redação do art. 114, IX da Constituição Federal, que incumbe à Federal Especializada juslaboral a apreciação de celeumas dessa origem.

Outra linha de pensamento, capitaneada por Raimundo Simão de Melo¹⁵, vai no sentido de que nas anulações de TAC o que se discute não é a matéria estritamente trabalhista, mas o vício de formalidade ou de conteúdo, a atrair a competência da Justiça Federal Comum (art. 109, I e §§ 1º e 2º da CRFB).

Todavia, nada obsta a que a Justiça do Trabalho possa apreciar a nulidade de um TAC ou de suas cláusulas apenas incidentalmente, sem força de coisa julgada, tanto numa Ação Civil Pública quanto em demandas de outra natureza.

Em todos os casos de iniciativa de desconstituição do TAC firmado, o que se impõe que seja observado é o contraditório e a ampla defesa. Nessa esteira, o compromitente deve ser instado a se manifestar, assim como o foi na formação do instrumento, relativamente à desconstituição do mesmo.

Procedente, a ação anulatória implicará no afastamento do título e das respectivas obrigações do mundo jurídico, de forma definitiva.

2.4 ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS DA REVISÃO A PARTIR DE CASOS EXEMPLIFICATIVOS

A revisão do Termo de Ajustamento de Conduta, firmado com base em entendimento jurisprudencial e legislação vigente à época, torna-se necessária a partir do momento em que seu cumprimento não se afigura razoável considerando que o conteúdo que se buscava cumprir naquela oportunidade não mais existe, ou, ainda, existe com outros parâmetros.

Para elucidar o tema traremos à baila três exemplos de matérias que eventualmente podem ter sido objeto de TAC por uma empresa, e que nesse momento, com a vigência da Lei 13.467/2017, tem-se a revisão por imperiosa:

15 MELO, Raimundo Simão de. Op. Cit. P. 155.

1. Intervalo intrajornada de 01 hora para refeição e descanso, com previsão no art. 71 da CLT;
2. Intervalo de 15 minutos para a mulher entre a jornada normal e a extraordinária, com previsão no art. 384 da CLT (antes da reforma);
3. Trabalho da mulher gestante ou lactante em local insalubre, conforme art. 394-A da CLT(antes da reforma).

Nessa toada, analisando o primeiro exemplo, temos que um TAC firmado entre determinada empresa e o MPT, prevendo a obrigatoriedade de concessão de intervalo intrajornada de, no mínimo, 01 hora, para empregados com jornada superior a 06 horas, não tem mais razão de permanecer ajustado de tal maneira, sendo certo que da redação trazida pela Reforma Trabalhista ao art. 611-A, III da CLT determina que há prevalência do negociado sobre o legislado no que tange ao intervalo de pelo menos 30 minutos para tal jornada.

Assim, temos que, havendo negociação coletiva, seja por convenção ou acordo, dispondo acerca da possibilidade de conceder intervalo intrajornada de 30 minutos, a matéria iria de encontro ao TAC firmado prevendo obrigatoriedade do intervalo alimentar de 01 hora, pelo que necessária seria a anulação do termo de ajustamento para prevalência da legislação em vigor.

No segundo exemplo acima apontado, destacamos o intervalo de 15 minutos entre a jornada contratual e a extraordinária, o qual deveria ser concedido à mulher empregada, cujo entendimento fora mantido pelo STF quando julgou que tal artigo havia sido recepcionado pela Constituição Federal e que tinha o objetivo que proteger a higidez física, a saúde e a segurança da mulher em razão de sua hipossuficiência fisiológica.

Tal artigo fora revogado e sequer consta na redação da CLT atualmente vigente; ou seja, a obrigação não mais existe, pelo que um TAC firmado nesse sentido prejudica o empregador, impondo-lhe obrigatoriedade que não mais subsiste, não havendo que se falar em direito adquirido pelas empregadas, pois o convencionado ocorreu quando a imposição legal ainda vigorava, situação jurídica que não se impõe atualmente.

Por fim, citamos o trabalho da mulher gestante ou lactante em local insalubre, que pela redação anterior do art. 394-A da CLT, deveria ser afastada de atividades e locais insalubres, independente de qualquer determinação médica.

Já pela redação vigente, o afastamento imediato ocorrerá apenas quando a exposição: da gestante, ocorrer em grau máximo; da gestante, quando exposta a grau médio e mínimo, desde que haja atestado de seu médico de confiança recomendando o afastamento durante a gravidez; da lactante, exposta a qualquer grau, também com atestado de médico recomendando o afastamento durante a lactação.

Dessa forma, nos termos da CLT em vigor, a gestação e a lactação, por si, não pressupõem o afastamento imediato das atividades laborais em local insalubre, o que sempre foi motivo de grande impacto financeiro aos empregadores, mormente às grandes indústrias, que têm em seu chão de fábrica locais com insalubridade em diversos níveis.

Ajustamento nesses termos poderia causar impacto, ainda, ao SESI, que possui como um dos seus escopos a prestação de serviços de saúde, que demandam o trabalho das enfermeiras, por exemplo, as quais, pela redação anterior, teriam que ser imediatamente afastadas das suas atividades laborais, ocasionando impacto financeiro, tendo em vista a especificidade dessa mão de obra.

Nesse sentido, TAC firmado com determinação de afastamento imediato de mulher grávida ou lactante de atividades e locais insalubres, merece sua imediata reavaliação, e, conseqüente, anulação, vez que em total afronta ao dispositivo legal vigente.

Esses são exemplos claros de situações que impõem a revisão do termo de ajustamento firmado, e a conseqüente propositura de ação anulatória, como exposto no capítulo anterior.

2.5 CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto e enfrentado no presente estudo, temos que é indubitável a importância do Ministério Público do Trabalho em elucidar denúncias, apurando através de inquérito civil público o cumprimento das leis pelos empregadores, firmando, quando cabível, Termo de Ajustamento de Conduta, através de composição com a empresa investigada, impondo-lhe obrigações, nos termos da Lei, sob pena de multa.

Ocorre que a obrigação convencionalizada não merece prosperar a partir do momento que não condiz mais com a legislação vigente.

Aqui não se busca propor que as empresas se desvincilem das obrigações avençadas perante o órgão fiscalizador do cumprimento das leis, que ao propor o TAC agiu em perfeita sintonia com suas atribuições.

O objetivo é trazer à reflexão das empresas que, porventura, tenham TAC firmado acerca de conteúdo revogado ou modificado pela Reforma Trabalhista, para que não fiquem restritas à obrigações que carecem de respaldo legal.

Entendemos que a mera insurgência perante o Ministério Público não terá a eficácia que se almeja; ou seja, pela via administrativa, o retorno que provavelmente será obtido é no sentido de que a obrigação convencionada tornou-se direito adquirido aos empregados com contrato de trabalho vigente à época; posicionamento do qual discordamos.

Assim, a proposição aqui é de que se vá além, que não haja mera concordância com aquilo que pretende o MPT, fazendo valer a legislação vigente, e, portanto, submetendo-se à redação atual, e não àquela da época em que houve o firmamento do TAC.

Nos casos exemplificativos analisados, exprimimos meras demonstrações dos grandes impactos que as empresas podem sofrer, o que pode implicar até em aumento de quadro de empregados de forma desnecessária.

Noutro ângulo, dois dos três exemplos mostram hipóteses que poderiam configurar uma restrição do mercado de trabalho à contratação de mulheres, sendo esse um problema macro de ordem social, e não meramente financeiro de uma determinada empresa.

É partindo dessa análise, que, salientamos que necessária se torna a busca pelo Poder Judiciário por meio de ação anulatória, para que o ato anteriormente firmado seja anulado, e não prevaleça sobre a legislação atual que colide com seus termos.

Acreditamos ser essa uma forma de buscar a plena aplicação dos benefícios trazidos pela modernização trabalhista, através da Lei 13.467/2017, para ambas as partes da relação empregatícia, os quais não há que se deixar de aplicar às relações vigentes antes, durante e após o TAC.

2.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. – 25. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo – meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural e outros interesses. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELO, Raimundo Simão de. Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. 5. Ed. – São Paulo: LTr, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Processo Coletivo do Trabalho. 2. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 10. Ed. – São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Termo de ajuste de conduta. São Paulo: LTr, 2004.

O alcance do termo de ajustamento de conduta: Infrações trabalhistas pretéritas constatadas pela SRTE. Leonardo Ramos Gonçalves. Âmbito Jurídico. (Fonte: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8780)

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**3 – O SISTEMA INDÚSTRIA E O DIREITO
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO**

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

Departamento Regional de Santa Catarina

3.1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 foi um marco na reconquista da democracia, na reafirmação da livre iniciativa e da proteção social e do trabalho, tanto no plano coletivo quanto individual. As instituições foram fortalecidas e valorizadas e os mecanismos de controle tratados como prioridade.

Nesse contexto, também foram valorizadas as entidades sindicais. No caso patronal, especificamente da indústria, fortaleceu-se o SESI e o SENAI, com previsão constitucional de seus recursos assegurada.

Todavia, entre o final da década de 80 e início da de 90, além da queda do muro de Berlim e do final de um ciclo comunista, o mundo experimenta uma de suas maiores revoluções, com o avanço da globalização, o início da informatização acelerada, a popularização da internet e, mais recentemente, os avanços digitais e seus reflexos. Podemos dizer, sem exagero, que com a internet das coisas e a economia digital estamos à margem de um novo patamar civilizatório.

É neste contexto que a democratização das informações e comunicações permite uma maior, mais rápida e mais direta participação do cidadão nas decisões que lhe dizem respeito. Ou seja, por mais paradoxal que possa parecer, nos aproximou da democracia ateniense – na qual a vontade do povo era expressada diretamente pelos cidadãos, com menor necessidade de representantes ou interlocutores. O modelo foi referência para o sistema atual, mas se inviabilizou pela dificuldade de seu exercício direto e a necessidade de representantes em sociedades mais complexas. Assim, as novas tecnologias reaproximam o cidadão das instituições e do poder.

Não é sem razão que as democracias mundiais estão em crise e que as pessoas físicas e jurídicas buscam se autorregular em convívio econômico ou social por políticas conhecidas como compliance. Na verdade, é a própria tecnologia possibilitando que regras e limites de convivência e funcionamento sejam estabelecidos pelos interessados. Poderíamos dizer que observar regras de compliance possibilita harmonia no convívio social e condição competitiva em ambientes econômicos.

O que se verifica é que todo esse ambiente de transformação impacta diretamente não só as pessoas físicas e jurídicas, mas as relações estatais e institucionais. E isso tanto no que diz respeito à função e funcionamento dos entes públicos e privados, quanto do próprio Direito, que regula todo este ambiente de transformação.

Deve-se ter em conta que não apenas na declaração dos Direitos, mas principalmente, na efetivação dos Direitos, a interpretação legislativa e a finalidade das instituições deve considerar esse novo patamar civilizatório.

Essa questão toma especial relevo quando tratamos de educação e de relações do trabalho, aspectos intrínsecos ao Direito natural do ser humano. Nesses ramos, talvez mais do que em outros, os impactos da tecnologia devem ser considerados, para que o resultado ao final seja satisfatório para o ser humano.

Dentre os princípios do Direito do Trabalho, há dois que merecem destaque, na esteira dessa nova perspectiva. O primeiro é o princípio da proteção. Não há como considerar que trabalhos realizados a distância, por computador, simultaneamente, em hora planejada pelo próprio empregado, na maioria das vezes por sua conveniência e remunerados por bitcoins, para empregadores virtuais, possa ser regulado por normas analógicas, provenientes basicamente da primeira revolução industrial, com conceitos estáticos, como por exemplo o de hora extraordinária. O que seria hora extra para esse novo trabalhador, se é que existe?

Outro princípio que, por óbvio, deve receber um novo olhar, é o da primazia da realidade. No campo das relações do trabalho ela foi dramaticamente transformada e, em muitos casos, transferida para um ambiente virtual, não alcançado pela legislação analógica. Vale fazer uma analogia com as leis de Newton na física, que durante muito tempo representaram verdades absolutas. Hoje, com o conhecimento da teoria da relatividade e da física quântica, podemos dizer que as leis de Newton não se aplicam para distâncias muito grandes e para espaços muito pequenos. Ou seja, há duas realidades regidas por duas leis diferentes. De acordo com a física quântica, dois corpos poderiam ocupar o mesmo lugar em tempo e espaço.

O mesmo ocorre com as leis do trabalho, que devem ser adequadas à nova realidade, ainda que possam conviver trabalhadores antigos e novos, com legislações diferentes, fato que também se verifica na representação sindical.

A educação, como alicerce do desenvolvimento das sociedades, talvez seja um dos aspectos mais impactados pelas novas tecnologias. Adequar a educação às necessidades dos alunos, em especial no mundo do trabalho, nesses novos tempos, é um grande desafio. Certo é, que daqui para frente, tecnologia e educação, mais do que nunca, estão conectados.

É nesse cenário que estão inseridos, SESI e SENAI, como instrumentos de promoção social e educação para a indústria e seus trabalhadores. Nesse sentido, não só o funcionamento dessas entidades, mas a interpretação das legislações de regência das mesmas, deve ser feita de modo a considerar a realidade atual, com as novas tecnologias e seus efeitos, nos campos individual, coletivo e institucional.

Muito menos do que mudar leis, o que é necessário, é interpretar as regras de regência, funcionamento e convivência à luz do inexorável e desejável desenvolvimento tecnológico, brasileiro e mundial. Assim devem ser interpretados a Constituição e os regulamentos de SESI e SENAI.

3.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA

As entidades do Sistema Indústria, em especial SESI e SENAI, passam por uma contínua e reiterada mudança em suas atividades, muito embora seus normativos (regulamento e regimento) tenham pouco ou quase nenhuma alteração desde a sua concepção.

O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial -SENAI, por força do Decreto-Lei 4.048 de 22 de Janeiro de 1942¹⁶, possui como competência “organizar e administrar, em todo o país, escolas de aprendizagem para industriários” . E o próprio Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 494 de 10 de janeiro de 1962¹⁷, em seu artigo 1º, letra “a”, diz que o objetivo do SENAI é “realizar a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição”. Ou seja, a atividade preponderante do SENAI é a aprendizagem INDUSTRIAL voltada para a necessidade das empresas de determinada categoria econômica, ou seja, A FORMAÇÃO E A ORIENTAÇÃO PROFISSIONAL .

O Serviço Social da Indústria - SESI, por força de seu Regulamento Interno aprovado pelo Decreto n. 57.375 de 2 de dezembro de 1965¹⁸, “tem por escopo estudar, planejar e executar medidas que contribuam, diretamente, para o bem-estar-social dos trabalhadores na indústria e nas atividades assemelhadas, concorrendo para a melhoria do padrão de vida no País, e bem assim, para o aperfeiçoamento moral e cívico, e o desenvolvimento do espírito de solidariedade entre as classes (artigo 1º)”; e artigo 4º “Constitui finalidade geral do SESI auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos da existência (saúde, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)”. Ou seja, a atividade preponderante do SESI é proporcionar o “bem-estar-social dos trabalhadores nas INDÚSTRIAS” ou melhor dizendo: A ASSISTÊNCIA SOCIAL.

Tanto a aprendizagem industrial como a assistência social possuem conceitos amplos, passíveis, certamente, de entendimentos genéricos e interpretações amplas, considerando a amplitude dessas atividades.

¹⁶ Decreto-Lei 4.048 de 22 de Janeiro de 1942

¹⁷ Decreto n. 494 de 10 de janeiro de 1962

¹⁸ Decreto n. 57.375 de 2 de dezembro de 1965

Inegável que os tempos são outros, e a necessidade contemporânea, em especial quanto a educação, saúde e segurança, tecnologia e inovação necessitam de uma nova visão, um olhar aos tempos modernos.

E no campo das interpretações, em especial na ciência do direito, é que entendemos que esses conceitos devem ser analisados, sob o prisma do direito contemporâneo.

O método teleológico torna explícita, neste contexto, a exigência de que a interpretação sobre um texto legal se norteie pelas consequências sociais que procura ou pelos fins que orientam a norma, ou seja, pelas consequências sociais antecipadamente previstas¹⁹.

O método teleológico pressupõe que a lógica formal não é suficiente para solucionar os problemas do direito, devendo o **intérprete levar em consideração a realidade concreta, os interesses vitais e os fatos sociais que constituem as fontes da produção jurídica**²⁰.

Neste ponto vale lembrar que os Serviços Sociais Autônomos, como são SESI e SENAI, não só foram recepcionados pela redação da Carta Magna de 1988, mas como ganharam relevo com fonte de custeio própria e imunidade, no ponto de vista tributário, e permanecem como entes de colaboração, realizando atividades precípua à Nação. Já afirmou o STF – Supremo Tribunal Federal²¹:

O art. 240 da Constituição expressamente recepcionou as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. (...) A alteração do sujeito ativo das Contribuições ao Sesi/Senai para o Sest/Senat é compatível com o art. 240 da Constituição, pois a destinação do produto arrecadado é adequada ao objetivo da norma de recepção, que é manter a fonte de custeio preexistente do chamado Sistema “S”.

[RE 412.368 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 1º-3-2011, 2ª T, DJE de 1º-4-2011.]

Os serviços sociais autônomos do denominado Sistema “S”, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração,

¹⁹ WARAT, 1994, p. 82

²⁰ WARAT, 1994, p. 82

²¹ <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2090>

mas não integrantes da administração pública. Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos serviços sociais autônomos perde o caráter de recurso público.

[ACO 1.953 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 18-12-2013, P, DJE de 19-2-2014.]

A norma jurídica é produto social e cultural, sendo assim, é imprescindível que ao interpretar se busque o real significado, sentido ou finalidade da norma para a vida real, competindo ao interprete buscar, dentro dos pensamentos possíveis, o mais apropriado, correto e jurídico, ou seja, **cabe ao intérprete fixar o sentido da norma**²².

Necessário, ainda, estar bem clarificada a estrutura escalonada da ordem jurídica por ele propugnada. De fato, Kelsen²³ ressalta que, diante do caráter dinâmico do direito, constitui pressuposto de validade de uma norma estar em conformidade com o que determinado pela norma que lhe é superior, que representa seu **fundamento de validade imediato**. Esta relação é pintada pela “imagem espacial da supra-infra-ordenação”, formando a conhecida “pirâmide normativa de Kelsen”.

Afirma Kelsen que a ordem jurídica não é composta por normas jurídicas dispostas no mesmo plano, mas por uma “construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas”, até o topo, onde fica a norma fundamental pressuposta, **fundamento de validade último, que “constitui a unidade desta interconexão criadora”**.

A doutrina de Alexandre de Moraes²⁴, ao tratar dos princípios e métodos da moderna interpretação constitucional, afirma que:

A Constituição Federal há de sempre ser interpretada, pois, somente por meio da conjugação da letra do texto com as características históricas, políticas, ideológicas do momento encontrar-se-á o melhor sentido da norma jurídica, em confronto com a realidade sociopolítico-econômica e almejando sua plena eficácia.

(...)

²² MONTORO, 2000, p. 370

²³ KELSEN, Hans. P. 246/247

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. – 8. Ed. Atualizada até a EC 67/10 - São Paulo, Atlas. 2011. P. 42-43

A aplicação dessas regras de interpretação deverá, em síntese, buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-se à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas.

Destaque-se, também, o ensinamento de Canotilho²⁵, ao afirmar que “A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização socialmente efetiva, captar o seu vigor irradiante e atuante. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito de eficácia da norma e não enveredar por uma marcha em direção ao vazio, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais.”

Dessa forma, parece-nos perfeitamente razoável e adequado visualizar e interpretar as atividades e regulamentos/regimentos de SESI e SENAI de acordo com a contemporânea interpretação constitucional, inserindo nossas regras aos tempos modernos, uma visão realmente inclusiva.

3.3 AS ENTIDADES E SUAS ATIVIDADES

Não há dúvidas que nossas entidades têm elevado seus status de importância no cenário regional, nacional e internacional. Prova dessa nova condição é a publicação **34 conquistas da CNI, SESI, SENAI e IEL em 2017**, que tratou dessas diversas atuações de nossas entidades em diversos temas, os quais destacamos:

34 conquistas da CNI, SESI, SENAI e IEL em 2017²⁶

Em um ano de turbulência na política e economia do país, as instituições que formam o Sistema Indústria trabalharam para ampliar a competitividade nacional, qualificar trabalhadores e, assim, beneficiar toda a sociedade. Confira, abaixo, algumas das vitórias que elencamos para relembrar os principais fatos do ano para a indústria brasileira

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 1977, p. 228.

²⁶ <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/12/34-conquistas-da-cni-sesi-senai-e-iel-em-2017/>

2. Modernização das leis do trabalho

Datada de 1943, a legislação trabalhista brasileira passou pelo mais profundo processo de atualização, em 2017. Com a Lei nº 13.467, o Brasil conta com uma lei que regulamenta novas formas de trabalho, se adequando à economia do século 21. Além disso, a lei valoriza o diálogo e a negociação coletiva, prestigiando empresas e trabalhadores a encontrarem soluções mutuamente benéficas para seu dia a dia na empresa.

25. 2º lugar na WorldSkills de Abu Dhabi

A delegação brasileira treinada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) obteve, em outubro, o 2º lugar no ranking de pontos na WorldSkills, a maior competição de educação profissional do planeta. O torneio, realizado a cada dois anos em um país diferente, ocorreu pela primeira vez no Oriente Médio, em Abu Dhabi, capital dos Emirados Árabes Unidos. O time do Brasil, formado por 56 alunos e ex-alunos do SENAI e do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), conquistou 15 medalhas – sete de ouro, cinco de prata e três de bronze – algumas em áreas-chave da indústria 4.0, como Mecatrônica e Manufatura Integrada. O topo do ranking geral ficou com a Rússia, que também teve 37 dos seus competidores e instrutores treinados pelo SENAI.

28. Rede de Institutos SENAI de Inovação se consolida no ecossistema brasileiro

A rede nacional de 25 Institutos SENAI de Inovação consolidou-se, este ano, como relevante ator no ecossistema inovador brasileiro. Em abril, foram inauguradas as novas instalações do Instituto SENAI de Inovação em Soluções Integradas em Metalmeccânica, em São Leopoldo (RS), e, em setembro, do Instituto SENAI em Laser e do Instituto SENAI em Sistemas de Manufatura, localizados em Joinville (SC). Já estão plenamente operacionais 21 centros de P&D, dos quais 11 foram credenciados como unidades executoras da Embrapii, mecanismo mais ágil de fomento a projetos inovadoras da indústria.

30. Centros de Inovação do SESI

Oito centros de inovação do SESI entraram em operação para desenvolver pesquisas e tecnologias em segurança e saúde no trabalho (SST). As áreas contempladas são prevenção da incapacidade, na Bahia; economia para saúde e segurança, no Ceará; ergonomia, em Minas Gerais; sistemas de gestão de SST, em Mato Grosso do Sul; longevidade e produtividade, no Paraná; higiene ocupacional, no Rio de Janeiro; fatores psicossociais, no Rio Grande do Sul; e tecnologias para a saúde, em Santa Catarina. Ao todo, foram investidos R\$ 35 milhões em 19 projetos pilotos realizados em 33 empresas. As tecnologias estão expostas em uma plataforma virtual para que empresas interessadas em melhor desempenho em SST possam replicá-las.

32. SESI é marca mais lembrada em serviços de segurança e saúde no trabalho

O SESI é uma das marcas mais lembradas em serviços de segurança e saúde no trabalho e promoção da saúde. Em 2017, a instituição recebeu os prêmios Top of Mind, da revista Proteção, por ser a marca mais lembrada em serviços de SST, e Marca Brasil, da revista Cipa, pela excelência na oferta de serviços de ginástica laboral, medicina ocupacional e serviços para a Semana Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho (Sipat).

33. Nova metodologia para educação de jovens e adultos

O SESI elaborou nova metodologia para a educação de jovens e adultos (EJA) que permitirá reduzir a grade horária com base no reconhecimento de conhecimentos prévios e com um currículo mais conectado à realidade profissional dos alunos. O currículo da Nova EJA prevê 20% de aulas presenciais e 80% a distância e é voltado, principalmente, para os trabalhadores da indústria e seus dependentes.

Todos os temas supracitados tratam de atividades típicas de nossas entidades, que embora sejam modernas, retratando necessidades atuais, não foram pensadas nos tempos de outrora, quando da elaboração dos normativos (regulamento e regimento) de SESI e SENAI.

A educação das crianças, jovens e adultos não é a mesma dos anos passados, em especial daquela da época de 40, quando foram concebidas nossas entidades, todavia, há necessidade de mudanças em nossas regras (regulamentos e regimentos)?

Sob o enfoque jurídico, à luz da contemporânea interpretação das leis e da constituição, entendemos que não há essa necessidade de mudanças.

A interpretação eficaz de nossas regras, sob o enfoque da conformidade com os direitos fundamentais, visando uma concretização socialmente efetiva de nossas atividades às necessidades modernas de nossa sociedade, só traz benefícios.

Retornemos as nossas regras. Pelo SESI temos que:

Art. 2º A ação do SESI abrange:

- a) o trabalhador da indústria, dos transportes, das comunicações e da pesca, e seus dependentes;
- b) Os diversos meios-ambientes que condicionam a vida do trabalhador e de sua família.

Art. 3º Constituem metas essenciais do SESI:

- a) a valorização da pessoa do trabalhador e a promoção de seu bem-estar social;
- b) o desenvolvimento do espírito de solidariedade;
- c) a elevação da produtividade industrial e atividades assemelhadas;
- d) a melhoria geral do padrão de vida.

Pelo SENAI temos que:

Art. 1º O Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), organizado e administrado pela Confederação Nacional da Indústria, nos termos do Decreto-lei nº 4.048, de 22 de janeiro de 1942, tem por objetivo:

a) realizar, em escolas instaladas e mantidas pela Instituição, ou sob forma de cooperação, a aprendizagem industrial a que estão obrigadas as empresas de categorias econômicas sob sua jurisdição, nos termos de dispositivo constitucional e da legislação ordinária;

b) assistir os empregadores na elaboração e execução de programas gerais de treinamento do pessoal dos diversos níveis de qualificação, e na realização de aprendizagem metódica ministrada no próprio emprego;

c) proporcionar, aos trabalhadores maiores de 18 anos, a oportunidade de completar, em cursos de curta duração, a formação profissional parcialmente adquirida no local de trabalho;

d) conceder bolsas de estudo e de aperfeiçoamento e a pessoal de direção e a empregados de excepcional valor das empresas contribuintes, bem como a professores, instrutores, administradores e servidores do próprio SENAI;

e) cooperar no desenvolvimento de pesquisas tecnológicas de interesse para a indústria e atividades assemelhadas.

Art. 2º O SENAI funcionará como órgão consultivo do Governo Federal em assuntos relacionados com a formação de trabalhadores da indústria e atividades assemelhadas.

É de fácil percepção que estamos conectados ao mundo moderno, pelos próprios dizeres de nossas regras, como acima citadas (dentro de inúmeros outros dispositivos de nossos regulamentos/regimentos), sendo que a efetividade de nossas atividades depende, atualmente, de inovação, tecnologia, saúde, segurança e competitividade, princípios atuais e fundamentais para avanço social e nacional.

Como um aluno de aprendizagem ou cursos de qualificação, tanto de SESI como de SENAI, de 14 ou 52 anos, aprenderia novos conceitos sem um celular, um *tablet* ou um computador? Como uma indústria avançaria no cenário internacional sem a necessária inclusão tecnológica? Como seriam nossos trabalhadores e nossas indústrias competitivas sem saúde, segurança?

Temos que acompanhar a nova realidade, nossas entidades e em consequência nossas atividades devem acompanhar os tempos modernos.

Estamos tratando, também e portanto, do conceito de Irretroatividade social e tecnológica.

Fileti²⁷ (2008) preleciona que o princípio da proibição de retrocesso apresenta sentidos positivos e negativos. O sentido positivo consiste na obrigação do legislador permanecer com o propósito de dilatar, gradativamente, e em consonância com as situações fáticas e jurídicas – inclusive orçamentárias – o nível de efetivação dos direitos fundamentais sociais. Ou seja, não consiste meramente no dever de manter o status a quo, mas também na determinação do dever de promover o avanço social.

Na mesma linha, Sarlet, afirma que “Através de uma interpretação sistematizada da Constituição Federal, pode-se concluir que o princípio da proibição do retrocesso social é implicitamente adotado por nossa Carta Magna. A adoção tácita desse princípio advém da ideia de Estado Democrático de Direito e do Princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, pode-se destacar, também, *os princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica; da proteção e da confiança.*”²⁸

Dessa forma, as respostas são positivas, no sentido de que nossas entidades e por conseguinte nossas atividades devem ser analisadas e efetivadas sob o olhar da competitividade, inovação, tecnologia, saúde e segurança, em seu conceito mais moderno, sendo que nossos regulamentos e regimentos devem ser interpretados a fim de proporcionar eficácia, segurança e não retroação social.

A ainda incipiente doutrina a respeito da educação e o uso responsável das tecnologias já se preocupa com o ensino da questão digital, da ética e da segurança, temas que dizem respeito diretamente a SESI e SENAI.

27 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição do retrocesso social. Disponível do endereço: <http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 22 de dezembro de 2012.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333

Patrícia Peck Pinheiro²⁹ afirma que:

Pode-se afirmar que a internet e as novas ferramentas de ensino-aprendizagem são responsáveis por parte dessa mudança. Mas há uma parcela relevante dessa revolução do ensino que está ocorrendo dentro das casas, no ambiente familiar.

Além de apenas fornecer tecnologia para os filhos, jovens alunos da geração digital, a família deve ter um papel muito mais ativo nesse processo educacional. Mesmo com a falta de tempo, só é possível construir um modelo de sucesso com a participação e o comprometimento dos responsáveis legais. Afinal, o exemplo começa em casa.

Sendo assim, uma grande questão envolve justamente a redefinição dos papéis, visto que a Instituição de Ensino não detém mais o controle de acesso ao conhecimento. Ademais, a experiência presencial está sendo, aos poucos, substituída pela educação à distância.

Independente de como o aluno de hoje interage com o professor, que com sua experiência orienta o estudante para alcançar um patamar ainda maior de aperfeiçoamento e desenvolvimento, uma coisa é certa: o respeito mútuo e o uso da liberdade com responsabilidade deveriam ser princípios norteadores desta relação, não importa a época nem qual seja a tecnologia.

Sendo assim, ou a tecnologia é utilizada para servir ao propósito do ensino-aprendizagem, ou ela pode atrapalhar e até mesmo prejudicar esse resultado.

As entidades do Sistema Indústria, em especial SESI e SENAI, estão no caminho do futuro e da modernidade, sendo necessário entendermos que nossos normativos (Regimento e Regulamento) podem e devem, necessariamente, ser interpretados sob a luz da interpretação constitucional contemporânea.

²⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital aplicado, coordenadora*. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Vários autores. P. 95.

3.4 CONCLUSÃO

Como enfatizado no decorrer do trabalho, a inexorabilidade e o desejo pelo avanço tecnológico têm impacto na interpretação das normas e de alguma forma, na própria finalidade das entidades.

Diante disso, necessário se faz uma interpretação contemporânea e adequada às novas condições tecnológicas, de inovação e para o desenvolvimento econômico e social do trabalhador, da competitividade da indústria no mundo moderno e da sociedade como um todo.

Inclusive, esta interpretação contemporânea se reforça no momento que estamos tratando de entidades que possuem fins educacionais profissionalizantes, que portanto, devem estar adaptadas a necessidade do trabalhador e da indústria.

A interpretação do Regulamento do SESI e do Regimento do SENAI, conforme a contemporânea Constituição Federal está alinhada com os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e com os valores sociais do trabalho.

3.5 BIBLIOGRAFIA

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 1977. p. 228.

Decreto-Lei 4.048 de 22 de Janeiro de 1942

Decreto n. 494 de 10 de janeiro de 1962

Decreto n. 57.375 de 2 de dezembro de 1965

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição do retrocesso social. Disponível do endereço: <http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social> Acesso em: 22 de dezembro de 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. p. 246/247.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. – 8. Ed. Atualizada até a EC 67/10 - São Paulo, Atlas. 2011. P. 42-43

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito digital aplicado, coordenadora. 2. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Vários autores. P. 95.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. 1º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: 1994.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=2090>

<http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/12/34-conquistas-da-cni-sesi-senai-e-iel-em-2017/>

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**4 – O SISTEMA S, O PODER JUDICIÁRIO
E A CONSTITUIÇÃO**

**Claudia Beeck
Marco Antônio Guimarães**

Departamento Regional do Paraná

4.1 INTRODUÇÃO

O contexto pós-positivista, que elevou a Constituição a posição de norma suprema e lhe conferiu força normativa, elevou também o magistrado a posição de intérprete e aplicador desta norma, de características peculiares, alterando em complexidade a sua função. A Constituição, sendo o reduto dos valores de uma comunidade plural e pretendendo tornar-se adaptável temporalmente, evoca posições em alto grau de abstração e protege valores conflituosos. Diante do choque entre soluções constitucionalmente defensáveis, mas praticamente excludentes, caberá ao Poder Judiciário realizar uma opção. Essa opção deve ser motivada mediante a apresentação de argumentação jurídica convincente. O Judiciário, afinal, é um poder legitimado pela capacidade técnica de produzir argumento³⁰.

Partindo de tais premissas, volta-se para a análise das duas principais decisões judiciais proferidas no período pós-88, pelo Supremo Tribunal Federal, em relação as entidades representativas do Sistema S Sindical- doravante apenas Sistema S. A ideia é verificar quais as contribuições deste novel modelo de Judiciário para a consolidação do Sistema S no país, a delimitação da sua natureza jurídica, a mutação sofrida desde a sua criação aos dias atuais, a proteção da sua independência e, mesmo, a limitação e a regulação do seu controle. Trabalha-se com a perspectiva de que um Judiciário forte e qualificado é indispensável para a manutenção e aperfeiçoamento das entidades do Sistema S, inclusive na medida em que as normas que definem estas entidades, prescritas no Texto Constitucional, tem as especificidades das normas constitucionais, de conteúdo abstrato e principiológico.

Assim, buscar-se-á, primeiramente, analisar a mutação dos Sistema S desde a sua criação até os dias atuais, sob o viés constitucional. Em seguida, passar-se-á à análise do papel ocupado pelo Poder Judiciário e o seu destaque nestes 30 anos de democracia. Depois, verificar-se-á como atua o Poder Judiciário naquilo que se refere a promoção, consolidação e controle das entidades do Sistema S e, neste contexto, far-se-á a descrição e o comentário das decisões proferidas no MS 33442³¹, com relação a não aplicação da Lei nº. 8.666/93 aos processos licitatórios promovidos pelo Sistema S e, no RE 789874³², com relação a determinação da relativização do concurso público na seleção e contratação de colaboradores destas mesmas entidades.

³⁰ Sobre a posição do poder judiciário no pós-positivismo e a importância da qualidade argumentativa das decisões, ver: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. ATIENZA, Manuel. *As Razões do direito. Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Entre outros.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 33442. Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial- SENAC versus Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Teori Zavascki. 04 abril. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4702386>. Acesso em 02/08/2018.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 789874. Ministério Público do Trabalho versus Serviço Social do Transporte – SEST. Relator Ministro Teori Zavascki. 19 Nov. 2014. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4511459&n_umeroProcesso=789874&classeProcesso=RE&numeroTema=569. Acesso em 02/08/2018.

O que se pretende com isto é favorecer o reconhecimento da importância do Poder Judiciário na definição das questões relevantes para o Sistema S, no momento pós-constitucional, demonstrando que os novos instrumentos utilizados para a interpretação e justificação do direito, contribuem com a definição, modulação e consolidação destas entidades.

4.2 O SISTEMA S E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os serviços sociais autônomos vinculados ao sistema sindical são pessoas jurídicas de direito privado, criados por lei, com o escopo de promover as necessidades de determinadas categorias profissionais e econômicas, relativamente à assistência social e à formação educacional. Na linha proposta por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, entende-se que a interpretação das normas referentes ao Sistema S requer uma leitura histórica e de mutação constitucional que ultrapassa o método dogmático de aplicação do direito³³.

A partir dessa premissa passa-se a demonstrar, os aspectos relevantes relacionados ao Sistema S na Constituição de 1937 e de 1988, o que permitirá estabelecer tanto a teleologia de sua criação no contexto histórico da década de quarenta do século passado, quanto a sua utilidade no contexto atual que se vincula ao fenômeno de sua constitucionalização.

A Constituição de 1937, que teve como característica marcante a concentração de competências no Poder Executivo, foi a primeira a tratar do ensino profissional³⁴. Estabeleceu em seu artigo 129³⁵, a obrigação de as classes produtoras e dos sindicatos patronais criarem escolas de formação profissional destinadas aos filhos dos industriários, seguindo a política social do Estado Novo, de que o bem estar dos cidadãos seria garantido pela interação e a solidariedade das classes sociais³⁶. Em cumprimento ao dispositivo constitucional mencionado, em 1942, o Decreto-lei nº 4.048, criou o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial.

Diante da experiência exitosa de criação do Senai, no apagar das luzes da vigência da Constituição de 1937, foram criados o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial, o Serviço Social da Indústria e o Serviço Social do Comércio, consolidando esse modelo *sui generis*

33 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos*. Revista Sebrae, 1997, p. 7-8.

34 FONSECA, Celso Suckow. *História do ensino industrial no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola Técnica, 1961.

35 Art. 129. *A infância e a juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada as suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é, em matéria de educação, o primeiro dever do Estado. Cumpra-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo poder público.*

36 Neste sentido ver PORTO, Walter Costa. *Coleção Constituições brasileiras – Volume IV*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

de organização³⁷. Destarte, a criação dos serviços sociais autônomos é o resultado de um ato de consenso, em que os representantes dos setores produtivos espontaneamente emprestam à sociedade a sua experiência de gestão e recursos na busca pela pacificação social e a solidariedade entre as classes, através da integração da classe produtora e trabalhadora em entidades alheias a estrutura estatal, frente a insuficiência do Estado na persecução dos objetivos pretendidos. A respeito, elucida JUSTEN FILHO:

“(...) a criação do SESI baseou-se no reconhecimento da insuficiência do Estado para atingir, por si mesmo, as finalidades de desenvolvimento social e econômico das classes menos favorecidas e de criação de uma solidariedade entre as classes sociais. A atuação exclusiva do Estado seria inútil. Pretendia-se uma aproximação entre as classes, que somente seria possível por meio da interação direta entre elas. Como somente a classe produtora detinha a organização e os meios (inclusive econômicos) para assumir essa tarefa, coube a ela a iniciativa desta aproximação.³⁸

Ainda, há que se considerar que o momento histórico de criação dos serviços sociais autônomos coincidiu com o fim da Segunda Guerra Mundial e a tensão criada por regimes que adotaram formas de organização econômica e política diversas, que resultou na Guerra Fria, de modo que uma das justificativas à criação do SESI, por exemplo, é retratada no último “considerando” do decreto-lei que autorizou sua instituição: buscava-se afastar o risco de influências comunistas no Brasil (“*influências dissolventes e prejudiciais aos interesses da coletividade*”)³⁹. Destarte, em sua gênese, tinham os serviços sociais autônomos a finalidade de prestar atendimentos de educação profissional e assistência social às categorias profissionais vinculadas aos setores produtivos responsáveis por sua instituição, que formavam a base da pirâmide social, enquadrando-se como entidades assistenciais, expressão do assistencialismo típico daquela época.

Hoje, a situação é diversa. Isto, porque, passadas mais de sete décadas da criação dos primeiros serviços sociais autônomos, suas finalidades e meios de atuação adquiriram dimensão mais ampla e significativa, uma simbiose impar com os princípios fundamentais e os objetivos do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988, destinado a assegurar os direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social⁴⁰.

³⁷ O modelo foi ratificado na Carta Econômica de Teresópolis, cujo documento final da 1ª Conferência das Classes Produtoras do Brasil (Conclap), recomendou o combate à pobreza, o desenvolvimento das forças econômicas e a justiça social, que se faria, entre outras medidas, pela criação de serviços sociais destinados aos trabalhadores, custeados com recursos das classes patronais.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado a pedido do SESI/PR, versando sobre a contratação direta por dispensa de licitação de acordo com o regulamento de licitações e contratos do SESI. Curitiba, outubro de 2006.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Vide o preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

Nessa quadra, a República Federativa do Brasil tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político (artigo 1º.), com os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais, promover o bem de todos, sem qualquer discriminação, seja de origem, raça, sexo, cor e idade (artigo 3º.), para os quais toda a estrutura estatal, suas atividades e funções estão voltadas.

Dos princípios fundamentais e objetivos da República brasileira parcialmente transcritos, ressalta-se o princípio da dignidade humana, que é transversal em grande parte no Texto Constitucional, e eleito pela Constituição enquanto valor essencial que lhe confere unidade de sentido⁴¹. SARLET conceitua a dignidade da pessoa humana nos seguintes termos:

“Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁴²

Ao referir-se à “qualidade intrínseca e distintiva” o conceito direciona-se ao ponto gravitacional do princípio da dignidade humana que é de gerar ao indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre o seu destino, seus projetos existenciais e felicidade (autodeterminação). A autodeterminação depende de garantir à pessoa humana um complexo de direitos fundamentais que lhe possibilite condições para evoluir na sua própria existência, inclusive no âmbito das relações intersubjetivas, para o alcance de uma vida plena.

A partir dessas observações afirma-se que a realização do princípio da dignidade humana está intrinsecamente ligada a efetivação dos direitos fundamentais, onde se incluem os direitos sociais, já que através deles propicia-se o pleno exercício dos direitos de liberdade, a autodeterminação. Esse valor constitucionalizado permite justificar a existência dos serviços sociais autônomos enquanto instrumentos destinados à realização dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade humana e do próprio Estado Democrático de Direito⁴³.

41 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 56.

42 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 4ª ed., 2006, p. 60.

43 Neste sentido ver: GUIMARÃES, Marco Antônio. *Os Serviços Sociais Autônomos enquanto instrumentos realizadores do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso social*. Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico. Brasília, 2007.

Esse papel conferido aos serviços sociais autônomos não passou ao largo do Poder Constituinte originário, que optou por prevê-los expressamente:

“Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.”

“Art. 62. A lei criará o Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR) nos moldes da legislação relativa ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (SENAC), sem prejuízo das atribuições dos órgãos públicos que atuam na área.”

Por certo a menção dos serviços sociais autônomos da forma como posta na Constituição, além de lhes garantir fonte específica e própria de custeio, mediante a instituição de contribuição parafiscal prevista no seu artigo 240, confirma o seu caráter privado e a sua vinculação ao sistema sindical patronal, e lhes garante perenidade em relação a qualquer alteração infraconstitucional que lhes possa reduzir ou alterar a efetividade de atuação, inclusive sob a perspectiva de assim o fazendo ir de encontro ao princípio da vedação do retrocesso social⁴⁴. Vale aqui a transcrição de parte do o voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, no Recurso de Reconsideração – TC nº 025.898/2014-0:

“7. Bem vistas as coisas, o Constituinte originário não apenas ressalvou a contribuições para o Sistema S Sindical daquelas de natureza geral, constitucionalizando-a, mas trazendo para si a exação parafiscal, ou seja, não será por ele que ela pode ser alterada. 8. E mais: constitucionalizou o Sistema S Sindical ali existente, como que uma foto que não poderá ser mudada infraconstitucionalmente, acrescentando a ela o SENAR. Também de um só lance as disse privadas e as vinculou ao sistema sindical. Não é só! Transformou os “moldes da legislação relativa” ao SENAI e ao SENAC em matéria constitucional. Dito de outra forma, a ‘legislação’ (entenda-se em sentido lato) tem a consequência semântica de dizer muito mais que o escrito em sua norma, trazendo para si a concepção de algo que entendeu virtuoso, a *modelagem do Sistema S Sindical*”⁴⁵

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de Reconsideração. TC. 025.898/2014-0. *SecexPrevidência versus Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial* – DN. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 27 set. 2017. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcess.o?p1=25898&p2=2014&p3=0>. Acesso em 20/08/2018.

Neste diapasão, tem-se que, a partir da Constituição 1988, cumpre aos serviços sociais autônomos contribuir para a melhoria do País em seu conjunto institucional, atuando como órgãos de fomento social, consoante elucida MOREIRA NETO:

“Os serviços sociais autônomos já tiveram sua justificação fundada no dever assistencial genérico do Estado. Hoje, mais do que uma atividade meramente assistencial, eles se justificam como atividades de fomento público, em que o Estado intenta promover e desenvolver uma plena aptidão, técnica, física ou mental do homem para progredir no trabalho.”⁴⁶

A partir da atuação dos serviços sociais autônomos, busca-se a elevação geral da qualidade de vida no País, que não se relaciona apenas as condições diretas de sobrevivência, mas compreende indicadores relacionados na dimensão social e cultural, também por meio de ações que não tenham referibilidade (apenas indireta) aos seus beneficiários. Iniciativas que conduzam à estabilidade econômica, a melhoria do sistema de ensino, ao pleno emprego, à ampliação da remuneração dos trabalhadores, à elevação da qualidade dos serviços públicos (habitação, saneamento, transportes – todos benefícios *in natura* ofertados pelo Estado) são intimamente ligados a tais finalidades postas sob a guarda das entidades que compõem o Sistema S Sindical.

Posto isto, conclui-se que os serviços sociais autônomos nos seus mais de setenta anos de existência sofreram significativas mutações que os direcionaram para uma constante atualização, fruto em parte da própria mutação constitucional, de modo que de entidades assistencialistas atingiram o status de entes de fomento social, cujo escopo institucional foca na efetivação dos direitos fundamentais e do princípio fundamental da dignidade humana, sendo certo, como se vai demonstrar mais adiante, que essa condição é considerada pelo Supremo Tribunal Federal na consolidação da jurisprudência inerente ao Sistema S.

4.3 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Tradicionalmente, cabe ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição, ou seja, que de modo provocado analise as hipóteses de um conflito e, conhecendo o ordenamento jurídico, indique dentre as partes litigantes aquela a quem cabe razão. Esse é o conceito clássico de jurisdição⁴⁷ que devida-

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p. 25.

⁴⁷ Os tradicionais conceitos de jurisdição são atribuídos a Chiovenda e Carnelutti. Sobre o conceito de Chiovenda a respeito da jurisdição enquanto função de atuar a vontade concreta da lei veja-se: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, Campinas: Bookseller, 2008. p. 55. Sobre o conceito de Carnelutti a respeito do mesmo tema, definindo jurisdição como criação de norma individual para o caso concreto indica-se: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. v. 1, Padova: Cedan, 1938. p. 40.

mente sofreu reformas porque uma teoria da jurisdição não pode vingar quando não mais revele a função exercida pelo juiz e, o conceito clássico apresentado, não pode mais dar conta da função jurisdicional na contemporaneidade⁴⁸ e, por consequência, na Constituição de 1988.

O conceito de jurisdição passa por alterações principalmente em virtude das alterações pelas quais passa o conceito de Estado. Quando o conceito de Estado agrega a noção de Constituição e o Estado de Direito se torna Estado Constitucional, tem-se uma reviravolta na teoria a respeito do que fazem os juizes. Isso acontece basicamente porque ocorre uma alteração em todo o sistema de fontes.

No Estado Constitucional, o controle de constitucionalidade das leis, a possibilidade de declaração de situações de omissão inconstitucional, a versatilidade das demandas coletivas, o sopesamento dos princípios, o julgamento das demandas abstratas, são tarefas diferenciadas agregadas a função do juiz que exigem um novo conceito de jurisdição. Julgar deixa de ser apenas declarar a lei ou aplicar a lei diante de um caso concreto⁴⁹. A atividade do Poder Judiciário se torna, assim, na reviravolta paradigmática da ideia de Estado, para um Estado Constitucional, uma atividade mais complexa:

“Todo juez, cuando se ocupa de un caso (...) – aplica las leyes a un ejemplo concreto, <> o determina la naturaleza de la norma que debe aplicar, y al mismo tiempo crea un precedente por el que más tarde se guiarán otros tribunales. De este modo está ejerciendo necesariamente las tres funciones, y no podría llevar a cabo las tareas que le han sido encomendadas si no lo hiciera.”⁵⁰

Isso determina para a jurisdição a demonstração da legitimidade da decisão que não se ampara apenas na indicação de dispositivos legais. Sem ter o poder da bolsa e sem ter o poder da espada⁵¹, sem ter o voto popular, o Poder Judiciário é incumbido da missão gravíssima de avaliar os atos (e omissões) dos demais poderes e determinar se esses atos (e omissões) estão ou não de acordo com a Constituição e se podem ou não ser colocados ou mantidos em funcionamento⁵².

48 “Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas – uma vez que isso seria um erro derivado de uma falsa compreensão da história – certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 24.

49 *Ibidem*, p. 142.

50 VILLE, J. M. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007. p. 351.

51 “O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre o tesouro; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem nem FORÇA nem VONTADE, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças”. WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. v. 01. São Paulo: Ática, 2006. p. 273.

52 Isso não o coloca na posição de donatário da última palavra sobre as questões políticas, como explica Silva “esse debate (...) costuma pecar por certo maniqueísmo, como se o problema se resumisse às alternativas “todo poder aos juizes” ou “todo poder ao legislador”. Mas, essa constatação – de que o Judiciário tem domínio da decisão mesmo sem ter domínio do orçamento ou da força- auxilia na compreensão da função do julgador. SILVA, Virgílio Afonso. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p.197-227, jan./abr., 2009. p. 204.

O julgador é aquele que tem o domínio da argumentação diante da interpretação do Texto Constitucional, porque justifica suas decisões e as faz cumprir pelo argumento. Ainda que sem apoio popular, sem controle do orçamento público e sem controle das forças armadas, cumpre ao Judiciário, no Estado Constitucional, a função essencial de defender a validade das opções políticas e morais constitucionais, preservando o equilíbrio institucional.

Portanto, o conceito de jurisdição se altera, na alteração do conceito de Estado. Na transformação do Estado Legal em Estado Constitucional modifica-se a tarefa exercida pelo magistrado. Ao juiz não cabe mais aplicar a lei solucionando uma lide entre sujeitos privados. Tendo a Constituição por norma suprema, ao juiz caberá muitas vezes, inclusive, contrariar a lei. Diante deste cenário, o que legitima a decisão é a sua qualidade argumentativa que poderá ser conferida publicamente e confrontada com o sistema no qual se insere.

A transformação na atuação do Poder Judiciário trouxe também implicações para as entidades do Sistema S. Especialmente, mediante a jurisprudência exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no pós-88, significativa foi a contribuição judicial para a definição da natureza jurídica, da atualização do seu escopo institucional, do regime jurídico apropriado e limitação das atividades de controle em relação as entidades do Sistema S. Esse registro é relevante na medida em que se pode afirmar que tais decisões judiciais viabilizam e consolidam, em grande medida, o auto governo privado ao qual se sujeitam as entidades do Sistema S, que lhes garante autonomia financeira e administrativa.

Para demonstrar o até aqui alegado, far-se-á, agora, a análise de dois julgados relevantes, exarados pelo Supremo Tribunal Federal, em relação a questões polêmicas envolvendo as entidades do Sistema S. A intenção é demonstrar como os novos métodos interpretativos tem influenciado na construção que os juízes têm dado às decisões que envolvem tais entidades e como isso tem sido relevante para a prática jurídica destas instituições.

4.4 A ATUAÇÃO DO STF NA DEFINIÇÃO DE QUE A LEI GERAL DE LICITAÇÕES NÃO SE APLICA AOS PROCESSOS DE CONTRATAÇÃO REALIZADOS PELO SISTEMA S (MS 33442)

A decisão analisada é extremamente relevante para as entidades do Sistema S, na medida em que foi clara em relação a determinação de que tais entidades não estão obrigadas a cumprir estritamente os ditames da Lei Geral de Licitações. Isso significa que se aplica prioritariamente o regulamento específico da entidade, o que pode agilizar e facilitar as

contratações. No caso, o Tribunal de Contas da União exigia a aplicação direta da Lei de Licitações ao SENAC, porque esta entidade recebe alguma parcela de recursos públicos. O SENAC, por sua vez, defendia-se alegando se tratar de entidade privada, com legislação própria direcionada às contratações.

Para a compreensão do raciocínio empregado na decisão em análise, primeiramente é preciso explicar que tal decisão tomou como referência mesmo a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, o caminho argumentativo realizado pelo relator do caso, tomou como fundamento julgados anteriores, em situação semelhante, proferidos pelo mesmo Tribunal, como explicou o julgador: “Inicialmente, destaco que esta Corte já firmou orientação no sentido de que as entidades do Sistema “S” têm natureza privada e não integram a Administração Pública direta ou indireta, não se submetendo ao processo licitatório previsto pela Lei 8.666/93⁵³”.

Essa espécie de argumento está relacionada com a nova roupagem do Poder Judiciário brasileiro, especialmente em relação a importância que se dá, no manto da Constituição de 1988, à utilização dos precedentes. Além da noção geral de coerência, uma decisão deve guardar relação com as decisões anteriores, o que significa dizer que quando outros casos semelhantes houverem sido decididos em um determinado sentido é preciso tomar em consideração esse sentido como ponto de partida para a nova decisão, sem quebrar de maneira abrupta um histórico institucional de entendimento.

Esse critério é especialmente relevante na obra de Dworkin, que se refere à ideia de integridade do direito, partindo da construção do que enuncia como *romance em cadeia*⁵⁴. Juízes são autores e críticos. Na sua tarefa de interpretar o direito estudam as decisões anteriormente proferidas, refletem sobre a sua manutenção, inserem um pouco de si na decisão atual e assim influenciam a tarefa de outros juízes que futuramente refletirão sobre essa decisão na criação de novas decisões⁵⁵.

Tal preocupação do Poder Judiciário, em guardar respeito as decisões antecedentes, em muito pode favorecer a consolidação e a atuação das entidades do sistema S. É possível criar ações estratégicas, no caso relacionadas aos processos de contratação, tomando por prioridade o regulamento próprio e não a Lei de Licitações, pois se sabe que a cúpula do Judiciário tem uma compreensão uniforme e reiterada sobre o assunto. Isso confere segurança jurídica para a elaboração dos editais de licitação e contratações diretas, diminui a quantidade de recursos

53 MS 33442, 04/04/2018, p. 04.

54 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275.

55 *Idem*.

propostos pelas empresas participantes e, orienta a atuação dos órgãos de controle, que não devem ocupar seu tempo com a fiscalização do cumprimento da aplicação da mencionada lei de licitações aos processos de contratação no Sistema S.

A decisão em estudo ainda tem de relevante que implicou na anulação da determinação contida em acórdãos do Tribunal de Contas da União, o que revela a atuação do Poder Judiciário no controle dos excessos da fiscalização, garantindo liberdade de atuação as entidades do Sistema S. Aqui, mais uma vez se revela a importância da compreensão desta atuação, pela compreensão da maneira pós-positivista de encarar a função da jurisdição. No caso em análise, na interpretação da expressão controle finalístico, o Supremo Tribunal Federal foi capaz de encontrar a proibição para que o TCU determinasse a aplicação da Lei nº. 8.666/93 diretamente nos processos de seleção de contratados do Sistema S. A justificativa para que o Poder Judiciário tenha este poder, de decidir diferentemente inclusive do que já havia decidido o órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo, é o caráter argumentativo das suas decisões.

A solução para o caso em debate não era óbvia. E tanto não era óbvia e não se resolvia pela simples análise da legislação infraconstitucional, que o entendimento exarado pelo Poder Judiciário contrariou o entendimento anteriormente exarado pelo Tribunal de Contas. Em situações como a agora analisada, quando a operação lógica não é suficiente para a justificação da decisão, se exigirá do julgador ainda um reforço argumentativo. Esse reforço argumentativo denota que para além da apresentação das premissas que levam à conclusão, o intérprete deverá justificar e fundamentar também as próprias premissas⁵⁶.

O Tribunal Constitucional se depara frequentemente com julgamentos em abstrato, com problemas de interpretação (não de prova ou de qualificação de fatos), com o dever de responder à problemas políticos cuja definição pode causar graves impactos sociais e econômicos. Esse tipo de situação exige um método interpretativo específico ainda mais reforçado contra as arbitrariedades.

A decisão analisada, ao encontrar fundamento na aplicação dos precedentes relacionados ao caso, demonstra a importância conferida pelos próprios julgadores aos debates já travados e argumentos já debatidos. Assim, o caso que pode ser considerado difícil, diante da inexistência de dispositivos normativos específicos que resolvam a celeuma, se torna um caso resolvido

56 Partilha-se, portanto, do pressuposto de que alguns casos são casos difíceis e exigem uma fundamentação que fica além das regras, mas aquém dos julgamentos políticos e morais pessoais do julgador. A distinção entre casos fáceis e casos difíceis é tratada na doutrina pelos principais expoentes: HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

pelo reforço argumentativo, encontrado nas razões exaradas em decisões antecedentes⁵⁷: A utilização dos precedentes é importante, pois alinha e esclarece o entendimento do Tribunal, confere segurança jurídica para a população, poupa a renovação da discussão já travada.

Decisões assim fundamentadas são também importantes para os jurisdicionados e, no caso, no que aqui interessa, para as entidades do Sistema S. Na atualidade, além de delimitação legal e, mesmo, constitucional, existe uma importância significativa nas decisões judiciais para a definição do modelo de atuação destas entidades no ordenamento brasileiro.

Na decisão analisada verificou-se que o recurso a utilização de precedentes favoreceu que o Supremo Tribunal Federal, diante de uma celeuma que não era facilmente resolvida mediante a aplicação da legislação infraconstitucional e métodos de interpretação tradicionais, pudesse buscar o sentido da expressão constitucional em análise (controle finalístico) preenchendo seu conteúdo de acordo com os debates e posições que o Tribunal já havia manifestado em outras decisões, também relacionadas as entidades do Sistema S.

Apenas pelo entendimento – anterior- de que tais entidades não fazem parte da administração direta e indireta, é que o tribunal pode chegar à conclusão de que o “controle finalístico” não permite ao Tribunal de Contas exigir das entidades do Sistema S que aplique aos seus processos de contratação a Lei 8.666/93, nem mesmo de forma subsidiária, nas hipóteses que o Regulamento de Licitações e Contratos dessas Entidades são silentes.

Isso reitera a tese aqui defendida, de que o Judiciário proeminente na Constituição de 1988, capaz de produzir decisões bem fundamentadas a partir de parâmetros pós-positivistas, é importante fator na consolidação das entidades do Sistema S, auxiliando-as no cumprimento da missão constitucional que lhes foi demandada, na forma explicada no primeiro tópico do trabalho.

57 Na mesma linha, ao apreciar o RE 789.874-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 19.11.2014, o Plenário fixou o entendimento no sentido de que os serviços sociais autônomos possuem natureza jurídica de direito privado e não estão sujeitos à regra do art. 37, II, da Constituição, que exige a realização de concurso público para contratação de pessoal. Na oportunidade, ressaltou-se que as entidades do “Sistema S” desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias, bem como a prerrogativa de autogestão de seus recursos. São patrocinadas por recursos recolhidos do setor produtivo beneficiado, tendo recebido inegável autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do Tribunal de Contas da União.

4.5 A ATUAÇÃO DO STF NA DEFINIÇÃO DE QUE AS ENTIDADES DO SISTEMA S NÃO ESTÃO SUBMETIDAS A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO (RE789874)

No caso em análise – RE 789874 – o Ministério Público exigia que as entidades do Sistema S, por estarem subvencionadas por contribuições parafiscais, atendessem aos princípios constitucionais da Administração Pública, determinados no artigo 37⁵⁸, o que implicaria a obrigação de contratar pessoal apenas mediante a realização de concursos públicos. De outro lado, defendia a entidade do Sistema S, que por ser pessoa jurídica de direito privado, sem natureza de administração direta ou indireta, ainda que receba recursos públicos, não está sujeita aos mencionados princípios, diretamente, assim como não está obrigada à realização de concursos públicos. Venceu a segunda tese, em decisão fundamentada do Supremo Tribunal Federal, cujos argumentos serão agora analisados.

O relator do processo elaborou ampla análise da legislação infraconstitucional e constitucional que trata a matéria, na utilização da fundamentação normativa, importante diante dos modelos de justificação das decisões pós-positivistas. Uma decisão sobre casos difíceis, para ser racional e aceitável, precisa estar pautada em algum elemento jurídico compartilhado e não em impressões pessoais do magistrado. Nesse ponto, percebe-se a relevância da deferência do Poder Judiciário em relação ao direito positivo.

O magistrado deve respeito às opções que cabem aos poderes políticos e a sua função é também zelar pela boa aplicação dessas opções, representadas por normas. As normas jurídicas cumprem um papel fundamental na persecução de um dos principais objetivos do Estado de Direito que é a segurança jurídica. Assim, existindo norma válida aplicável ao caso, ela não pode ser ignorada: “... juízes não inventam o direito do nada. Seu papel é o de aplicar as normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenhem uma função criativa do direito (...) deverão fazê-lo a luz dos valores compartilhados.”⁵⁹

Além deste ponto, é possível identificar na decisão a importância conferida ao Magistrado à coerência do posicionamento adotado, inclusive em relação as decisões futuras - se o raciocínio empregado no julgamento analisado poderia ser repetido, no futuro, em casos semelhantes, em situações envolvendo outras entidades aproximadas juridicamente das entidades do Sistema S:

58 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: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

59 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 37, mar. 2004. p. 21.

“Tal relação de causa e efeito, além de não prevista em lei e nem ser decorrência de norma ou princípio constitucional, jamais foi cogitada para outras entidades de direito privado que usufruem de recursos públicos, como as de utilidade pública declarada, as entidades beneficentes de assistência social e mesmo as entidades sindicais, também financiadas por contribuições compulsórias.”⁶⁰

Tal preocupação também se aproxima do que se espera da função jurisdicional no momento pós-positivista. O que se afirma é um dever inerente a responsabilidade de julgar, que corresponde a indagar quais as consequências de uma decisão em um determinado sentido, sabendo que ela sendo um precedente ocasionará várias outras decisões naquele mesmo sentido: “...como uma pessoa prudente e cautelosa qualquer juiz deve olhar o conjunto de situações possíveis que terão de ser cobertas, do ponto de vista jurídico pela sentença proposta.”⁶¹

As pessoas pautam-se, em alguma medida, no que entendem do direito e de como os tribunais o declaram. As pessoas, na maioria das circunstâncias, acompanham a leitura que se faz dos institutos jurídicos e esforçam-se para segui-la no cotidiano, evitando encontrar-se fora do direito. O magistrado precisa estar consciente de que a decisão por ele proferida, repetida diversas vezes e firmada no entendimento geral, deve ter o condão de fazer cumprir o direito, para além daquele caso específico que está sendo colocado a prova.⁶²

Portanto, o que se demonstra da análise do julgado em causa é que a qualidade argumentativa da decisão proferida, especialmente referente ao direito positivo e preocupada com a sua aplicação nos casos futuros, confere as entidades de Sistema S mais do que uma posição decorrente de um dispositivo de autoridade. O que importa, no caso, além do que o que foi decidido é como e porque foi decidido.

Em situações como a analisada, mais do que dizer que o Sistema S não está sujeito aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal ou as regras de concurso público, o Judiciário está a realizar a definição do que sejam estas entidades para o direito, considerando a interpretação e a aplicação da Constituição de 1988, para muito além da sua redação literal.

⁶⁰ RE 789874, 19/11/2014, p. 12

⁶¹ MACCORMICK, *Retórica e Estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

⁶² *Ibidem*, p. 149.

4.6 CONCLUSÃO

O trabalho em análise teve como marco a Constituição Federal de 1988 e a mutação ocorrida no Sistema S Sindical nos 30 anos de sua vigência, a partir do Texto Constitucional e da visão do Poder Judiciário, mais precisamente do Supremo Tribunal Federal. A partir desse corte epistemológico analisou-se o fenômeno da constitucionalização do Sistema S para, então, definir a sua relevância na efetivação dos direitos fundamentais constitucionalizados, do princípio da dignidade humana e do Estado Democrático de Direito.

Para além disso, estudou-se o Poder Judiciário e as transformações por ele sofridas sob a égide da Constituição de 1988, demonstrando como essas transformações foram significativas também para as entidades do Sistema S, na medida em que a utilização de métodos refinados de interpretação e justificação das decisões, nos casos que envolvem os serviços sociais autônomos, viabilizou, por exemplo, em alguma medida, salvaguardar as entidades do controle abusivo e auxiliar mesmo na definição e consolidação da sua natureza jurídica e de sua autonomia administrativa plena.

Decisões bem fundamentadas, que se preocupam em apontar o fundamento normativo compartilhado por todos, que se importam com o respeito às decisões antecedentes, que atentam para a possibilidade de serem aplicadas em casos semelhantes no futuro e que partem de um juízo consciente em relação ao seu impacto prático são muito relevantes, na medida em que favorecem um ambiente institucional saudável e seguro, e tendem a ser observadas não apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos os poderes e jurisdicionados, inclusive os órgãos de controle.

A análise das decisões acima apontadas revela que o Poder Judiciário tem auxiliado na construção das definições relevantes a natureza e funcionamento do Sistema S, mediante a elaboração de decisões fundamentadas e coerentes. Sendo assim, se faz necessário que na compreensão dos fenômenos mencionados, aqueles que defendem as entidades do Sistema S tenham interesse por estes argumentos, tanto para fiscaliza-los (na medida em que o fiscal do Judiciário é – assim como dos demais poderes- o jurisdicionado) quanto para repeti-los e utiliza-los, no cotidiano, inclusive perante os órgãos de controle, cientes de que favorecem assim a criação de um ambiente seguro e previsível.

4.7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Lady, 2003.

_____. **El sentido del derecho**. Buenos Aires: Ariel, 2007.

ARNIO, Aulis. **Le rationnel comme raisonnable**: La justification en droit. Bruxelles: Story-Scientia, 1992.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiróz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 4, n. 37, mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS 33442. Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial- SENAC versus Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Teori Zavascki. 04 abril. 2018. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4702386>:. Acesso em 02/08/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 789874. Ministério Público do Trabalho versus Serviço Social do Transporte – SEST. Relator Ministro Teori Zavascki. 19 Nov. 2014. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4511459&numeroProcesso=789874&classeProcesso=RE&numeroTema=569>. Acesso em 02/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Recurso de Reconsideração. TC. 025.898/2014-0: SecexPrevidência versus Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – DN. Relator: Ministro Benjamin Zymler. 27 set. 2017. Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=25898&p2=2014&p3=0>: Acesso em 20/08/2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do direito e decisão racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. v. 1, Padova: Cedan, 1938.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2, Campinas: Book-seller, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La Constitución como norma y el tribunal constitucional**. 3 ed. Madrid: Civitas, 1991.

FONSECA, Celso Suckow. **História do ensino industrial no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola Técnica, 1961.

GORZONI, Paula Fernanda Alves da Cunha. **Ponderação e critérios racionais de decidibilidade na argumentação judicial**. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GUIMARÃES, Marco Antônio. **Os serviços sociais autônomos enquanto instrumentos realizadores do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Prêmio ENASS de Trabalho Jurídico. Brasília. 2007.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado a pedido do SESI/PR. Curitiba. 2016. Não publicado.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Natureza jurídica dos serviços sociais autônomos**. Revista Sebrae, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5ª ed. São Paulo : Max Limonad, 2002.

PORTO, Walter Costa. **Coleção Constituições Brasileiras – Volume IV**. Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Livraria do Advogado Editora : Porto Alegre, 4ª ed., 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 250, p.197-227, jan./abr., 2009.

TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229- 257, 2007.

VILLE, J. M. C. **Constitucionalismo y separación de poderes**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. v. 01. São Paulo: Ática, 2006.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**5 – CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE
DIREITO: O DIREITO DE NÃO PAGAR O PATO**

Clayton Gomes de Medeiros

Departamento Regional do Paraná

5.1 INTRODUÇÃO

Em 2015 as Federações das Indústrias de diversos estados se dispuseram a difundir a campanha denominada “Não Vou Pagar o Pato”⁶³, que tinha por objetivo a oposição diante da proposta de criação de novos tributos, aumento de impostos e a volta da CPMF proposta pelo governo federal.

A campanha possuía um pato inflável amarelo gigante, que fazia alusão a expressão popular “pagar o pato”, que dentre os diversos significados possíveis tem-se: “levar a culpa por algo”, “arcar com o resultado”, “fazer papel de bobo”, “arcar com as consequências da ação de outra pessoa”, “levar a culpa por algo que não deu causa”, dentre outras.

A campanha tinha como objetivo conscientizar a sociedade sobre a alta carga tributária já suportada em produtos e serviços, e evitar, além do aumento da carga tributária, a volta da CPMF, proposta em um dado momento político-econômico, por não ser saudável para a sociedade e para a economia do país já soterrada pela pesada carga tributária.

Assim, este trabalho foi estruturado para que possamos compreender melhor a lógica da sistemática tributária e o desenvolvimento da pesquisa pauta-se no método dedutivo, empregado com a técnica da pesquisa bibliográfica, em busca da “ratio” do sistema tributário, e o porquê a campanha “Não Vou Pagar o Pato” deveria ser abraçada por todos, e não se tratava de uma campanha de cunho político-partidário.

Para tanto, ao estado foi atribuído poder, e entre os poderes concedidos pela sociedade ao Estado, seguramente um dos maiores é o poder de tributar. A tributação se coloca como necessária para a concretização do contrato social para se atingir o bem-comum.

O poder de tributar está na origem do Estado enquanto ente político na construção de uma sociedade.

Entende-se que a tributação decorre da necessidade dos indivíduos em conviver socialmente e para tanto necessitam de um poder comum que possa administrar a coisa pública (relação entre governantes e governados), o poder é atribuído ao Estado.

63 A campanha foi uma iniciativa da Frente Nacional contra o Aumento de Impostos, criada em 3 de setembro, com amplo apoio de mais de 160 entidades de diversos setores. Mais informações sobre a campanha o manifesto público vide site eletrônico: <http://www.naovoupagaropato.com.br/>

E buscando construir uma estrutura estatal que prime pelo bem da coletividade, se dá à tributação o poder de restringir a capacidade econômico-financeira individual, ou seja, o poder de tributar justifica-se por objetivar a construção e fortalecimento do agrupamento social, em detrimento de interesses individuais, pois sem Estado, poderia não haver garantia da propriedade privada e de outros bens juridicamente tutelados.

Nota-se que a tributação está dentro os poderes mais essenciais do Estado, na medida em que os tributos garantem condições para exercício dos demais direitos.

Assim, tributação e as receitas tributárias são essenciais nos modelos de Estado que optaram por um modelo político-econômico de livre iniciativa, concorrencial. O modelo capitalista tem como premissa básica a concorrência entre aqueles que desenvolvem atividade econômica, estando o Estado na atuação precípua de controlador do mercado.

Neste cenário o tributo torna-se a grande e talvez única arma contra a estatização da economia. A relevância dos tributos, decorre do fato do Estado não se valer de fontes próprias de recursos, já que, em regra, não desenvolve atividade econômica.

Segundo Hugo de Brito Machado⁶⁴ os tributos são instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver, sem eles os Estados não teriam fontes de recursos para desenvolverem as políticas pública que lhes são atribuídas pelo texto constitucional, ou seja, o Estado se vale da arrecadação advinda da tributação para realizar os seus fins sociais.

Desta forma é importante ressaltar que há um incessante empenho operado pelos entes públicos, por seus órgãos responsáveis pela Administração Tributária, no intuito de garantir a tributação e no anseio de que a arrecadação chegue aos cofres públicos.

É com essa arrecadação, que os entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, passam a ter condições financeiras de executar suas atribuições constitucionais e políticas públicas eleitas.

Ou seja, quanto melhor se dá a tributação e arrecadação, mais próximo de concretizar os orçamentos legislados.

Assim, os entes públicos se empenham no sentido de usar o processo de fiscalização (esfera administrativa) e de execução fiscal (esfera judicial), para atingirem seus objetivos.

⁶⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27 ed. São Paulo. Malheiros, 2006, p. 24.

Neste condão a Constituição Federal atribui poder de tributar aos entes públicos, distribuindo a competência tributária entre união, estados e distrito federal, e municípios. Porém, diante do poder de tributar do Estado se fez necessário criar freios e garantir proteção aos contribuintes, razões pelas quais diversos princípios norteadores da tributação foram forjados no texto constitucional, os quais limitam o exercício do poder de tributar do Estado.

Em que pese a existência dos princípios limitadores na esfera constitucional, muitas vezes tais princípios deixam de ser observados no processo de imposição de tributos, no anseio de buscar mais recursos por parte do Estado, onde se evidencia a sanha arrecadatória dos entes tributantes.

Diante dessa prática, se faz mister que a sociedade se organize, para recordar ao Estado a quem serve, e que seja razoável nas exações tributárias, para que estas sejam estabelecidas de acordo com a Carta Política do Estado.

Neste sentido é de suma importância refletir a tributação, sua finalidade, a carga tributária imposta aos contribuintes, a gestão dos recursos públicos diante de majoração de tributos e por fim, quem realmente arca com o custo da tributação.

5.2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

Observa-se que é natural o agrupamento de seres humanos em comunidades e sociedades, porém tais agrupamentos trazem complexidades para as coexistências, sendo necessário uma força maior que possa dirigir, conduzir, regular o comportamento humano em sociedade: o Estado.

O Estado pode ser considerado nos atuais modelos de agrupamento social essa força maior que se sobrepõe às individualidades, sendo que seu objetivo é tornar efetivas as normas jurídicas e proteger seus integrantes, tanto uns dos outros como principalmente de fatores externos ao mesmo.

E para custear essas atividades e todas as outras que envolvem a manutenção do Estado e da sociedade, um ramo do direito se ocupou com a tributação: o Direito Tributário.

Para bem conceituar o Direito Tributário, vejamos o que diz o autor Ricardo Lobo Torres:

“O direito tributário é o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade financeira relacionada com a instituição e cobrança de tributos: impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios.”⁶⁵

Assim, o direito tributário se insere como uma parte do direito financeiro, onde direito financeiro é gênero e direito tributário é espécie.⁶⁶

O sistema tributário deriva de uma necessidade estatal, que para manter sua estrutura, necessita desenvolver atividade financeira, na forma de cobrança de tributos. Nas palavras do autor Hugo de Brito Machado:

“Diz-se que o Estado exercita apenas atividade financeira, como tal entendido o conjunto de atos que o Estado pratica na obtenção, na gestão e na aplicação dos meios de pagamento de que necessita para atingir os seus fins.”⁶⁷

Nesse sistema, distribuíram-se as competências, para instituir os tributos, entre os entes da federação, quais sejam União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ainda, o Código Tributário Nacional, em seu art. 3º define que:

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

O atual Sistema Tributário Nacional tem suas normas estabelecidas na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 145 a 169, bem como no Código Tributário Nacional, trazido pela Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Outrossim, as normas tributárias devem observar os princípios constitucionais tributários.

Verifica-se que, a tributação é o meio pelo qual o Estado obtém recurso financeiro para a realização da concepção do bem comum, missão institucional e constitucional. Contudo, pode-se afirmar que são cinco as espécies tributárias que compõem o sistema tributário brasileiro: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.⁶⁸

⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

⁶⁶ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20.

⁶⁷ MACHADO, MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 24.

⁶⁸ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 328.

Por meio dos tributos o Estado tem o dever de disponibilizar à sociedade os serviços que são de sua competência, provendo as necessidades coletivas. Observando assim o que preceitua o art. 3º da CF/88:

Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I– construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II– garantir o desenvolvimento nacional;
- III– erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV– promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É de suma importância que a sociedade detenha informações acerca do direito tributário, que seja difundida e estimulada uma consciência crítica sobre a tributação, pois o direito tributário encontra-se inserido em um sistema de normas interligadas e conectadas entre si, visando distribuir competências e limitar o poder de tributar dos entes da Federação, e a proteção dos contribuintes se afasta em muito diante da inércia de conhecimento quanto ao sistema tributário.

5.3 O ESTADO E O PODER DE TRIBUTAR

O Estado mediante a arrecadação de tributos está aplicando o que se chama tributação, já o Direito Tributário tem a finalidade de limitar a ação estatal, diante da vida privada são alguns entes do poder público, que regulam as relações entre o Estado e o contribuinte. Definido que o Direito Tributário diferente do Direito Financeiro, seu objetivo é regular a relação jurídica entre o Estado e contribuinte, e não apenas arrecadar tributos.

A finalidade real do Direito Tributário é pertinente a normas protetivas e a limitação do poder de tributar deixando assegurados os direitos e garantias dos contribuintes.

O poder de tributar é limitado para o Estado, e que a finalidade do Direito Tributário, é diversa da finalidade de tributo e que esta distinção deve ser clara em nosso estudo. O sistema jurídico tributário é importante destacar seus aspectos⁶⁹.

⁶⁹ BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

O sistema jurídico tributário é uno porque está presente dentro de um sistema jurídico único universal, e complexo, tendo em vista a infinidade de princípios, regras e normas que são de carácter geral e específico, tratando de determinados assuntos, que visam solucionar sua aplicação ao caso concreto⁷⁰. Que nada mais são que os princípios que regem a boa relação jurídica no sistema tributário.

É notória a importância que não se deve confundir a competência (delegação) tributária que é a previsão pela Constituição, com o poder de tributar, o qual venha a ser um carácter exclusivo de atribuição legal por parte do Estado, para criar, aumentar ou diminuir ou extinguir os tributos, então embora muitas vezes quem tem, competência também tem o poder, porém isso não é genérico. A CF/88 é rígida e de controle judiciário das leis e atos administrativos, os princípios que a Ciência das Finanças apurou em sua compósita formação política, moral, econômica ou técnica são integrados em regras estáveis e eficazes. Funcionam como limitações ao poder de tributar.⁷¹

O estado é limitado, não deixando que ocorra a estatização das atividades econômicas privadas, objetivando que o Estado não interfira em sua vida particular, bem como no domínio de seu patrimônio, de maneira que apenas retire o indispensável para a satisfação da sociedade. Fazendo que tanto o contribuinte como o estado, tenham responsabilidade na relação obrigacional tributária existente entre os mesmos.⁷²

O sistema jurídico brasileiro é um sistema federativo, dessa forma o Estado só realiza o poder estatutário, no que se refere aos deveres de sanar o direito de toda a população, visando evitar tratamentos desiguais na sociedade.⁷³

O os princípios constitucionais são totalmente necessários para manter a boa relação entre o Estado e o contribuinte, bem como a limitação do poder.⁷⁴

5.3.1 DA DISTRIBUIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Competência tributária é uma expressão tipicamente jurídica, é o nome dado a quem recebe atribuição outorgada pelo Direito, ou seja, aquele determinado ente do ordenamento

⁷⁰ CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

⁷¹ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.2.

⁷² MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.32.

⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

⁷⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 114.

jurídico que ficará responsável por arrecadar o tributo, existindo apenas no sistema normativo. Podendo ser este os Municípios, Estados e Distrito Federal e União, de acordo com os artigos 153 a 156 da Constituição Federal, onde é delegado a cada ente arrecadador o seu direito e dever de arrecadar.

A competência tributária é do ente que tem atribuição do poder prevista na Constituição, as entidades que tem sua competência de tributar, é aquela que restringui a atividade tributacional em determinada matéria. A competência é o poder impositivo delimitado, obriga a impor limites da parcela.⁷⁵

Não dispõe a autoridade pública de poder ilimitado, pois conforme a aplicação dos princípios constitucionais tributários, são inúmeras as limitações aos poderes no que diz respeito ao exercício da competência de tributar.⁷⁶

É de indubitável importância para o presente trabalho, delinear o instituto da competência tributária, a medida em que temos diversos níveis de entes federados com competência tributária. Esta competência inclui o poder de legislar, instituir e cobrar tributos, objetivando a arrecadação dos tributos para os cofres públicos.

A partir dessa premissa se pode notar que todos podem e devem exigir os tributos de sua competência, e o fazem simultaneamente, diante da ocorrência do fato gerador dos tributos, ou seja; da materialização da hipótese de incidência prevista em lei dos diversos tributos instituídos pelos entes tributantes.

Desta forma pode se concluir que há diversos entes interessados na arrecadação e o contribuinte (sujeito passivo) é o mesmo para todos os entes tributantes (sujeito ativo), o que pode impedir que os entes tributantes vejam o contribuinte de forma holística, integrar. Os entes tributantes conseguem perceber o contribuinte apenas para os seus tributos, os que estão dentro de sua competência, perdendo a percepção do contribuinte diante dos tributos instituídos em todas as esferas federativas.

5.3.2 DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

Da mesma forma se faz necessário delinear, mesmo que de forma bastante sucinta, as espécies tributárias, no intuito de observar os gêneros tributários já existente, e que podem ser exigidos atualmente.

⁷⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 63.

⁷⁶ SCHIMIEGUEL, Carlos. *A Capacidade Contributiva como Termo Unificador da Tributação*. Xanxerê: News Print, 2011, p. 42.

Observa-se que tributo é gênero do qual são espécies os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Tem-se aí a clássica divisão tripartite com fundamentação no CTN.⁷⁷

Ressalta-se que com o advento da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal afirmou que são cinco as espécies tributárias abrangidas pelo Sistema Tributário Nacional. As espécies tributárias existentes no sistema tributário Brasileiro atualmente, que a doutrina majoritária, bem como o STF entendem como sendo 5 (cinco): 1 – Taxas; 2 – Contribuições de Melhoria; 3 – Empréstimos Compulsórios; 4 – Contribuições Sociais; e 5 – Impostos⁷⁸. Vejamos a decisão proferida:⁷⁹

“Os tributos, nas suas diversas espécies, compõem o Sistema Constitucional Tributário brasileiro, que a Constituição inscreve nos seus arts. 145 a 162. Tributo, sabemos todos, encontra definição no art. 3º do CTN, definição que se resume, em termos jurídicos, no constituir ele uma obrigação que a lei impõe às pessoas, de entrega de uma certa importância em dinheiro ao Estado. As obrigações são voluntárias ou legais. As primeiras decorrem da vontade das partes, assim, do contrato; as legais resultam da lei, por isso são denominadas obrigações *ex lege* e podem ser encontradas tanto no direito público quanto no direito privado. A obrigação tributária, obrigação *ex lege*, a mais importante do direito público, ‘nasce de um fato qualquer da vida concreta, que antes havia sido qualificado pela lei como apto a determinar o seu nascimento.’ (Geraldo Ataliba, ‘*Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário*’, in ‘*Diritto e pratica tributaria*’, volume L, Padova, Cedam, 1979). As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (CF, art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (CF, art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (CF, art. 145, III), c.2) sociais (CF, art. 149), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (CF, art. 195, CF, 195, § 4º) e c.2.2) salário educação (CF, art. 212, § 5º) e c.3) especiais: c.3.1.) de intervenção no domínio econômico (CF, art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (CF, art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (CF, art. 148).” (ADI 447, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, voto do Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 5-6-1991, Plenário, DJ de 5-3-1993)”

77 HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 327.

78 CASSONE, Vittorio. *Direito Tributário*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 26.

79 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201380>. Consulta em 08 de ago. 2018.

Toma relevo a verificação das várias espécies tributárias, para que se possa identificar no caso concreto, de qual espécie se trata e trata-la conforme a especificidade de cada uma, bem como as fontes de receitas tributárias dos entes.⁸⁰

Após compreender um pouco mais sobre a importância e finalidade da tributação no modelo político-econômico adotado pelo Brasil, bem como conhecer a competência tributária estabelecida no texto constitucional e de forma bastante sucinta as múltiplas fontes de receita tributária existentes, se faz necessário compreender melhor quem são os sujeitos passíveis de tributação, e quem efetivamente arca com a tributação no Brasil.

5.4 O CONTRIBUINTE DE FATO E O CONTRIBUINTE DE DIREITO

Após compreender que as exações tributárias feitas pelo Estado são necessárias para a sua manutenção e para a manutenção dos direitos sociais previstos no texto constitucional, é importante notar quem efetivamente arca com a tributação. Por esta razão o trabalho se preocupou em identificar o contribuinte de fato e o contribuinte de direito, ou seja: **quem é o sujeito passivo definido no texto normativo e quem realmente arca com os tributos, quem definitivamente paga o pato.**

Na relação jurídico-tributária encontraremos obrigatoriamente dois sujeitos: o sujeito ativo e o sujeito passivo. Sendo que o sujeito ativo será o titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária que poderá ser uma pessoa jurídica, pública ou privada.

Já o sujeito passivo seria a pessoa física ou jurídica, privada ou pública, de quem se exige o cumprimento da obrigação tributária, muitas vezes chamado de contribuinte.

Neste sentido pode se observar uma divisão feita pela doutrina que é de extrema relevância ao debate, a de que podemos ter sujeição passiva por pessoas físicas e também por pessoas jurídicas. E nasce a pergunta: Pessoas jurídicas arcam com a tributação?

A primeira resposta é: SIM. Claro e evidente que pessoas jurídicas são sujeitos de direitos a quem a lei tributária pode impor obrigações tributárias principais e/ou acessórias.

Mas ao verticalizar o raciocínio, perceberá que o custo da tributação suportado pelas pessoas jurídicas, quer sejam indústrias, serviços, comércio, ou seja, qualquer que seja o setor produtivo, pode se perceber que sempre o custo da tributação será repassado ao consumidor pessoa física final.

⁸⁰ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 8. ed. Porto Alegre: Esmafe, 2006, p. 36.

Qualquer que seja a hipótese desenhada, o custo do tributo é incorporado no valor do produto ou serviço ofertado ao contribuinte. Apenas hipóteses de prejuízo, que poderão importar na recuperação judicial ou falência da pessoa jurídica, este custo é suportado por pessoa diferente do consumidor pessoa física final, sendo suportado pelo próprio patrimônio dos detentores da pessoa jurídica.

Ou seja, a segunda resposta possível e mais acertada ao questionamento inicial é: NÃO. Evidente que pessoas jurídicas não arcam com o custo do tributo, da sua majoração da sua criação, pois repassarão o custo efetivo aos seus consumidores.

Nesta ocasião é possível notar que há um sujeito passivo definido pela lei, estabelecendo o que se pode chamar de contribuinte de direito. Ocorre que ao ser incorporado no custo do bem ou serviço, quem efetivamente arca com o custo da tributação de forma indireta é o que se poderia chamar de contribuinte de fato, pois na realidade quem arcou com o custo da tributação foi este.

Nota-se que exação exigida das pessoas jurídicas e suportadas pelos seus consumidores corresponde a tributação indireta, onde o encargo fiscal repercute na economicamente na cadeia de consumo, se dando a transferência do ônus tributário ao consumidor final por intermédio da incorporação do tributo no preço do bem ou serviço.

Dessa forma se pode notar a existência do chamado contribuinte de direito, definido no ordenamento como o responsável pelo fato imponível e que ocupa, conseqüentemente, o polo passivo da obrigação tributária juridicamente definida, e aquele que arca economicamente com o encargo em si, denominado contribuinte de fato.

Para fins judiciais o contribuinte de fato não existe, esta terminologia se reveste de conteúdo econômico, não sendo o sujeito passivo definido em lei, nem mesmo o contribuinte a quem se impõe a obrigação tributária.

5.4.1 DA PROTEÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA QUE NÃO PASSE POR PATO

É cediço que a tributação se faz necessária, como já explanado, e que continuará a existir nos estados que adotam o modelo político-econômico da livre iniciativa, porém é dever e poder da sociedade exigir a observância aos princípios constitucionais tributários e também os relativos à boa Administração Pública, razão pela qual se passa a expor os princípios mais relevantes à ideia de tributação justa e que podem embasar as campanhas contra o aumento de tributos ou instituição de outros.

O princípio da legalidade no direito tributário é fundamental, ao sistema de tributação na proteção dos contribuintes tendo em vista que o mesmo trata da segurança jurídica da capacidade do contribuinte. O Estado necessita também seguir as ordens da Constituição e como um dos princípios que trata das limitações do poder o Art. 150, I, da CF, assegura que o contribuinte não será tributado, deverá tributo majorado sem lei anterior que o estabeleça.

Pelo princípio da legalidade (Art. 5º CF/88), tem-se a garantia de quem nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser através de Lei (CF, art. 150, inc. I). A constituição é explícita. Tanto a criação como o aumento dependem de lei. Isso decorreu do fato de que, no art. 153, § 29⁸¹, da Constituição de 1967 a regra vinha formulada juntamente com as ressalvas e tais ressalvas eram pertinentes apenas aos aumentos.⁸²

O princípio da Isonomia Tributária, como já definido em outros ramos do direito, visa a buscar da isonomia fundamentada junto aos Direitos e Deveres individuais e coletivos, garantidos no Art. 5.º, expresso na Constituição Federal de 1988.

Todos sem distinção de raça, cor, ou sexo, são iguais perante a lei, esse princípio é em especial para a capacidade contributiva do contribuinte, para que o Estado não cobre tributo além do necessário para manutenção do Estado, mas, não comprometendo a renda do contribuinte. É a proteção da isonomia jurídica.⁸³

As Limitações ao Poder de Tributar por parte do Estado, uma vez as limitações asseguram que não poderá o Estado exigir contribuição maior que a capacidade econômica do contribuinte. A Constituição ainda em seu Art. 150, inciso II, prevê isonomia de tratamento de forma a trazer equidade de situação entre os contribuintes.

O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições.⁸⁴

É assegurado pela Constituição, tendo em vista se tratar de um dos direitos fundamentais. Não de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir.⁸⁵

81 "Constituição Federal de 1967 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 29 Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, em cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o imposto sobre produtos industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição. (Redação da pela Emenda Constitucional n.º 8, de 1977)"

82 HUGO, de Brito Machado. *Direito tributário*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62.

83 HUGO, de Brito Machado. *Direito tributário*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 62.

84 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 89-90.

85 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 160

O Princípio da Capacidade Contributiva com previsão legal no art. 145, §1.º da CF/88. Não exista consenso sobre o exato significado e alcance da expressão capacidade contributiva, alguns elementos da sua caracterização estão presentes em quase todas as manifestações doutrinárias sobre o assunto, o que viabiliza a elaboração de uma proposta sustentável.⁸⁶

O Princípio da Capacidade Contributiva, é um respaldo do Princípio da Igualdade ou Isonomia, pois impõe tratamento igual entre os iguais, e desigual entre os desiguais na medida de suas desigualdades, partindo do pressuposto que quem é financeiramente melhor sucedido contribua mais, quem tem menos, contribui apenas com necessário para a tributação,⁸⁷ desde que não comprometa sua renda mínima. Bem como para que não comprometa o direito fundamental da propriedade, ligando diretamente com o princípio da vedação do confisco, que leva limitações ao poder, para reprimir exações confiscatórias e impedir a oneração de rendas mínimas.

O princípio da capacidade contributiva pode ser considerado como informador da qualidade de justo do Sistema Tributário (lógico que juntamente com os demais princípios constitucionais tributários). Mais do que isso, é o parâmetro constitucional de fixação do dever fundamental de recolher tributos, sendo medida do dever de cidadania e solidariedade.⁸⁸

O Princípio da Vedação ao Confisco é um meio de garantir seu direito fundamental de propriedade ao contribuinte, de que não poderá o Estado, prejudicá-lo com o confisco. Sua previsão legal encontra-se na CF/88, art. 150, inciso IV.

As leis criam impostos diante da força econômica dos contribuintes, e não de acordo com os gastos públicos, pois não tem dimensão de compará-los. Então, não se podem confiscar os bens particulares, pois é ao passo de sua capacidade contributiva.⁸⁹

Logo o princípio da vedação ao confisco limita o direito das pessoas jurídicas de intervir na vida no particular, então a norma constitucional impede que os tributos tenham efeito de confisco, ou sejam majorados desmedidamente que resultem em confisco de patrimônio e/ou rendas.⁹⁰

86 SCHIMIEGUEL, Carlos. *A Capacidade Contributiva como Termo Unificador da Tributação*. Xanxerê: News Print, 2011, p. 90.

87 SCHIMIEGUEL, Carlos. *A Capacidade Contributiva como Termo Unificador da Tributação*. Xanxerê: News Print, 2011, p. 145.

88 CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher Tributos no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 176.

89 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 113.

90 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 113.

A Constituição Federal estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.⁹¹ A Constituição deverá dizer quando um tributo tem efeito confiscatório. Confiscatório, portanto, é o imposto que não revela a capacidade contributiva da pessoa que o suporta.⁹²

Dentre outros princípios norteadores de uma tributação justa, é necessário ressaltar os que foram aqui mencionados, pois estes são capazes de frear muitas das inconstitucionais e ilegais práticas de exação tributária pretendida pelos entes federativos.

5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns dos maiores problemas em relação a tributação no Brasil está intimamente ligado à elevada carga tributária e o uso inadequado/irregular do erário público, ou seja: a probidade e eficiência da Administração Pública face à alta tributação.

É evidente o nível de insatisfação social quanto se observa à carga tributária diante da qualidade dos serviços públicos ofertados.

A insatisfação se agrava frente à percepção de corrupção e ineficiência na gestão da Administração Pública.

Para que a carga tributária suportada pelos contribuintes seja considerada mais razoável, se faz necessário que o Estado busque eficiência no gasto das receitas públicas e no controle do custo operacional da tributação, para que a exação tributária tenha alguma proporcionalidade qualitativa e quantitativa com os serviços públicos.

Não é razoável (até pensando nos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade), que a sociedade, e mais especificamente as pessoas físicas (contribuintes de fato) arquem com os mandos e desmandos de seus gestores públicos.

Assim o presente trabalho buscou demonstrar os alguns elementos essenciais do sistema tributário, para que se explore os argumentos de oposição à majoração e instituição de novos tributos, por qualquer dos entes federados.

Conclui-se as campanhas/movimentos contra a majoração ou instituição de tributos são saudáveis e se prestam principalmente às pessoas físicas, independente da iniciativa da campanha, vez que o contribuinte de fato sempre se traduz na pessoa física consumidora de bens e serviços.

⁹¹ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41.

⁹² CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 115.

Levando em consideração que os princípios constitucionais tributários são à base de uma relação jurídica justa, e garantidora, de que nenhuma das partes sairá lesada, ou terá seu direito violado, os entes tributantes não podem se refutar a observar as citadas diretrizes constitucionais.

Desta forma, foram repisadas as algumas das principais armas constitucionais em favor dos contribuintes, ferramentas estas já existentes na Carta Magna para obstar a prática da sanha arrecadatória, para que os contribuintes possam efetivamente ser contribuintes do Estado, e não patos que arcam com qualquer mando ou desmando administrativo e a má-gestão do erário público.

5.6 BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARDOSO, Alessandro Mendes. **O dever fundamental de recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Direito tributário**, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. 8. ed. Porto Alegre: Esmafe, 2006.

SCHIMIEGUEL, Carlos. **A Capacidade Contributiva como Termo Unificador da Tributação**. Xanxerê: News Print, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**6 – IMPACTOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS
PESSOAIS NO ÂMBITO DO SISTEMA INDÚSTRIA:
UMA ABORDAGEM ESTRATÉGICA DE ATUAÇÃO**

Diogo de Souza e Mello

CETIQT – Rio de Janeiro

6.1 INTRODUÇÃO

O conteúdo deste estudo jurídico propõe uma reflexão sobre o Marco Regulatório da Proteção de Dados no Brasil, recentemente editado pela Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a partir dos conceitos da privacidade e proteção de dados pessoais, no contexto tecnológico, com o objetivo claro de analisar os fundamentos jurídicos, compreender os novos institutos tratados pela LGPD, e o impacto que eles causarão nas relações jurídicas no âmbito da Indústria.

Nesse contexto, a privacidade e a proteção de dados pessoais, também chamada de “*data privacy*”⁹³ são temas cada vez mais presentes em debates jurídicos, sociais e políticos, especialmente pelos direitos e deveres envolvidos, e pela profunda mudança que causará em todas instituições públicas e privadas.

O trabalho será dividido em três grandes eixos. O *primeiro* abordar o contexto jurídico da proteção de dados e a da privacidade no campo tecnológico. Com essa análise, será possível identificar e compreender a natureza jurídica destes dois institutos, e o alcance jurídico dessa proteção. O *segundo*, tomando como base o modelo regulatório, pretende analisar questões relevantes na perspectiva do Sistema Indústria, mapeando as mudanças na legislação, e seus impactos. No *terceiro* e último eixo, serão discutidas estratégias de atuação no âmbito do Sistema Indústria, para assegurar, em conclusão derradeira que a construção de produtos, serviços e processos internos estejam parametrizados com o novo marco legislativo.

Muitas empresas e também o cidadão comum, não possuem a compreensão exata da proteção envolvida sobre seus dados pessoais e sua privacidade, nem como podem proteger e reclamar seus direitos. Situação muito semelhante quando do advento do Código de Defesa do Consumidor⁹⁴, que trazia novos conceitos e diversas inovações jurídicas, impondo diversificados direitos e deveres, impactando não apenas a sociedade, mas sobretudo, as empresas de todos os tipos.

É fato inegável que a *Lei Geral de Proteção de Dados* (LGPD) oferece segurança jurídica para que as empresas possam investir na adoção de novas tecnologias. Empresas brasileiras poderão regularmente fazer negócios com empresas estrangeiras que compõe o bloco da União Europeia. Dota o Brasil de parâmetros de proteção e segurança de dados exigidos em negociações com outros países.

93 PBD – Privacidade pelo Design. VALENTE, Jonas. *Promovendo a privacidade e a proteção de dados pela tecnologia: Privacy By Design e Privacy Enchancing-Technologies*. ITS Instituto de Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/artigos-de-conclusao-do-io-grupo-de-pesquisa-do-its-rio/> Acesso em 16/07/2018. P. 111.

94 Lei 8.078/90 - Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

A iniciativa da nova lei seguiu a trilha e estrutura do Regulamento Geral de Proteção de Dados aprovado pela comissão europeia⁹⁵, já em plena vigência na Europa.

Os dados “físicos” documentos pessoais, relatórios e outras informações pessoais também estão protegidos pela nova Lei. É forçoso concluir que ela gera uma nova ordem jurídica. Sua vigência garante razoável tempo de adaptação, com 18 (dezoito) meses permitindo que até o ano de 2020 ocorra um assentamento mais adequado.

Essa nova ordem jurídica contempla diversas diplomas legais tais como: o MCI – Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/14 e seu Decreto regulamentador nº 8.771/16 que regula o uso da Internet no Brasil, bem como, o chamado “Marco Legal da Inovação” (Novo marco de CT&I) tratado pela Lei nº 13.243 de 2016, o qual, da mesma forma que a LGPD é exemplo de norma que cria, fomenta e oferece esse ambiente mais seguro para a ciência, tecnologia e inovação.

Espera-se que a partir deste trabalho possa ser construída uma agenda de aperfeiçoamento no âmbito das atividades do Sistema Indústria para o cumprimento das regras de proteção de dados e da privacidade sem descuidar da inovação e desenvolvimento tecnológico.

6.2 TECNOLOGIA, DADOS PESSOAIS E PRIVACIDADE

A **tecnologia** é um fenômeno que acompanha a história da humanidade e contribuiu para significativas mudanças ao longo de diversos períodos. Na era pós-industrial, desde o advento de grandes fábricas e suas máquinas, automóveis, aparelhos domésticos, etiquetas inteligentes com tecnologia RFID⁹⁶, aplicativos, e até mesmo um guarda-chuva, são exemplos fiéis dessa aplicação tecnológica.

Hoje a internet é o ápice, até o presente momento, deste fenômeno. Os impactos são sentidos em toda a sociedade, na economia, no comércio, na indústria, nas salas de aulas, nos serviços, na cultura, etc. O comércio eletrônico movimentava mais de U\$ 1,8 trilhão no mundo. Em 2017, a expectativa é que 2,15 bilhões de pessoas assistam vídeos *on line*, ou seja, *30% da população mundial*.⁹⁷ Ganha destaque o termo “*Indústria 4.0.*”⁹⁸ que está pautado em seis princípios associados à literatura do conceito de indústria 4.0: **1) Interoperabilidade; 2) Virtualização; 3) Descentralização; 4) Capacidade em Tempo Real; 5) Orientação para Serviços e 6) Modularidade.**

⁹⁵ GDPR – General Data Protection Regulation ou Regulamento Geral sobre Proteção de Dados. **Regulamento (UE) n.º 2016/679** relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_pt. Acesso em: 16/07/2018.

⁹⁶ Tecnologia que utiliza a frequência de rádio para capturar dados. Radio Frequency Identification RFID. Identificação por rádio frequência, **Estudo Comparativo de Middlewares para RFID**. FONSECA, Hubert Disponível em: <http://www.di.inf.puc-rio.br/~endler/courses/Mobile/Monografias/07/RFID-MW-HubertFonseca-mono.pdf>. Acesso em 15/03/2018. P. 1.

⁹⁷ VALENTE, Jonas. Op. Cit. P.112.

⁹⁸ BRUNO, Flávio da Silveira. **A Quarta Revolução Industrial do Setor Têxtil e de Confecção: A visão de Futuro para 2.030**. 2ª ed. São Paulo. Estação das Letras e Cores. 2017. nota de rodapé 6. P. 29

Segundo a pesquisa feita por *Flávio Bruno*⁹⁹ o termo indústria, nos próximos anos, estará cada vez mais associado à complexidade de sistemas ciberfísicos, autônomos integrados e robotizados. Complexidade que, resultará de produtos, processos e redes produtivas mais diversificados e sofisticados. A hibridização dos setores da indústria e serviços, já é observada em exemplos de empresas que sofisticam o uso de seus produtos estendendo sua comunicação com o usuário final para a oferta de serviços.

A tecnologia denominada *Radio Frequency Identification* – RFID, identificação por rádio frequência, utiliza a frequência de rádio para capturar dados. Hoje, além de mapear completamente a cadeia produtiva de um determinado produto, e permitir maior segurança contra furtos, ela também diminui custos e permite a localização da mercadoria. Ela também pode, através de microchips, armazenar dados, enviar dados. Porém, o mais fantástico é que se os dados obtidos pela “etiqueta RFID” de uma peça de vestuário, forem cruzados com outros dados, como por exemplo, os dados do consumidor que adquiriu aquele determinado produto, a amplitude dessas informações é prova concreta de um regime de monitoramento tecnológico que precisa ser compreendido e juridicamente tratado. Um consumidor deve poder optar por receber publicidade com o seu perfil, ou simplesmente preferir a privacidade.

As tecnologias modernas podem permitir que o fabricante que produziu o produto possa conhecer os hábitos do seu consumidor. Mas qual o limite?

Já os “**dados**”, chamados de o novo petróleo¹⁰⁰, são para muitos estudiosos a base de uma nova economia, apoiada no tratamento dessas informações em larga escala, processo que recebe o nome de *Big Data*. O Decreto nº 8.771/2016 que regulamenta o Marco Civil da Internet, já definia antes mesmo da redação dada pela nova lei, que **dado pessoal** “é o dado relacionado à pessoa natural identificada ou identificável, inclusive números identificativos, dados locais ou identificadores eletrônicos, quando estes estiverem relacionados a uma pessoa”¹⁰¹

Para a nova Lei nº 13.709/2018 conforme se depreende do disposto no art. 5º os dados pessoais são “*as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável*”. Já o capítulo III que trata dos direitos do titular dos dados, dispõe no seu art. 17 que “toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade, e de privacidade, nos termos desta Lei.”

⁹⁹ Doutor em Eng. de Produção. Professor da UERJ. Foi Pesquisador e atuou como Coordenador Acadêmico no SENAI CETIQT.

¹⁰⁰ Data Is the New Oil of the Digital Economy. WIRED. Disponível em: <https://www.wired.com/insights/2014/07/data-new-oil-digital-economy/>. Acesso em 23 mar.2017).

¹⁰¹ Art. 14, I

Registre-se que existem subespécies de dados pessoais, tais como: dados cadastrais, dado pessoal sensível, dados pessoais públicos.

O art. 10, § 3º do MCI estabelece que dados cadastrais são aqueles que informam qualificação pessoal, filiação e endereço. Já o Decreto 8.771/16, no art. 11, § 2º, III, define que “qualificação pessoal” é o nome, prenome, estado civil e profissão do usuário. Na definição de Carlos Affonso Souza, na obra *Marco Civil da Internet* dados cadastrais “são dados pessoais que, em razão da natureza das informações, encontram-se em uma esfera mais pública e, portanto, são menos sigilosos, tais como o prenome do usuário, seu estado civil, profissão, filiação e endereço.”¹⁰²

Como se pode concluir, os dados cadastrais possuem uma característica mais pública do que privada, portanto, as regras que o adornam são menos restritivas. O MCI preceitua no § 3º do art. 10 que não se faz necessária ordem judicial para que uma autoridade administrativa possa requisitar dados cadastrais, portanto, para ter acesso à tais dados. *Essa ressalva é importante* na medida em que os dados pessoais não cadastrais, os registros de acesso a aplicações, registros de conexão são exemplos de dados que exigem ordem judicial para acesso. O mesmo ocorre com o cadastro de endereço de IP do usuário, que requer ordem judicial.

Esse “*novo petróleo*”, são os registros de quem somos, o que fazemos, o que gostamos, nossa forma de viver, nossas escolhas, os lugares que visitamos etc.

Nessa perspectiva encontramos a **privacidade**, ou melhor, a necessidade de garantir nossa privacidade de forma ampla e segura. A definição de privacidade depende do contexto fático e jurídico. Pode-se definir a privacidade a partir de elementos diversos, como por exemplo como sendo um bem público relacionado à garantia da democracia e ao exercício de outros direitos, como a livre associação e a participação pública.

Na excelente obra jurídica *Direito e Mídia*, coordenada pelo Doutor Anderson Schreiber, (Professor de Direito Civil da UERJ, Procurador do Estado do RJ), dentre várias conceituações, Eduardo Nunes de Souza, escrevendo sobre o tema “*Dano à honra pela opinião do entrevistado ou do leitor*”, sintetiza que “a privacidade representa, em seu conceito mais contemporâneo, a autonomia individual na construção da própria imagem perante a sociedade, ao permitir, com maior ou menor abertura, o acesso social às próprias informações pessoais.”¹⁰³

Pensamos que a privacidade, pode ser melhor compreendida como o “direito de manter o controle sobre suas próprias informações e determinar a maneira de construir sua própria esfera particular”¹⁰⁴

102 SOUZA, Carlos Affonso (Coord.); *Marco Civil da Internet, Jurisprudência Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 21.

103 CHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. P. 308.

104 *Idem*. Na lição de Stefano Rodotà. Nota de roda pé 11.

Na opinião de Adriano Roberto Vancim e Jeferson Luiz Matioli, no livro *“Direito & Internet: Contrato eletrônico e responsabilidade civil na web”* a privacidade pode ser perfeitamente compartilhada com as pessoas conviventes ao redor do indivíduo, no contexto do convívio social.¹⁰⁵

A privacidade é também um componente essencial da formação da pessoa. A singular definição do que pode ser exposto ou não sobre alguém, assim como sobre o que se quer tornar público ou esconder, quais suas fronteiras com as demais pessoas, qual seu grau de interação e comunicação com seus conhecidos, seus familiares e todos os demais, são contornos encontrados no ambiente “on” e “off line”.

Nesse contexto, a **Carta Magna de 1988** assevera essa preocupação quando afirma em seu art. 5º, X, que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*. O artigo XII da **Declaração Universal dos Direitos Humanos** dispõe que: *“Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou sem sua correspondência, nem ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”*

O **Código Civil**, dispõe o início do artigo 21 que: *“A vida privada da pessoa natural é inviolável...”*. Trata-se de um direito vinculado à personalidade.

No que tange à proteção de dados e proteção da privacidade no contexto do uso da Internet, o Marco Civil¹⁰⁶ estabeleceu **8 (oito) princípios**:

- I – Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;*
- II – Proteção da privacidade;*
- III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;*
- IV – Preservação e garantia da neutralidade de rede;*
- V – Preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;*
- VI – Responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;*

¹⁰⁵ VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & Internet, Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web*. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz Publicações Jurídicas, 2014. P. 240.

¹⁰⁶ Art. 3º da Lei 12.965/2014.

VII – preservação da natureza participativa da rede;

VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

A LGPD, por sua vez estabelece 7 (**sete**) **fundamentos acerca da proteção de dados pessoais:**

I) o respeito à privacidade; **II)** a autodeterminação informativa; **III)** a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; **IV)** a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; **V)** o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; **VI)** a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; **VII)** os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.¹⁰⁷

A “autodeterminação” pode ser entendida como sendo o direito que o titular tem de dispor sobre o acesso e o uso de dados. Pela nova lei o instituto ganha status de fundamento jurídico na proteção de dado.

Pode-se concluir que a privacidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, e goza de proteção constitucional no seu sentido amplo. No mesmo sentido o direito fundamental à proteção de dados.

Não poderia ser diferente no que tange aos dados pessoais, posto que o respeito à privacidade é fundamento jurídico que disciplina a proteção dos dados pessoais.

6.3 MAPEAMENTO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO DE DADOS

Considerando que a privacidade e a proteção de dados fazem parte de um sistema protetivo, como visto acima, com status de direito fundamental e espeque no princípio da dignidade da pessoa humana, como essa transformação pode impactar o sistema indústria?

Como garantir o cumprimento dessa proteção constitucional à privacidade sem impor um freio ao avanço tecnológico almejado pelas indústrias? Como cumprir de forma efetiva, e se resguardar da imposição de sanções punitivas no contexto da “proteção de dados” e “privacidade”, num cenário de coleta de dados em tempo real, por bilhões de sensores, medidores, antenas, e máquinas espalhadas

¹⁰⁷ Art. 2º da Lei 13.709/2018.

nas cidades, atuação de profissionais especializados em furar sistemas de proteção etc.?

Antes de responder essas questões e propor soluções, se faz necessário compreender o alcance jurídico do Marco Regulatório e analisar as questões relevantes na perspectiva do Sistema Indústria, mapeando as mudanças na legislação, e seus impactos.

Para a nova Lei nº 13.709/2018 conforme se depreende do disposto no art. 5º os dados pessoais são “as informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável”. Trata-se de seu conceito objetivo. A Lei se aplica tanto para o tratamento de dados pessoais como para dados físicos.

Os 10 (dez) princípios¹⁰⁸ que regem o tema de proteção de dados pessoais são:

I – Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II – Adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III – Necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV – Livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V – Qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI – Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII – Segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

108 Art. 6 da Lei 13.709/2018.

VIII – Prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX – Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X – Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Para atender cada um destes princípios as empresas que coletam dados ou pretendem coletar dados, tratar dados em sentido amplo, terão que se adaptar a cada um desses princípios, que configuram verdadeiras obrigações. Como exemplo basta selecionar o princípio da Segurança e da Prevenção que permitem compreender exatamente este contorno.

As empresas terão que empregar medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, incluindo para resguardar e garantir situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. Isso significa custo, gestão administrativa, tratamento jurídico e responsabilidade. A responsabilidade perante o consumidor, titular destes dados é objetiva, e independe de culpa provada. Ademais, registre-se que *o ônus da prova sobre o consentimento é do controlador*¹⁰⁹, podendo ainda o juiz, inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa¹¹⁰.

Como regra, o legislador optou por determinar que o tratamento dos dados pessoais depende de consentimento do titular usuário. O consentimento poderá ser por escrito ou por outro meio que comprove a manifestação de vontade do titular, por exemplo, através de termo de aceite digital. Os dados pessoais considerados manifestamente públicos estão dispensados de consentimento pelo titular.

Se estiver inserido dentro de um contrato, ele deverá estar destacado, ou seja, com relevância perante outras cláusulas.

O termo de consentimento deve ser específico, claro e objetivo. Caso seja genérico as autorizações nele contidas para tratamento de dados serão consideradas nulas.

¹⁰⁹ art. 8º § 2º da Lei 13.709/2018.

¹¹⁰ art. 42 § 2º *idem*.

O mesmo valerá para os contratos, termos de parceria, convênios, e demais instrumentos jurídicos no âmbito da indústria.

No que tange ao livre acesso vale destacar que o artigo 9º da LGPD expressamente impõe 7 (sete) requisitos mínimos para o livre acesso que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva.

I – *finalidade específica do tratamento;*

II – *forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;*

III – *identificação do controlador;*

IV – *informações de contato do controlador;*

V – *informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;*

VI – *responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e*

VII – *direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.*

Outras normas citadas¹¹¹ neste estudo também já tratavam deste tema, senão vejamos: No instituto do “consentimento” (Dados indispensáveis para a execução de um contrato ou obrigação legal do fornecedor - Art. 7º, VII e IX, e 16, I, do MCI); no instituto da “transparência” (Art. 7º, VI, VIII e XI do MCI e 6º, III do CDC). Na “proteção contra a discriminação” (Art. 4º, III, e 6º, II, do CDC); na “segurança da informação e dos sistemas” (Art. 2º, V, e 10, § 4º do MCI);

No que tange a proteção de dados, a nova lei cria e reconhece os seguintes direitos¹¹²: **acesso, retificação, cancelamento, oposição, bloqueio, dissociação dos dados pessoais** e a **inversão do ônus da prova quando em juízo**.

O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado, via de regra mediante o fornecimento de consentimento pelo titular. Também poderá *para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; pela administração pública, (na forma da lei como para executar políticas públicas previstas em leis, regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios); para a realização de estudos por órgão de pesquisa; quando necessário para a execução de*

¹¹¹ Lei nº: 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor e Lei 12.965/2014 Marco Civil da Internet).

¹¹² Art. 17 e 18, da Lei 13.709/2018.

contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros; para a tutela da saúde; (sic. art. 7).

Registre-se, por fim, que a nova lei prevê severas punições no caso de violação da proteção de dados e da privacidade, como no caso de vazamentos ou perda de dados, com multas que podem chegar a 50 milhões de reais, sem prejuízo do dever de reparar danos causados à terceiros. Não se pode desconsiderar os efeitos maléficos dos danos causados à própria imagem da empresa.

6.4 ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO

Respondendo os questionamentos elencados na abertura do tópico anterior, identificamos *três caminhos estratégicos* para abordar o tema da proteção de dados diante do novo marco regulatório.

A 1º (primeira) é através de controle Estatal, ou seja, através de leis e normas complementares. É o caso do Marco Civil da Internet (MCI), é o caso da recém editada Lei Geral de Proteção de Dados. É o caso também da Lei nº 13.243/2016, que conhecida como Marco legal da Inovação. Outras normas poderão surgir, sendo essencial a participação e o monitoramento dessas medidas, por parte do Sistema Indústria.

Não menos importante são os reflexos destas normas. Em outras palavras, implica no dever de realizar adaptações nos processos internos de empresas de todos os setores, em especial na indústria, *por ser um catalisador natural de inovação*, razão pela qual consideramos essencial que o sejam aplicadas medidas de adaptação e aperfeiçoamento do marco regulatório, conforme proposto neste estudo.

A 2ª (segunda) diretriz estratégica seria a elaboração de soluções tecnológicas, conhecida e rotulada no meio digital como “*Privacy By Design*”. São exemplos de tecnologia de segurança, a criptografia e a certificação digital. Grandes empresas de varejo, a indústria automotiva, já estão investindo nessas tecnologias. As novas tecnológicas precisam ser arquitetadas (concebidas) para já nascerem com mecanismos de controle que respeitem as privacidades, especialmente dos dados pessoais. Projetos de novos produtos virão acompanhados do projeto de novos serviços e serviços oferecidos disponibilizarão informações que influirão no desenvolvimento de novos produtos.

É exemplo dessa inovação o *Privacy-Enhancing Technologies*¹¹³ (PETs). O objetivo dessa tecnologia é proteger os usuários assegurando anonimato, desvinculação às suas atividades. Busca-se reduzir ao máximo os dados coletados, mitigar ou eliminar o processamento destes de forma conjunta, e dar ao sujeito informação e controle sobre o que é feito com ela.

A 3ª (terceira), *na verdade*, é a complementação de ambas de forma integrada. Entidades que representam a indústria, o comércio, assim como governos, segmentos tecnológicos, serviços, todos devem trabalhar de forma harmônica e coordenada para dar musculatura à inovação tecnológica. Não foi sem propósito que foi editado em 2016 o *Marco Legal da Inovação*, Lei nº 13.243/2016 que alterou 08 (oito) leis direta ou indiretamente ligadas ao tema da inovação, ciência e tecnologia.

Conclui-se que o responsável pela produção de um equipamento, ou o responsável pela prestação de um serviço, seja ele de maior ou menor intensidade tecnológica, deve sempre construir seus produtos ou serviços, e escrever seus processos tendo como norte a preservação da privacidade.

No caso Brasileiro, em especial no setor industrial, *destinatário final deste estudo jurídico*, implica reconhecer de um lado, que a inovação tecnológica é um requisito de competitividade estratégica, e de outro, que toda a cadeia industrial nacional precisará compreender, implantar e respeitar os princípios gerais elencados nas Leis nº 13.709/2018 e 12.965/2014, sem desprezar outras normas tais como a Lei nº 8.078/90 (CDC), Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

O setor industrial, *buscando a almejada competitividade tecnológica*, deverá adotar tecnologias e *sistemas informatizados*, que adotem originariamente e regularmente a inclusão da privacidade (e proteção de dados) no design, ou seja na sua concepção. A mesma regra vale para o setor de serviços.

A intensidade do uso de novas tecnologias produtivas e a criação de interfaces entre os consumidores e os sistemas de produção deverão estimular o desenvolvimento de novos modelos de negócios.

As empresas deverão buscar soluções tecnológicas tais como o “*Privacy By Design*”, além de outras, como a criptografia, a certificação digital, o RFID, o *Privacy-Enhancing Technologies* etc. No que tange aos dados “off line”, entendidos como *fora do ambiente virtual*, aplica-se o entendimento relativos aos deveres de guarda. Também precisam ser revisitados.

113 VALENTE, Jonas. *Promovendo a privacidade e a proteção de dados pela tecnologia: Privacy By Design e Privacy Enhancing-Technologies*. ITS Instituto de Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/artigos-de-conclusao-do-io-grupo-de-pesquisa-do-its-rio/> Acesso em: 16/07/2018. Pág.119.

Para atender os princípios da nova lei, as empresas que coletam dados ou pretendem coletar dados, (tratar dados em sentido amplo), terão que se adaptar a cada um desses princípios, que configuram verdadeiras obrigações. À título de exemplo, basta selecionar o princípio da *Segurança* e da *Prevenção* que permitem compreender exatamente este contorno.

As empresas terão que empregar medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, incluindo para resguardar e garantir situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. Isso significa custo, gestão administrativa, tratamento jurídico e responsabilidade.

6.5 CONCLUSÃO

A LGPD prevê regras e garantias para o efetivo direito à privacidade. Ou seja, a lei busca garantir o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais dos cidadãos ao permitir um maior controle sobre seus dados, por meio de práticas transparentes e seguras, garantindo direitos e liberdades fundamentais. Prevê regras claras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais pelas organizações.

Com um pouco de senso crítico, pode-se deduzir que o principal destinatário da regulamentação brasileira de proteção de dados são as empresas privadas, ao estabelecer obrigações diversas, deveres e limites para o coleta, o armazenamento e o processamento de dados pessoais.

No âmbito do Sistema Indústria é recomendável: 1) revisar e formular políticas internas e regras de boas práticas de governança; 2) mapear os procedimentos internos incluindo reclamações e requerimentos de titulares; 3) criar e intensificar as normas de segurança; 4) acompanhar e observar os padrões técnicos que possam ser estabelecidos pela autoridade competente; 5) estabelecer e estimular ações educativas, 6) identificar e implantar mecanismos supervisão e de mitigação de riscos. Estas recomendações devem observar a “pró-atividade”, como essência, visando condutas preventivas, e não reativas ou para remediar situações.

O modelo de “Privacidade” a ser adotado deve estar constituído no produto ou serviço, e não como um anexo. O alcance dessa proteção deve garantir que as medidas se estendam por todo o ciclo de vida dos “dados”, e não somente em alguns momentos. Ganha total relevo, nesse sentido a “Visibilidade” e a “transparência”.

Existem três pilares que representam vantagens competitivas, e por isso, também devem ser objeto de proteção: 1) segredos dos negócios, em outras palavras o segredo industrial;

2) informações confidenciais ou sigilosas, inclusive de fornecedores, parceiros, etc.; 3) dados sensíveis e estratégicos das empresas.

Como medidas práticas para realizar estes três pilares podem ser adotadas entre outras: A) considerar a segurança da informação como um único bloco; B) integrar a segurança analógica e digital. C) políticas de segurança que considerem proteção ao acesso às dependências físicas da empresa e também “inovações tecnológicas”, como a internet das coisas.

Os desafios estão lançados. A tecnologia muda e se transforma muito mais rápido do que a ciência jurídica. Proteger a privacidade do usuário deixará de ser um custo para se tornar um diferencial competitivo e uma fonte de receitas.

6.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SOUZA, Carlos Affonso (Coord.); LEMOS, Ronaldo (Coord.); BOTTINO, Celina (Coord.); TEFFÉ, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mário; ITAGIBA, Gabriel; NUNES, Beatriz Laus Marinho; PADRÃO, Vinicius Jóras. *Marco Civil da Internet, Jurisprudência Comentada*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GUIDI, Guilherme Berti de Campos. *Modelos Regulatórios para Proteção de Dados Pessoais*. ITS Instituto de Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/artigos-de-conclusao-do-io-grupo-de-pesquisa-do-its-rio/> Acesso em: 16/07/2018.

VALENTE, Jonas. *Promovendo a privacidade e a proteção de dados pela tecnologia: Privacy By Design e Privacy Enhancing-Technologies*. ITS Instituto de Tecnologia e Sociedade. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/publicacoes/artigos-de-conclusao-do-io-grupo-de-pesquisa-do-its-rio/> Acesso em: 16/07/2018.

BRUNO, Flávio da Silveira. *A Quarta Revolução Industrial do Setor Têxtil e de Confecção: A visão de Futuro para 2.030*. 2ª ed. São Paulo. Estação das Letras e Cores. 2017.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jefferson Luiz. *Direito & Internet, Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web*. 2ª ed. São Paulo: Lemos & Cruz Publicações Jurídicas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direito e Mídia*. 1ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: Teoria e Prática da jus cibernética ao Código Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Internet. O Direito na Era Virtual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FONSECA, Hubert. *Estudo Comparativo de Middlewares para RFID* Disponível em:<http://www-di.inf.puc-rio.br/~endler/courses/Mobile/Monografias/07/RFID-MW-HubertFonseca-mono.pdf> acesso em: 15/03/2018.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**7 – EDUCAÇÃO INCLUSIVA – OS DESAFIOS
DO SESI E DOS SENAI NO ATENDIMENTO A
ALUNOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA**

Elisa Leão de Andrade

Departamento Regional de Minas Gerais

7.1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar os desafios na inclusão de alunos com deficiência na rede regular de ensino.

Não há dúvidas de que a educação é um direito fundamental social e indispensável ao desenvolvimento de todo e qualquer ser humano. É por meio dela que o indivíduo adquire capacidade crítica, qualifica-se para o mercado de trabalho e torna possível o exercício da cidadania e a formação de uma sociedade livre e mais justa.

No entanto, o acolhimento a alunos com deficiência na rede regular de ensino é uma questão delicada, já que muitas escolas públicas e privadas não dispõem de recursos físicos, didáticos, humanos e pedagógicos para o atendimento educacional especializado.

Além disso, diante da ausência de preparo e de conhecimento, ainda existe muito preconceito na inclusão de tais estudantes.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o ordenamento jurídico vigente possuem diversos dispositivos que garantem, dentre outros direitos, o atendimento educacional a pessoas com deficiência.

Em 2008, o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência adotada pela ONU, o que, por força do art. 5º, §3º da Constituição da República adquiriu *status* equivalente ao de Emenda Constitucional.

Para a efetividade da inclusão social, foi sancionado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2016) que, relativamente à educação, estabeleceu a observância de várias práticas inclusivas por instituições de ensino públicas e privadas. A partir de então, várias famílias passaram a exigir das escolas o cumprimento de ações inclusivas e tem sido cada vez mais comum a intervenção do Poder Judiciário e de outros órgãos para a efetivação do atendimento educacional especializado.

A Lei nº 13.146/2015 também foi objeto de críticas por diversos estabelecimentos de ensino, o que motivou o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), a qual foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Em Minas Gerais, o SESI e o SENAI preveem em seus Regimentos Escolares o atendimento educacional especializado e são referência na inclusão de alunos com deficiência.

Não se pretende discutir a necessidade da garantia do direito à inclusão e ao atendimento educacional especializado, mas sim fazer uma reflexão sobre a legislação vigente e a decisão do STF, demonstrando as estratégias que vêm sendo adotadas pelo SESI e pelo SENAI na condição de instituições de ensino privadas para a inclusão de alunos com deficiência, sem que haja um ônus excessivo às entidades.

7.2 REFERÊNCIA LEGAL

7.2.1 DO DIREITO À EDUCAÇÃO E AO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO

A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser 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. 205 CR/88).

O Ministro Celso de Mello ao conceituar a educação demonstra o seu valor para a formação do cidadão e de toda a sociedade:

É mais abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático.
MELLO FILHO (1986)

A educação possui o poder de transformar a realidade de uma pessoa, pois constitui fonte de libertação, capaz de gerar segurança, reconhecimento, valoração do trabalho humano, respeito aos princípios basilares da vida em sociedade - tais como, liberdade, igualdade, solidariedade - estando diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O ensino no Brasil é pautado em princípios como o da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Em relação ao atendimento educacional especializado a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

O art. 227, §1º da Constituição da República prevê que o Estado promoverá a assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, por meio da criação de programas de atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência, bem como programas de integração social, mediante o treinamento para o trabalho, a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

A legislação infraconstitucional é bastante extensa no que concerne à garantia do atendimento educacional especializado.

A Lei Federal nº 7.853/1989 dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social e prevê a adoção de diversas medidas na área educacional, dentre as quais, a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de serem integradas no sistema regular de ensino.

Frise-se que o art. 8º da Lei Federal nº 7.853/1989 tipificou como crime com pena punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, os casos de recusa, cobrança de valores adicionais, suspensão, procrastinação e cancelamento de inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta.

O art. 54, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) estabeleceu o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino.

O Decreto nº 3.298/1999 regulamentou a Lei Federal nº 7.853/1989 dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, trazendo a definição da pessoa com deficiência e impondo uma série de obrigações, como a necessidade de adaptação das instituições de ensino técnico para a eliminação de barreiras físicas, humanas e pedagógicas.

A Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) trouxe o conceito de Educação Especial¹¹⁴, reproduziu que sua oferta deve ocorrer preferencialmente na rede regular de ensino e assegurou a oferta de serviços de apoio especializado para atender às peculiaridades de tais alunos.

O Decreto nº 7.611/2011 tratou sobre a educação especial e definiu o conceito de atendimento educacional especializado como “conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente”.

A Lei nº 12.764/2012 instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista e determinou a contratação de apoio escolar pelas instituições de ensino.

Além disso, existem diversas resoluções no âmbito federal que tratam da educação especial e do atendimento educacional especializado, tais como a Resolução CNE/CEB nº 2/2001, Resolução CNE/CP nº 1/2002, Resolução CNE/CEB nº 4/2009 emitidas pelo Conselho Nacional de Educação.

Registram-se ainda referências internacionais adotadas pelo Brasil, tais como a Carta para o Terceiro Milênio, a Declaração de Salamanca (trata de princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais), a Convenção da Guatemala (Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, promulgada pelo Decreto nº. 3.956/2001) e Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Em 2006, a Organização das Nações Unidas (ONU) publicou a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, com o objetivo de proteger e garantir o total e igual acesso aos direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, bem como promover o respeito à sua dignidade.

A referida Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 186/2008 e promulgada pelo Decreto nº. 6.949/2009 sendo que, por força do art. 5º, §3º da Constituição da República, adquiriu status equivalente ao de Emenda Constitucional.

Ademais, com o objetivo de dar efetividade aos direitos das pessoas com deficiência, que mesmo após a promulgação da Constituição Cidadã não havia recebido da legislação pátria o tratamento esperado, foi sancionada em 2015 a já mencionada Lei nº. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), um dos principais instrumentos em vigência para fins de

¹¹⁴ Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação

promover e tornar efetivo os direitos das pessoas com deficiência, sendo que, em razão de sua importância e singularidade, será abordado em capítulo próprio.

7.2.2 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Em 06 de julho de 2015 foi sancionada a Lei nº 13.146/2015 destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Apesar da legislação brasileira já dispor sobre a necessidade de inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino, bem como o atendimento educacional especializado, tais medidas eram majoritariamente destinadas ao Estado.

O art. 28 da Lei nº. 13.146/2015 expressamente estabeleceu a necessidade de adoção de diversas práticas inclusivas, sendo que o parágrafo 1º determinou sua observância por instituições de ensino privadas, bem como proibiu o a cobrança de valores adicionais para o cumprimento das determinações impostas, como se vê:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - Sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - Aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - Projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

(...)

V - Adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino;

(...)

VII - Planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - Participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - Adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

X - Adoção de práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado;

XI - Formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio;

XII - Oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

XIII - Acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XIV - Inclusão em conteúdos curriculares, em cursos de nível superior e de educação profissional técnica e tecnológica, de temas relacionados à pessoa com deficiência nos respectivos campos de conhecimento;

XV - Acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar;

XVI - Acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino;

XVII - Oferta de profissionais de apoio escolar;

XVIII - Articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações. (negrito)

A Lei nº. 13.146/2015 também estabeleceu critérios para os processos seletivos de alunos (art. 30) e alterou a penalidade prevista no art. 8º da Lei nº 7853/1989, in verbis:

Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I – Recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;

[...]

§ 1º Se o crime for praticado contra pessoa com deficiência menor de 18 (dezoito) anos, a pena é agravada em 1/3 (um terço).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência foi criticado por vários estabelecimentos de ensino privados, ao fundamento de que a obrigatoriedade de atender todo e qualquer aluno com deficiência torna excessivamente onerosa a prestação de serviços educacionais, podendo até mesmo causar o encerramento das atividades de várias escolas.

A questão é polêmica na medida em que se por um lado deve ser garantida a educação especial e o atendimento educacional especializado, por outro, não há como negar que as imposições contidas na Lei nº. 13.146/2015 certamente elevam os custos para a prestação de serviços educacionais por instituições privadas.

Destaca-se que, por força do art. 2º da Lei nº 9.870/1999, as instituições de ensino devem divulgar os valores das anuidades/semestralidades escolares e o número de vagas por sala-classe com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias antes da data final para matrícula, conforme calendário e cronograma escolar.

Ademais, existe uma diversidade de práticas inclusivas para cada tipo de deficiência que podem contemplar desde a adaptação da estrutura física das escolas (através de obras e reformas) até a contratação de mão de obra (professores ou profissionais especializados) e disponibilização de recursos didáticos exclusivos.

Assim, torna-se extremamente complexa a definição dos valores das mensalidades, já que não há como prever a quantidade de alunos com deficiência que serão atendidos no ano letivo subsequente, nem a adaptação necessária para o atendimento educacional especializado.

7.3 A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.357/2015

Em 2015 a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5.357/2015 em face do §1º do art. 28 e do art. 30 da Lei nº. 13.146/2015, notadamente pela presença do adjetivo “privadas”.

Alegou a CONFENEN a violação ao art. 5º *caput* e incisos XXII e XXIII, art. 170, incisos I e II, art. 205, art. 206 *caput* e incisos II e III, art. 208 *caput* e inciso III, art. 209, art. 227, §1º, inciso II, todos da Constituição Federal de 1988.

Sustentou que o ensino é livre à iniciativa privada (art. 209, CR/88) e que embora os estabelecimentos de ensino privados prestem serviços de natureza pública e coletiva, não se trata de concessão, delegação ou favor dos poderes públicos.

Afirmou que o atendimento às pessoas com deficiência é primordial e exclusivo do Estado, nos termos do art. 208, III e 227, §1º da CR/88, fazendo referência a ADIN 1081/94, que reconheceu a possibilidade de recusa da instituição de ensino privada em celebrar ou renovar contratos com estudantes.

Relatou que existem mais de 45.000 (quarenta e cinco mil) instituições privadas de educação em todos os níveis e que as disposições contidas na Lei 13.146/2015 “[...] *tornam onerosa demais a prestação dos serviços educacionais*[...]”, já que será necessário incluir em seus planejamentos todos os meios e recursos necessários ao atendimento de inúmeras dificuldades especiais, temporárias ou permanentes e em diversos graus, além da formação, preparação, treinamento e manutenção de professores e profissionais especializados.

Salientou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência fere o princípio da razoabilidade uma vez que não foram levados em consideração impactos de seus dispositivos na prática, bem como não considerou outros pressupostos constitucionais.

Aduziu que o planejamento pedagógico e financeiro das instituições de ensino privadas estará ameaçado e que não há como prever a quantidade de alunos deficientes que poderão ser matriculados, nem a natureza e graus de necessidades a serem atendidas.

Destacou que a proibição de cobrança de valores adicionais causará aumento dos preços das mensalidades pagas pelos demais alunos e que poderá haver fuga em massa da escola particular, aumento do desemprego, encerramento de escolas, dentre outras consequências.

Ressaltou que as imposições legais que extrapolam a razoabilidade podem colocar em risco o desenvolvimento do aluno com deficiência, além do risco à atividade econômica, violando o princípio da livre iniciativa previstos no art. 209 e 170 da Constituição da República de 1988.

Em 07 de março de 2017 o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgou improcedentes os pedidos da CONFENEM, como se vê:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade

De acordo com o Ministro Relator Edson Fachin, a Lei nº 13.146/2015 assume o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição da República ao estabelecer que as escolas particulares também devem pautar sua atuação educacional na inclusão de pessoas com deficiência.

Foi asseverado que o convívio com a diferença e o seu necessário acolhimento são pressupostos essenciais para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Destaca-se que o Ministro Marco Aurélio divergiu do Ministro Relator, ao fundamento de que *“não se faz milagre no campo econômico-financeiro, e não pode o Estado cumprimentar com o chapéu alheio”*.

Para o Ilustre Ministro, a educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado. Em se tratando de mercado, defendeu que a intervenção estatal deve ser minimalista e que, nos termos do art. 24 da citada Convenção, competem aos Estados-Partes signatários a adoção de práticas inclusivas e não a iniciativa privada.

Assim, pugnou pela procedência parcial da ADIN para estabelecer que é constitucional a interpretação dos artigos atacados no que se referem ao planejamento da iniciativa privada, sendo inconstitucional a interpretação de que tais medidas são cogentes.

7.4 DAS ESTRATÉGIAS ADOTADAS PELO SESI E PELO SENAI

O SESI e o SENAI preveem em seus Regimentos Escolares o atendimento educacional especializado e atualmente atendem cerca de 450 (quatrocentos e cinquenta) estudantes com deficiência em Minas Gerais.

Ocorre que desde a edição da Lei nº 13.146/2015, várias famílias passaram a exigir ações inclusivas que, na realidade, se referem a decisões relacionadas à gestão escolar e em alguns casos não possuem respaldo legal.

Em determinadas situações também foi ponderado o custo envolvido para o atendimento educacional especializado, bem como traçadas estratégias para sua garantia, sem que houvesse ônus excessivo às escolas, escolas e, conseqüentemente, aos alunos.

Diante da ausência de consenso entre as escolas e as famílias, o Poder Judiciário ou outros órgãos de proteção à criança e ao adolescente foram acionados em determinados casos, conforme será demonstrado a seguir.

1. Processo nº 0010900-36.2017.8.13.0672 – Sete Lagoas/MG

A ação judicial foi proposta por um aluno com Transtorno do Espectro Autista, representado por seus pais, para que fosse disponibilizado profissional de apoio escolar com formação superior e especialização direcionada ao transtorno do aluno, valendo-se como parâmetro legal os termos do art. 28, XVII, da Lei 13.146/2015.

Os responsáveis legais do estudante discordaram da disponibilização de estagiária pelo SESI ao fundamento de que a profissional não possuía qualificação adequada.

O SESI, em sua defesa, arguiu que a Lei nº 13.146/2015 não estabelece o nível de qualificação do profissional de apoio escolar. Ademais, a estagiária era monitorada pela professora regente e pedagoga, estava cursando pedagogia e já havia realizado diversos cursos extracurriculares para atendimento de alunos autistas. Além disso, foi ressaltado que não compete à família definir quais profissionais serão disponibilizados pela escola.

A família inicialmente apresentou Notícia de Fato nº. 0672.16.001.264-3 junto ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais - MPMG que, após ouvir o SESI, concluiu que a educação inclusiva havia sido garantida ao menor, que a contratação atendeu aos critérios legais e que a insatisfação da família seria de ordem estritamente subjetiva.

Após a propositura da ação judicial, a liminar foi indeferida ao argumento de que não foram apresentadas provas de que o SESI estava agindo de forma omissa em sua obrigação de prover atendimento técnico-especializado. Foi interposto agravo de instrumento, que teve provimento negado, como se vê:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TUTELA PROVISÓRIA – DISPONIBILIZAÇÃO DE TRATAMENTO EDUCACIONAL ADEQUADO – NECESSIDADE INQUESTIONÁVEL – PROFISSIONAL JÁ DISPONIBILIZADA – QUESTIONAMENTOS SOBRE SUA APTIDÃO TÉCNICA – ÔNUS PROBATÓRIO – PERSISTÊNCIA – DECISÃO MANTIDA.

– A concessão da tutela provisória recursal exige a presença cumulativa de ambos pressupostos listados no art. 300, CPC. Logo, a ausência de qualquer um deles acarreta o indeferimento do pedido.

– A necessidade de profissional pedagógico especializado é decorrência do direito fundamental à educação e do direito à igualdade (em sua dimensão material), que impõem às instituições de ensino a dispensa de tratamento diferenciado a quem apresente condições físicas e mentais que reclamem atendimento particular e o individualizado, capaz de explorar (e fazer desenvolver) suas respectivas aptidões e potencialidades.

– Caso em que persiste sobre o agravante o ônus de demonstrar que a formação profissional da professora escalada não atende os padrões de especialização e capacitação necessários à prestação do tratamento adequado. (AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0672.17.001090-0/001 – DJE 11/04/2018)

Ainda não houve sentença. A contratação de estagiária foi uma estratégia a para eliminação de encargos trabalhistas com a contratação de profissional especializado.

2. Processo nº 0362820-09.2017.8.13.0079 – Contagem/MG

A ação judicial foi proposta pela família ao fundamento de que não foi disponibilizado atendimento especializado para a realização de processo seletivo, considerando que a criança é deficiente auditiva, o que causou sua reprovação.

O edital de seleção do SESI possui regras claras sobre a inscrição de candidatos com deficiência. A prova foi realizada em conformidade com os laudos médicos apresentados pela família, que comprovaram a deficiência auditiva e a boa evolução do quadro clínico.

Após a reprovação do candidato, a família alegou que a deficiência auditiva causou dificuldades no aprendizado do candidato e que não houve a adaptação necessária para a realização da prova. Foram exibidos novos documentos (que não foram inicialmente apresentados ao SESI), comprovando dificuldades na alfabetização do estudante, o que demandaria outra atuação pela escola.

Com base nesses novos documentos, o juiz deferiu a liminar determinando a aplicação de nova prova e, em caso de aprovação, a matrícula do candidato. Foi interposto agravo de instrumento, mas o efeito suspensivo não foi concedido.

Assim, a escola cumpriu a decisão acrescentando 50% do tempo necessário para sua realização, disponibilizando leitor para auxiliar o aluno em caso de necessidade, desconsiderando erros ortográficos e ampliando a quantidade de ilustrações para facilitar sua interpretação. Porém, mesmo após as novas adequações, o aluno não alcançou a pontuação mínima, o que impediu sua matrícula na instituição.

Ainda não houve sentença, mas entende-se que o atendimento educacional foi disponibilizado de forma adequada, em conformidade com a documentação inicialmente apresentada. Frise-se que na escola em questão, existem 64 (sessenta e quatro) alunos com deficiência o que denota a promoção da inclusão e o respeito às diferenças, sendo tal fato apresentado na contestação.

3. Processo nº. 0121109-77.2017.8.13.0056 – Barbacena/MG

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta pelo MPMG para que fosse disponibilizado profissional de apoio escolar a aluno diagnosticado com Transtorno de Déficit de Atenção com Hiperatividade - TDAH, Transtorno Oposicional Desafiador – TOD e Transtorno de Ansiedade, além de sala de recursos multifuncionais à estudante com Transtorno do Espectro Autista.

Os laudos médicos do aluno com TDAH, TOD e Transtorno de Ansiedade indicaram que seu tratamento seria realizado com medicamentos, sendo sugerido o acompanhamento neurológico, atividade física e psicoterapia. O atendimento educacional especializado consistia na mobilização do SESI para estimular o aluno a observar as regras escolares e conviver harmoniosamente com outros colegas e professores.

A Lei nº 13.146/2015 conceituou o profissional de apoio escolar como “*pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência*”. Considerando que a deficiência desse aluno se manifestava no âmbito comportamental, não houve indicação médica para disponibilização do citado profissional. Ainda assim a família insistiu em tal contratação, para minimizar o constante comportamento agressivo da criança.

Destaca-se que, do ponto de vista pedagógico a disponibilização de profissional de apoio escolar pode desestimular a autonomia e independência de alunos com deficiência, o que prejudica a sua inclusão.

Já a disponibilização de sala de recursos multifuncionais encontra-se prevista no Decreto nº 7.611/11¹¹⁵ e constitui dever exclusivo do Estado.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência não prevê, em seu art. 28, a disponibilização de sala de recursos multifuncionais por instituições de ensino privadas, de forma que não há como atribuir tal obrigação ao SESI, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

O atendimento desse aluno contemplou a elaboração de Plano de Desenvolvimento Individual – PDI, disponibilização de profissionais de apoio escolar (estagiárias) e acompanhamento individualizado. A própria família reconheceu sua ótima adaptação a escola.

Vale destacar que, o planejamento individual e inclusivo ocorre através de práticas e atividades realizadas em toda a escola e não em um único ambiente, sendo certo que a sala de recursos multifuncionais é apenas uma das diversas ferramentas para a promoção da inclusão.

Ainda não houve sentença, mas entende-se que o atendimento educacional especializado foi disponibilizado em conformidade com a legislação sobre o tema. Registra-se que nessa escola existem 18 (dezoito) alunos com deficiência, o que demonstra, mais uma vez, as costumeiras práticas inclusivas da instituição.

4. Estratégia definida para o atendimento de aluno com osteogênese imperfeita (ossos de vidro) – Belo Horizonte

Em uma das escolas SESI houve a matrícula de aluno com osteogênese imperfeita (ossos de vidro). O atendimento educacional especializado implicava na instalação de um elevador orçado em aproximadamente R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Diante do elevado custo envolvido, foi proposta a família a transferência do aluno para uma escola SESI localizada em outro bairro de Belo Horizonte/MG. Foi esclarecido que não

¹¹⁵ Art. 5 A União prestará apoio técnico e financeiro aos sistemas públicos de ensino dos Estados, Municípios e Distrito Federal, e a instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, com a finalidade de ampliar a oferta do atendimento educacional especializado aos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, matriculados na rede pública de ensino regular.

[...]

II – Implantação de salas de recursos multifuncionais;

[...]

§ 3º As salas de recursos multifuncionais são ambientes dotados de equipamentos, mobiliários e materiais didáticos e pedagógicos para a oferta do atendimento educacional especializado

havia recursos para a instalação do elevador e que a outra escola era composta de um único pavimento, de forma que não haveria necessidade de maiores adaptações.

A família concordou com a sugestão da escola, o aluno foi transferido e vem se desenvolvendo bem. Atualmente, além de estar matriculado no SESI, ele atua no Programa Adolescente Trabalhador da Assprom.

7.5 CONCLUSÃO

Não se discute a necessidade de inclusão de alunos com deficiência na rede regular de ensino e da garantia de seu acesso a todos os seus níveis, pois a educação é dever de todos e o atendimento educacional especializado constitui direito fundamental social de todas as pessoas com deficiência, com vistas ao exercício de sua cidadania e promoção de sua igualdade e dignidade.

A questão trazida à tona é que, Inexoravelmente, a Lei nº 13.146/2015, cuja constitucionalidade já foi declarada pelo STF, atribuiu um ônus desproporcional às instituições de ensino privadas, que muitas vezes não dispõem de recursos para promoção da inclusão e garantia do atendimento educacional especializado da forma em que foi imposta.

Ademais, considerando que o preço da anuidade escolar deve ser divulgado com antecedência, sua definição é extremamente complexa, já que não há como prever a quantidade de matrícula de alunos com deficiência em cada ano letivo, nem as medidas adequadas para sua inclusão.

Tendo isso em vista, o SESI e o SENAI vêm adotando estratégias para a garantia do atendimento educacional especializado sem que haja um custo excessivo para tanto, sendo devidamente observada a legislação regente. Também tem sido frequente a intervenção do Poder Judiciário e outros órgãos de proteção à criança e ao adolescente.

É importante destacar que cada situação deve ser analisada individualmente e que existem várias ações para a promoção da inclusão, motivo pelo qual o atendimento de alunos com deficiência é um desafio diário.

Desta forma, o acolhimento de alunos com deficiência é uma realidade para as instituições de ensino privadas e encontra respaldo no art. 205 da Constituição Federal de 1988 e nos arts. 28 e 30 da Lei 13.146/2015. O SESI e o SENAI são referência em Minas Gerais no atendimento

de tais estudantes e vêm implementando diversas medidas que viabilizam o atendimento educacional especializado, promovem a inclusão social, o exercício da cidadania, a dignidade da pessoa humana e reduzem o preconceito.

7.6 REFERÊNCIAS

ALVES, Vilma José de Souza. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 142, nov 2015. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15775. Acesso em ago. 2018.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. LEI Nº 7.853, DE 24 DE OUTUBRO DE 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 24 out. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. DECRETO Nº 3.298, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 20 dez. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. DECRETO Nº 3.956, DE 8 DE OUTUBRO DE 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 08 out. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. DECRETO Nº 6.949, DE 25 DE AGOSTO DE 2009. Promulga a Convenção

Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. . República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. DECRETO Nº 7.611, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 17 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. LEI Nº 12.764, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 dez. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: ago 2018

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 6 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: ago 2018

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Resolução CNE/CEB n. 2, de 11 de setembro de 2001. Câmara de Educação Básica. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de setembro de 2001. Seção 1E, p. 39-40. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=11663-rceb006-12-pdf&category_slug=setembro-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso ago. 2018

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. Resolução CNE/CP n.1, de 18 de fevereiro de 2002. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de fevereiro de 2002. Disponível em http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/res1_2.pdf. Acesso ago. 2018,

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009. Câmara de Educação Básica. Disponível em http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso ago. 2018

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA: Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, 1994, Salamanca-Espanha.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal anotada. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1986

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**8 – SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E A IMUNIDADE
ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL**

Leonice Borges da Cruz de Almeida

Departamento Regional de Mato Grosso do Sul

8.1 INTRODUÇÃO

Neste ano de 2018, comemora-se os 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). A CRFB/88 foi promulgada como notável instrumento de redemocratização do Brasil.

Após mais de duas décadas de regime militar, foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988 a “Constituição Cidadã” trazendo em seu bojo a liberdade de pensamento. Dispositivos foram criados para evitar abusos de poder do Estado. Porém, apesar de todos os avanços alcançados no decorrer das três décadas de seu nascimento, percebe-se que ainda há muito o que ser feito para a efetivação de boa parte dos direitos nela consagrados.

Em sendo assim, o presente trabalho se propõe a analisar o amparo a Imunidade Tributária para entidades dos Serviços Sociais Autônomos, quanto as contribuições para a Seguridade Social, previsto no artigo 195, § 7º da CRFB/88.

Sem pretensão de esgotar a matéria, neste trabalho serão abordadas a Imunidade às seguintes Contribuições criadas para o Custeio da Seguridade Social:

- a. Programa de Integração Social – PIS/Pasep;
- b. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS;
- c. Contribuição Previdenciária Patronal – CPP.

Será abordado também o entendimento emitido pela Receita Federal do Brasil (RFB) quanto ao tema discorrido neste singular trabalho.

8.2 CONCEITO DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

O renomado doutrinador, Professor Hely Lopes Meirelles¹¹⁶, define os Serviços Sociais Autônomos da seguinte forma:

116 Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p.362.

“Serviços Sociais Autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias.”

Já a ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁷ caracteriza os Serviços Sociais Autônomos da seguinte maneira:

“Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado). Exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não de prestação de serviço público. Por outras palavras, a participação do Estado, no ato de criação, se deu para incentivar a iniciativa privada, mediante subvenção garantida por meio da instituição compulsória de contribuições parafiscais destinada especificamente a essa finalidade. Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.”

Os autores Ubiratan Aguiar e Andrei Aguiar¹¹⁸, ao se referirem ao SESI/SENAI explicam que *“o surgimento dos Serviços Sociais Autônomos, popularmente conhecidos como Sistema “S”, possui estrita ligação com as escolas de ofícios e politécnicas, cujo objetivo precípua era o desenvolvimento do ensino técnico profissionalizante dentro do setor da indústria.”*

Os Serviços Sociais Autônomos nasceram em meados do século XX (década de quarenta) com o propósito de promover educação e assistência social para setores econômicos aos quais se vinculam. São entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, criados por lei para prestarem relevantes serviços de natureza pública à sociedade brasileira.

¹¹⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2016. p. 609

¹¹⁸ Aguiar, Ubiratan. Aguiar, Andrei. *Questões Polêmicas do Sistema “S” sob a Ótica do TCU*. Belo Horizonte. Fórum, 2016 p. 16

O SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial foi criado em 22 de janeiro de 1942, pelo Decreto-Lei 4.048 com a missão de formar profissionais para a indústria nacional, sendo seu principal objetivo, oferecer cursos de qualificação profissional, cursos técnicos de nível médio e o ensino superior de acordo com as necessidades da indústria, com base na metodologia SENAI de educação profissional. Atua junto aos setores industriais fornecendo prestação de serviços técnicos, tecnológicos e consultoria, investindo ainda em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação de produtos e de processos para a indústria.

Já o SESI – SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA foi criado em 1º de julho de 1946, sendo suas finalidades principais a melhoria da qualidade da educação e elevação da escolaridade dos brasileiros. Também ajuda a criar ambientes de trabalho seguros e saudáveis e a aumentar a qualidade de vida do trabalhador.

Dedica-se a atender as demandas da indústria com ações que aumentam a produtividade e a competitividade e a promoção do bem-estar do trabalhador. Promove diversos programas nas áreas de Educação e Qualidade de Vida, eventos, cursos, prêmios e mantém parcerias com várias instituições, empresas e organismos internacionais.

O SESI e o SENAI são entes paraestatais, sem fins lucrativos, que atuam ao lado do poder público, em especial, na promoção da educação, cultura, saúde e lazer ao trabalhador. Em sendo assim, foram agraciados com o incentivo da AMPLA ISENÇÃO FISCAL¹¹⁹ e com a IMUNIDADE CONSTITUCIONAL¹²⁰ em relação ao pagamento de impostos e contribuições sociais.

8.3 INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL

Apesar dos Entes do Sistema “S” terem sido criados por lei e não visarem lucro em suas atividades, a União, por intermédio da Receita Federal do Brasil, defende que, por não cumprirem os requisitos estabelecidos para as entidades filantrópicas (Lei 12.101/2009), estas entidades são tributadas pelas contribuições para a seguridade social, quais sejam:

- PIS calculado sobre a folha de salários (alíquota de 1%);
- COFINS (alíquota 3% – regime cumulativo);
- Contribuição Previdenciária Patronal (20% sobre a folha de salários mais o percentual do SAT).

¹¹⁹ Artigos 12 e 13 da Lei 2.613/55

¹²⁰ Artigos 150, VI, “c” (impostos) e artigo 195, § 7º da CRFB/88

8.3.1 PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS)

Instituído através da Lei Complementar nº 07/1970 e da Lei 9.715/1998. Contudo, a MP nº 2.158-35/2001, dispôs sobre as formas de incidência da referida contribuição às entidades sem finalidades lucrativas. Sendo assim, conforme disposto no artigo 13 da MP nº 2.158-35/2001, as entidades imunes ou isentas terão que o recolher sobre a folha de salários de seus empregados, conforme segue:

(...)

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:

(...)

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

(...)

8.3.2 CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL (COFINS)

Criada através da Lei Complementar nº 70/1991. Sua forma de incidência, assim como ocorre com o PIS, também está prevista na MP 2.158-35/2001, artigo 14, senão vejamos:

(...)

Art. 14. Em relação aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de fevereiro de 1999, são isentas da COFINS as receitas:

(...)

X – Relativas às atividades próprias das entidades a que se refere o art. 13.

(...)

8.3.3 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL (CPP)

A Contribuição Previdenciária Patronal está prevista no artigo 22 da Lei 8.212/1991, conforme segue:

(...)

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I – Vinte por cento 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.

II – Para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III – vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;

(...)

Convém lembrar que, conforme disposição da MP 2.158-35/2001, não sofrerão a incidência da COFINS somente as receitas próprias das entidades sem finalidades lucrativas, ou seja, sobre as receitas obtidas em atividades compreendidas em suas finalidades sociais (atividade-fim), prevista em regulamento (ver Resp. 1.353.111/RS). As demais receitas decorrentes de atividades não compreendidas em seus objetivos regulamentares, em tese serão tributadas.

8.4 ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL QUANTO A IMUNIDADE A SER DISPENSADA AO SISTEMA “S”

Devido a formulação de consulta por um ente do Sistema de “S” do Distrito Federal, a Receita Federal do Brasil foi provocada a manifestar seu entendimento quanto ao direito a IMUNIDADE TRIBUTARIA conferida aos Serviços Sociais Autônomos.

Em resposta, foi publicada em 06 de fevereiro de 2014, a Solução de Consulta Interna Cosit nº 04/2014¹²¹, onde a RFB concorda que estes entes são imunes a **impostos**, conforme previsão do artigo 150, VI, “c” da CRFB/88.

Contudo, em relação a Imunidade a contribuições para a Seguridade Social, a Receita Federal do Brasil esclarece que estas entidades só farão jus a IMUNIDADE se atendidos os requisitos da Lei 12.101/2009. Sustenta ainda, que a legislação anterior que “garantia a ampla isenção fiscal” não foi recepcionada pela CFRB/88.

Entretanto, a jurisprudência pátria, em entendimento diverso ao emitido pela Receita Federal do Brasil, assegura a ampla isenção fiscal aos Entes do Sistema “S”, inclusive em relação as contribuições para a seguridade social, tendo por base o arcabouço jurídico que será explicado na sequência:

121 Solução de Consulta Interna Cosit nº 04/2014: ASSUNTO – NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. IMUNIDADE. IMPOSTOS. CONTRIBUIÇÕES DA SEGURIDADE SOCIAL. REQUISITOS.

Atendidos os requisitos dos arts. 9º, § 1º, e 14 do CTN e dos arts. 12 (exceto alínea “f” do seu § 2º) e parágrafo único do art. 13, da Lei nº 9.532, de 1997, o patrimônio, renda ou serviços vinculados a finalidades essenciais dos serviços sociais autônomos são imunes a impostos, nos termos do art. 150, VI, c, da CF/88.

Inexistindo ofensa à livre concorrência, a imunidade dos serviços sociais autônomos se faz presente mesmo quando o patrimônio, a renda e os serviços da instituição não estejam relacionados com as suas finalidades essenciais, devendo, porém, os recursos decorrentes dessas explorações serem destinados para os objetivos da entidade.

Atendidos os requisitos da Lei nº 12.101, de 2009, os serviços sociais autônomos são imunes a contribuições da seguridade social, nos termos do art. 195, § 7º, da CF/88.

O art. 13 da Lei nº 2.613, de 1955, que concede ampla isenção fiscal aos bens e serviços do SESI, SESC, SENAI e SENAC, não foi recepcionado pela CF/88.

Dispositivos Legais: Constituição Federal de 1988 (CF/88), arts. 150, VI, c e § 4º, e 195, § 7º; Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional CTN), arts. 9º, § 1º, e 14; Lei nº 9.532, de 1997, art. 12 (exceto alínea “f” do seu § 2º) e parágrafo único do art. 13; Lei nº 12.101, de 2009.

8.5 DA AMPLA ISENÇÃO FISCAL

As entidades SESI/SENAI gozam, desde a sua concepção, da mais ampla isenção fiscal, conforme disposto nos artigos 12 e 13 da Lei 2.613/1955, conforme segue:

(...)

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

Art 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (SESI), ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC). (Vide Lei nº 8.706, de 1993)

(...)

Conforme se pode notar do disposto na Lei nº 2613/55, o Estado criou Estas Entidades e as agraciou com a mais ampla isenção fiscal, como se fossem entidades da própria União. Seguindo essa mesma linha de pensamento, os Regulamentos do SESI e do SENAI, Decreto nº 57.375/1965 e Decreto nº 494/1962, respectivamente, também contemplaram estes Entes com o benefício da ampla isenção fiscal nos seguintes termos:

Regulamento do SESI, Decreto nº 57.375/65, artigo 12, parágrafo único:

(...)

Art. 12. No que concerne a orçamento e prestação de contas da gestão financeira a entidade além das exigências da sua regulamentação específica está adstrita ao disposto nos arts. 11 e 13 da Lei nº 2.613 de 23 de setembro de 1955.

Parágrafo único. Os bens e serviços do SESI gozam da mais ampla isenção fiscal, na conformidade do que rezam os artigos 12 e 13 da lei citada.

(...)

Regulamento do SENAI, Decreto nº 494/62, artigo 9º:

(...)

Art. 9º Os bens e serviços do SENAI gozam da mais ampla isenção fiscal.

(...)

Conforme se depreende do disposto nos regulamentos acima mencionados, os mesmos trataram de ratificar a AMPLA ISENÇÃO FISCAL já dispendida na Lei nº 2.613/55, uma vez que estas instituições foram imbuídas da missão de prestar serviços relevantes à nação brasileira, funcionando em regime privado, mas com ampla colaboração com o poder público.

8.6 DA IMUNIDADE CONSTITUCIONAL ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A melhor doutrina ensina que a IMUNIDADE é um freio aos anseios arrecadatários dos fiscos. Trata-se de verdadeira limitação ao poder de tributar.

Segundo o ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho¹²² a IMUNIDADE é:

“A classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas. ”

O prestigiado Professor Eduardo Sabbag¹²³, ensina que:

“Na IMUNIDADE não há que se falar em relação jurídico-tributária, uma vez que a norma imunizadora está fora do campo de incidência do tributo, representando o obstáculo, decorrente de regra da Constituição, à incidência de tributos sobre determinados fatos, situações ou pessoas. ”

¹²² Carvalho, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, São Paulo. Saraiva, 2007 18ª ed. p.195

¹²³ Sabbag, Eduardo. Manual de Direito Tributário, São Paulo. Saraiva, 2015 7ª ed. p.291

A imunidade a contribuições para a seguridade social, despendida às entidades de educação e assistência social, está prevista no artigo 195, § 7º da CRFB/88, conforme segue:

(...)

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;

b) a receita ou o faturamento;

(...)

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

(...)

De acordo com a Constituição Federal/88, para que as entidades sem fins lucrativos, das quais fazem parte o SESI e o SENAI, tenham assegurada a IMUNIDADE às contribuições para a Seguridade Social (artigo 195, § 7º da CFRB/88), precisam atender a certos requisitos estabelecidos em lei (***aqui, diga-se em Lei Complementar, em decorrência do artigo 146, II da CFRB/88***).

Atualmente, a Lei Complementar que traz em seu bojo os requisitos mencionados na Constituição Federal é o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) em seus artigos 9º e 14, senão vejamos:

(...)

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – Cobrar imposto sobre:

(...)

c) o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, observados os requisitos fixados na Seção II deste Capítulo;

(...)

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

I – Não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II – Aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

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

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

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

(...)

Todavia, a União com base no disposto no artigo 195, § 7º da CFRB/88, condicionou a fruição da IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL ao cumprimento de requisitos estabelecidos em *leis ordinárias*.

Em sendo assim, muito embora as entidades sem fins lucrativos tenham que observar os requisitos estabelecidos nos artigos 9º e 14 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), foi sancionada a Lei 8.212/91 trazendo em seu artigo 55 um rol de outros requisitos a serem cumpridos por referidas entidades para se verem amparadas quanto a não incidência (IMUNIDADE) das contribuições para a seguridade social.

Também foi sancionada a Lei nº 9.532/97 dispoendo seu artigo 12, § 2º, de novos requisitos a serem observados por estas entidades com vistas a ver garantido seu direito a imunidade. Contudo, referido artigo foi suspenso por medida cautelar concedida na ADI – MC 1802/DF sob o argumento de flagrante inconstitucionalidade, vez que somente lei complementar poderia disciplinar seu conteúdo.

O mérito da ADI – MC 1802/DF foi julgado recentemente (2018), sendo confirmada a inconstitucionalidade do artigo 12 e de outros dispositivos da Lei ordinária nº 9.532/97 que regulamentavam a IMUNIDADE.

Em 27/11/2009 foi sancionada a Lei 12.101/2009 também conhecida como “lei da filantropia”. Esta nova lei revogou o artigo 55 da Lei 8.212/91, e, trouxe em seu artigo 29 nova regulamentação em relação aos requisitos para a concessão da imunidade as contribuições para a seguridade social.

Porém, no início do ano de 2017, no julgamento das ADIs 2028, 2036, 2228 e 2621, e o RE nº 566.622/RS (com repercussão geral reconhecida), foi declarado inconstitucional o artigo 55 da Lei 8.212/91, ou seja, por consequência lógica, também o artigo 29 da Lei 12/101/2009 foi atingido por este julgamento, sendo alcançado pela declaração de inconstitucionalidade.

8.7 JURISPRUDÊNCIA RELATIVA A IMUNIDADE ÀS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL – SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Jurisprudência expressiva vem garantindo aos Serviços Sociais Autônomos a Imunidade prevista no artigo 195, § 7º da CFRB/88. Seguem abaixo alguns exemplos de decisões que confirmam o entendimento dos tribunais quanto ao tema explanado no presente trabalho:

8.7.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

“EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA – SESI. REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE nº 771.001/RS-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen, DJe de 11/11/13).

8.7.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

EMENTA – PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PIS – IMPORTAÇÃO. COFINS – IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO DAS IMPORTAÇÕES FEITAS PELO SENAI. VIGÊNCIA DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI N. 2.613/55.

1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes.
2. As importações feitas pelo SENAI gozam da isenção prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55.
3. Irrelevante a classificação do SENAI como entidade beneficente de assistência social ou não, pois sua isenção decorre diretamente da lei (arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55) e não daquela condição que se refere à imunidade constitucional (art. 195, §7º, da CF/88). O raciocínio também exclui a relevância de se verificar o cumprimento dos requisitos do art. 55, da Lei n. 8.212/91 (agora dos arts. 1º, 2º, 18, 19, 29 da Lei n. 12.101/2009), notadamente, a existência de remuneração ou não de seus dirigentes.

4. Recurso especial não provido (REsp. n. 1.430.257-CE, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18.02.2014).

EMENTA – TRIBUTÁRIO – CONTRIBUIÇÃO – PREVIDENCIÁRIA – SESI.

1. O SESI, como entidade sem fim lucrativo, está ao abrigo isencional dos arts. 12 e 13 da Lei 2.613/55.

2. A isenção outorgada aos bens e serviços dos serviços autônomos abrange a contribuição previdenciária da parte patronal - precedentes deste Tribunal (REsp 55.063/MG).

3. Recurso especial improvido. (REsp 301486 / PR, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 02.08.2001).

8.7.3 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

EMENTA – TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO OU PROVIMENTO IMEDIATO. AGRAVO LEGAL.SESI.IMUNIDADE.COFINS.PREQUESTIONAMENTO.

1 – Viável solver a apelação por meio de decisão terminativa quando o seu objeto confronta jurisprudência dominante ou está em sintonia com precedentes dos tribunais superiores. Inteligência dos artigos 557 - caput e §1º-A -, do CPC e 5º, inciso LXXVIII, da CF.

2 – A imunidade do § 7º do art. 195 da Constituição abarca a renda do SESI originada de atividades desenvolvidas em suas farmácias e empreendimentos congêneres, destinados ao atendimento de seus fins beneficentes. Precedentes do Tribunal.

3 – Considera-se prequestionada a matéria agravada.

(AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.71.99.004272-3/RS)

EMENTA – TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. SESI. IMUNIDADE. ART. 195, § 7º, CF. ART. 55 DA LEI 8.212/91. LEI Nº 2.613/55.

1. O art. 195, § 7º, da CF cuida da imunidade das contribuições para a seguridade social às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências previstas em lei ordinária, sendo desnecessária a via complementar para tal desiderato.

2. O art. 55 da Lei nº 8.212/91, como propósito de regulamentar as exigências impostas pela norma constitucional para que uma entidade assistencial fosse abrangida pelo benefício da imunidade, fiel a letra da lei, tratou de estabelecer em seu art. 55 as regras de uma isenção genérica, sem preocupar-se em alterar ou revogar outras isenções específicas porventura existentes.

3. O SESI já gozava de isenção que lhe fora conferida pela Lei nº 2.613, de 27/09/55, ainda em vigor, que ao dispor sobre o Serviço Social Rural, concedeu a seus serviços e bens “ampla isenção fiscal como se fossem da própria União”, isenção que se estendeu, já em seguida, ao SESI, ao SESC, ao SENAI e ao SENAC.

4. Constituindo-se o SESI uma entidade instituída por lei - Decreto-Lei nº 9.403/46, cuja estrita finalidade é a de prestar serviços de caráter assistencial e de bem-estar aos trabalhadores, nas áreas de medicamentos, alimentação ou formação profissional, não há como exigir-lhe outros requisitos constantes em lei genérica, para que seja reconhecida sua natureza beneficente.

5. Não tendo sido revogada pelo art. 55 da Lei nº 8.212/91 a isenção prevista na Lei nº 2.613/55, e estando ambas no mesmo universo normativo, aplica-se ao SESI a imunidade conferida pelo §7º do art. 195 da CF/88, devendo ser extinta a execução fiscal, porquanto, inexigíveis da executada as contribuições que embasam a CDA.

6. Apelação improvida.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007439-69.2012.404.9999/RS)

8.8 CONCLUSÃO

A IMUNIDADE a tributos é uma garantia constitucional que limita o poder de tributar dos entes federativos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Reza o artigo 146, inciso II da CRFB/88 que “*Cabe à **lei complementar** regular as limitações constitucionais ao poder de tributar*”

A regulamentação das “*exigências estabelecidas em lei*”, prevista na CRFB/88 para as entidades sem fins lucrativos usufruírem do seu direito à IMUNIDADE a Contribuições para a Seguridade Social, deu-se através de **leis ordinárias**, conforme disposição do artigo 55 da Lei 8.212/91 e do artigo 12 da Lei 9.532/97.

Porém, o artigo 12 da Lei 9.532/97, por apresentar inegável inconstitucionalidade, foi suspenso pelo STF em medida cautelar concedida na ADI MC 1.802/DF, sendo confirmada sua inconstitucionalidade (em 2018) sob o fundamento de que é vedada a regulamentação de conteúdo limitativo à imunidade através de lei ordinária.

Quanto ao artigo 55 da Lei 8.212/91, este foi revogado pelo artigo 29 da Lei 12.101/2009 que passou a estabelecer os requisitos para as entidades de educação e assistência social sem finalidades lucrativas usufruírem da IMUNIDADE a contribuições para a seguridade social (**também lei ordinária**).

Recentemente (02/03/2017), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 2028, 2036, 2228, 2621 e do RE nº 566.622/RS (em Repercussão Geral), declarou inconstitucional o artigo 55 da Lei 8.212/91 (que já estava revogado pela Lei 12/101/2009) com o embasamento constitucional de que somente **Lei Complementar** tem competência para dispor sobre requisitos limitativos ao gozo da imunidade garantida às entidades sem fins lucrativos.

Como o artigo 29 da Lei 12.101/2009, ao revogar o artigo 55 da Lei 8.212/91 passou a normatizar os requisitos para a concessão da IMUNIDADE, conseqüentemente, também foi atingido pela inconstitucionalidade declarada ao artigo 55 da Lei 8.212/91.

Portanto, as leis ordinárias que foram sancionadas para “dificultar”, impondo requisitos rigorosos para as entidades de educação e assistência social usufruírem de seu direito Constitucional à IMUNIDADE, não são válidas, são inconstitucionais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da Receita Federal do Brasil entender que os requisitos estabelecidos em leis ordinárias para se alcançar a IMUNIDADE também alcançarem o Sistema “S”, os tribunais não coadunam desse entendimento, muito ao contrário, confirmam não somente a ampla isenção fiscal, como também asseguram a imunidade constitucional a estes Entes.

Aliás, conforme já explanado acima, nem as demais entidades de educação e assistência social sem fins lucrativos necessitam cumprir requisitos de leis ordinárias para se verem amparadas pela imunidade, vez que, atualmente a única lei complementar que dispõe sobre requisitos para a concessão de imunidade é o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), ou seja, atendidos os requisitos estabelecidos nos artigos 9º e 14 do CTN, mencionadas entidades farão jus a IMUNIDADE a IMPOSTOS e as CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL.

8.9 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>> acessado em 30/07/2018.

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L5172.htm em 25/07/2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.048 de 22 de janeiro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del4048.htm. Acessado em 25/07/2018.

BRASIL. Decreto nº 494 de 10 de janeiro de 1962. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DCM/dcm494.htm em 25/07/2018.

BRASIL. Decreto nº 57.375 de 02 de dezembro de 1965. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1950-1969/D57375.htm em 31/07/2018.

BRASIL. Lei nº 2.613 de 23 de setembro de 1955. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/1950-1969/L2613.htm em 25/07/2018.

BRASIL. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8212cons.htm em 25/07/2018.

BRASIL. Lei nº 9.532 de 10 de dezembro de 1997. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9532.htm em 25/07/2018

BRASIL. Lei nº 12.101 de 27 de novembro de 2009. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm em 25/07/2018

BRASIL. Medida Provisória nº 2.158-35 de 24 de agosto de 2001. Acessado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm em 25/07/2018.

ADI MC 1.802/DF. Acessado na data de 31/07/2018 no site: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347276>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2016. 29ª ed. p. 609.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003. 28ª ed. p. 362.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2007. 18ª ed. p. 195

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo. Saraiva: 2018. 7ª ed. p. 291.

AGUIAR, Ubiratan. **AGUIAR,** Andrei. Questões Polêmicas do Sistema “S” sob a Ótica do TCU. Belo Horizonte. Fórum, 2015 p. 16

PEGAS, Paulo Henrique. Pis e Cofins. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**9 – ANÁLISE DO CENÁRIO ATUAL PARA
APLICAÇÃO DE FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS**

Lilian Beserra de Oliveira de Freitas

Departamento Regional do Rio de Janeiro

9.1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo trazer à reflexão a necessidade de evitar a litigiosidade perante a Justiça do Trabalho, utilizando, para tanto, meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

Historicamente sabe-se que a Justiça do Trabalho foi instituída para promover amparo e proteção dos direitos dos trabalhadores, parte hipossuficiente na relação de trabalho, que muitas sequer é formalizada como efetiva relação de emprego.

Assim, afigura-se para muitos como o único meio de obtenção de tutela eficaz, o que não merece prosperar na atualidade, visto que tal pensamento levou a Justiça do Trabalho a um asoeramento sem tamanho, fazendo com que a mesma não consiga dar a resposta efetiva da forma célere como deveria, pois trata de verbas de natureza alimentar, mas devido ao volume de demandas não é capaz de responder aos reclamantes como esperado.

Nesse sentido, é que se torna necessário o uso de outros mecanismos para a solução dos conflitos, pelo que é possível vislumbrar nos meios extrajudiciais de composição de conflitos uma forma de desafogar a Justiça do Trabalho, dar maior crédito ao que as partes convencionam e maior celeridade ao acerto das verbas, que por sua natureza, têm tanta urgência, como as salariais.

Aqui, como meios alternativos para a solução das controvérsias trabalhistas cabe a apresentação, em especial, da homologação de acordo extrajudicial, a arbitragem e a mediação.

Além de promover celeridade na solução e retirada de excessos de litígios da Justiça do Trabalho, o principal objetivo das entidades demandadas deve ser evitar as condenações em honorários advocatícios sucumbenciais, inovação trazida pela Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, risco que aumenta ainda mais o passivo e as despesas com processos dessa natureza para as empresas, sendo certo que já é possível identificar em algumas sentenças a aplicação de percentual maior para o patrono do reclamante e menor para o do reclamado, ou seja, o prejuízo tende a ser maior do que o ganho, embora ambos envidem grandes esforços no patrocínio, seja para postular ou para defender.

9.2 CONTEXTO HISTÓRICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho no Brasil foi instalada em 1º de maio de 1941, época da Segunda Guerra Mundial e governo de Getúlio Vargas, tendo sido inserida no Poder Judiciário somente a partir da Constituição de 1946, nos termos dos artigos 122/123, sendo certo que até aquele momento havia forte discussão acerca de sua natureza, se administrativa ou judiciária, isso

porque a Constituição de 1934, bem como a Carta outorgada de 1937 não a previam no capítulo atribuído ao Poder Judiciário.

A Justiça do Trabalho sofreu diversas alterações acerca de sua composição e atribuições, sendo a mais substancial delas, decorrente da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com a alteração do inciso I do artigo 114 da CRFB, onde passou a constar a competência para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho”, ampliando assim o campo de sua competência.

A atual composição da Justiça do Trabalho conta com o Tribunal Superior do Trabalho – TST, vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho e Juízes do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, criada pelo Decreto-Lei 5452/1943, foi sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas.

Assim como a Justiça do Trabalho, passou por diversas modificações, com diversos artigos alterados, outros revogados, e permaneceu vigente até a sua alteração mais contundente, tratada, portanto, de reforma trabalhista, que vem causando grandes controvérsias e é campo ainda incerto devido aos novos contornos para os litígios provenientes das relações de trabalho trazidos por tal alteração.

O entendimento aqui adotado é aquele encampado por boa parte da doutrina, magistrados, empregadores e pela Confederação Nacional da Indústria, no sentido de que se tratava de necessária reforma, com a modernização da legislação vigente, tendo em vista que não há mais tanta necessidade de protecionismos excessivos, além de adequação ao mundo atual, onde os trabalhadores têm mais acesso às informações, tendo, os mesmos, permanecido com os direitos e garantias fundamentais intactos.

9.3 A REFORMA TRABALHISTA, LEI 13.467/2017

A CLT de 1943 permaneceu vigente, tendo passado por inúmeras alterações, até 2017, quando finalmente ocorreu a modernização trabalhista, introduzida pela Lei 13.467/2017, que apresentou verdadeira reforma aos artigos já obsoletos, revogando e alterando, substancialmente, seus conteúdos.

Para alguns doutrinadores a reforma ainda é falada como precarização dos direitos trabalhistas, como a ilustre Des. Vólia Bomfim Cassar¹²⁴, na apresentação de seu livro *Comentários à Reforma Trabalhista*: “O conteúdo da Lei 13.467/2017, ao contrário do que afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus

124 Comentários à reforma trabalhista / Vólia Bomfim Cassar, Leonardo Dias Borges. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. P. Apresentação.

princípios, suprime regras benéficas ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado individualmente e coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de direito civil e de processo civil protetoras ao direito e processo do trabalho.”

Embora seja uma doutrinadora de excelência, com tal opinião não podemos concordar, haja vista a alteração de diversos dispositivos beneficiando o empregado e, ainda, aumentando seu poder de negociação.

É nesse sentido, reforçando a necessidade de prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, dando autonomia aos trabalhadores para que possam dialogar sobre aquilo que têm interesse em alterar dentro da sua relação empregatícia ou, até mesmo após a sua extinção, que se faz necessária a abordagem e incentivo à valorização do pacto firmado entre as partes.

9.3.1 INCENTIVO À REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE

É certo que a reforma trabalhista buscou pôr um freio nas aventuras judiciais, nas demandas desenfreadas com pedidos de A à Z, ainda com subitens, muitos sem fundamento, postulando o que, de fato, gozava de direito e arriscando em outros tantos pedidos para ver o que a sorte teria a lhe oferecer.

Tal conduta não é coerente com a celeridade que se busca e espera da Justiça do Trabalho, muitas vezes assoberbada com demandas infundadas e impossibilitada de julgar aquelas que potencialmente tinham causas mais relevantes e verdadeiras aguardando uma tutela jurisdicional.

Essa era a realidade apresentada até a véspera da entrada em vigor da Reforma Trabalhista, que fora desacelerada desde então, como amplamente noticiado pela imprensa, como O GLOBO¹²⁵, Carta Capital¹²⁶ e Época Negócios¹²⁷, por exemplo.

Contudo, temos que, esse, embora seja um ponto positivo da reforma, não é capaz de solucionar, por si, o grande volume de reclamações trabalhistas que são ajuizadas.

¹²⁵ <https://oglobo.globo.com/economia/numero-de-acoas-trabalhistas-registra-queda-77-no-rio-nos-primeiros-meses-apos-mudanca-na-lei-22503454>

¹²⁶ <https://www.cartacapital.com.br/politica/Apos-reforma-numero-de-novos-processos-trabalhistas-caiu-pela-metade>

¹²⁷ <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/02/epoca-negocios-acoas-trabalhistas-caem-mais-de-50-apos-reforma.html>

Cabe ainda destacar que a morosidade das ações, havendo eventual condenação ao final, implica em altos valores decorrentes de juros e correção monetária, além dos honorários advocatícios sobre os pedidos que o autor tiver êxito, onde reside aumento no passivo a ser custeado pelas empresas.

9.3.2 TRABALHADOR HIPOSSUFICIENTE X TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE

A CLT de 1943 e sua aplicação pela vanguarda do Direito do Trabalho tinham uma visão demasiadamente protecionista acerca do empregado, entendendo que o mesmo sempre estava em condição de desvantagem perante seu empregador, partindo do pressuposto de que o contrato de trabalho é de adesão e que, portanto, nada pode argumentar ou discutir, seja antes ou após ter sido firmado com seu empregador.

Ocorre que com a globalização do mundo, bem como o acesso cada vez mais frequente às tecnologias, temos que os empregados cada vez mais têm acesso à informação e conhecem, ou ao menos têm noção, dos seus direitos, o que lhes confere subsídios para argumentar com seu empregador.

Somado a tal fato, temos, ainda, que muitos trabalhadores atualmente têm nível de instrução muito mais elevado que aquele empregado que há anos foi entendido e protegido como hipossuficiente, independente do seu nível salarial.

Nessa linha de raciocínio, a Reforma Trabalhista trouxe a figura daquele que tem sido tratado como hipersuficiente, ou seja, o oposto daquela figura que permaneceu durante anos como reclamante perante a Justiça do Trabalho.

Cabe registrar que, embora seja tecnicamente reconhecido como hipersuficiente aquele que possui diploma de nível superior e tem remuneração em valor superior a duas vezes o teto de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o que, hoje, equivale a cerca de pouco mais de R\$ 11.000,00, entendemos que, considerando o cenário salarial do país, diversos outros trabalhadores com salários de cerca da metade daquele valor têm, sim, instrução para dialogar com seu empregador.

Essa nova figura tem sido assim chamada devido, principalmente à introdução do parágrafo único, ao artigo 444, da CLT, estabelecendo que a livre estipulação das cláusulas contratuais do empregado, que seja portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal

igual ou superior a duas vezes o teto dos benefícios do INSS, tenha a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Além disso, deve-se, ainda, ao texto do artigo 507-A da CLT, com permissão para estipulação de cláusula compromissória de arbitragem para solução de conflitos oriundos da relação de emprego, também daquele empregado, que aufera remuneração superior a duas vezes o teto para os benefícios do INSS, desde que por sua iniciativa ou sua expressa concordância.

9.3.3 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Dentre as inovações mais faladas daquelas trazidas pela reforma, tem sido os honorários advocatícios sucumbenciais, estabelecendo sucumbência recíproca, conforme previsão do art. 791-A da CLT¹²⁸:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

128 Consolidação das Leis do Trabalho. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Assim, temos que as despesas processuais das empresas que figuram no polo passivo das reclamações trabalhistas tendem a ficar cada vez mais altas, pois além de eventual sucumbência em determinados pedidos, deverá arcar com honorários sucumbenciais, eventuais honorários periciais caso seja sucumbente na pretensão objeto da perícia, além de custas processuais.

Embora haja êxito para os advogados que patrocinam tais instituições, a tendência, considerando a redução de aventuras judiciais, é que ocorra maior sucumbência do que êxito. Logo, o passivo financeiro decorrente de ações trabalhistas será aumentado.

Nesse sentido, importante destacar que algumas decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região já estabelecem honorários advocatícios em percentuais distintos, prevalecendo maior valor para o advogado que patrocina o reclamante.

Assim, temos que, em regra, maior ônus recairá sempre sobre as entidades demandadas, pois além dos pedidos deferidos o percentual de honorários de até 15%, inexistindo isonomia para seus advogados.

Dessa forma, ainda que seja vedada a compensação, o proveito em favor da entidade e seus advogados tende a não ser favorável, o que reforça a ideia de que o melhor, mais rápido e econômico é tentar a aplicação das vias extrajudiciais de resolução dos conflitos trabalhistas.

9.4 FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS TRABALHISTAS

É necessário buscar meios alternativos de resolução dos conflitos de forma a evitar a judicialização desnecessária e consequente aumento do ônus para as empresas, que terão que arcar com honorários advocatícios.

Dessa forma, trazemos três métodos eficazes e que precisam ser refletidos com o objetivo de aplica-los na Justiça do Trabalho.

9.4.1 HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

A homologação de acordo extrajudicial é inovação trazida pela Reforma Trabalhista no artigo 652, alínea f, da CLT, dispondo que compete às Varas do Trabalho “*decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho*”.

Outrossim, o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial está expressamente previsto nos artigos 855-B até 855-E da CLT, ou seja, é tamanho o incentivo

Já temos em exemplos de ações ajuizadas para homologação de acordo extintas sem resolução do mérito no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Cabe destacar que não estamos aqui tratando da conciliação inicialmente prevista no art. 625-A ao 625-H da CLT, por meio das comissões de conciliação prévia, que foram impostas como uma obrigatoriedade, um pressuposto para o ajuizamento da reclamação trabalhista e que em recente decisão do STF sua validade foi confirmada e declarada a inconstitucionalidade apenas da determinação de submissão à mesma antes da ação.

Contudo, é possível que se aproveite a existência das referidas comissões, já que ao empregado é facultada a assistência por advogado do sindicato de sua categoria.

Tratamos aqui da possibilidade de petição em conjunto das partes interessadas, que convenicionarão antes, visando tão somente a homologação pelo Poder Judiciário.

Considerando a celeridade prevista no próprio procedimento previsto na CLT, com prazo de 15 dias, a contar da distribuição da petição, para que o juiz analise o acordo, designe audiência, se julgar necessário, e profira a sentença, é importantíssimo instrumento a ser manejado

pelos empregadores que eventualmente possam ser demandados, diminuindo, em muito o seu ônus financeiro, seja por redução de despesas processuais, honorários advocatícios sucumbenciais, juros e correção monetária.

9.4.2 ARBITRAGEM

A arbitragem, prevista na Lei 9.307/1996, é mais uma forma de resolução dos conflitos de forma extrajudicial apontada expressamente na CLT através da Reforma Trabalhista, partindo do princípio do trabalhador hipersuficiente, já abordado alhures.

A previsão está no art. 507-A da CLT¹²⁹. Vejamos:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, para aquele empregado que perceba remuneração superior a duas vezes o teto dos benefícios do INSS, principalmente para aqueles que ocuparem cargos de gestão, os quais, pela natureza da função desempenhada requer especial fidúcia, defendemos que os empregadores devem passar a utilizar a cláusula compromissória de arbitragem, seja por concordância expressa ou por solicitação do empregado, o que não viola o princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CRFB.

É um meio eficaz de resolução de conflitos, eis que gera sentença arbitral, proferida por árbitro que tenha confiança das partes e nomeado pelas mesmas, sendo muito mais célere do que a Justiça do Trabalho e dessa não dependendo, pois a mesma não se sujeita a homologação do Poder Judiciário.

Temos, então, que trata-se de novo modo de pensar e conduzir a relação de emprego firmada com o trabalhador que detém nível mais alto de instrução e não pode mais ser reconhecido como hipossuficiente, como permaneceu durante longos anos.

¹²⁹ Consolidação das Leis do Trabalho. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De15452.htm

9.4.3 MEDIAÇÃO

A mediação, prevista na Lei 13140/2015, é a forma de composição que privilegia o livre debate entre as partes, sem haver proposta formulada pelo mediador, diferentemente da conciliação, tampouco se aproxima da arbitragem.

É um método que conta com a atuação do mediador com imparcialidade, orientação técnico-jurídica e voluntariedade, e as partes podem atuar sem advogados, o que contribui para a redução da possibilidade de ônus financeiro aos empregadores demandados.

A figura do mediador não tem poderes para decidir o conflito apresentado, apenas orienta, sugere, faz recomendações, ponderações para apaziguar as partes, sendo certo que poderão ser aceitos ou não pelas partes.

Temos aqui a forma de resolução de conflitos ainda não abarcada pela CLT e ainda vetada pelo TST em alguns casos, como por exemplo, na ação RR-25900-67.2008.5.03.0075¹³⁰.

Embora tal decisão tenha ocorrido antes da Lei que regulamenta a mediação, mostra o pensamento da Justiça do Trabalho acerca de sua aplicação nos conflitos trabalhistas.

Tal fato foi corroborado pela ausência de previsão na Lei quanto à resolução dos conflitos na seara trabalhista, o que culminou na edição do Ato 168/TST.GP pelo presidente do TST, dispondo sobre os pedidos de mediação e conciliação pré-processual de conflitos coletivos em seu âmbito.

Assim, como diz a ilustre a **coordenadora da Câmara de Conciliação e Mediação On-line Vamos Conciliar, Perla Cruz, em matéria para o Estadão**¹³¹ “A nobre iniciativa do TST fez com que as disputas trabalhistas fossem resolvidas também pela mediação judicial na primeira instância. Como resultado, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por intermédio da Resolução n. 174, de 30 de setembro de 2016, resolveu que, no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho fossem criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT), no prazo de seis meses, bem como Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT).”

Assim, entendemos que há a possibilidade de se tornar um ótimo campo de atuação da resolução extrajudicial da resolução dos conflitos com baixíssimo custo para as empresas.

¹³⁰ http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-determina-que-camara-de-mediacao-e-arbitragem-de-mg-nao-atue-em-conflitos-trabalhistas

¹³¹ <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mediacao-extrajudicial-nos-conflitos-trabalhistas/>

Corroborando o sinal de aceitação pela Justiça do Trabalho, temos a notícia trazida pela mesma coordenadora na mesma matéria supracitada: *“É importante atentarmos de que não há proibição expressa quanto ao uso da mediação extrajudicial nos conflitos trabalhistas. Em maio deste ano, em Araripina (PE), a Câmara de Conciliação e Mediação Vamos Conciliar, realizou a primeira mediação trabalhista, um marco na história das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação. O acordo foi homologado pela Justiça do Trabalho de Araripina/PE, o que mostra a segurança que uma Câmara privada oferece na resolução de conflitos trabalhistas.”*

Dessa forma, inexistindo a possibilidade da petição conjunta para homologação de acordo extrajudicial, é válida a tentativa de levar o conflito para uma câmara de mediação, onde possivelmente o empregado se sentirá mais confortável, ciente dos seus direitos, e propenso ao acordo sem o litígio judicial.

9.5 CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto e enfrentado no presente estudo, temos que indubitável a importância de se pensar novas formas de resolução dos conflitos trabalhistas.

Cabe destacar que para cada tipo de conflito sempre haverá uma solução que melhor se aplicará ao interesse das partes.

A judicialização dos conflitos embora, até a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, tenha sido a mais utilizada, não é a única, tampouco a mais eficaz forma de solução.

É necessário repensar nossos métodos de solução e provocar a mudança.

O empregado precisa ter ciência de sua responsabilidade por aquilo que convencionou e não buscar a tutela do Poder Judiciário após firmar acordo com o seu empregador, recebendo, ainda, guarida em tal conduta.

Os empregadores, por seu turno, precisam tentar outros meios de solução quando o empregado sinalizar seu descontentamento.

O esforço e a ação precisam ser em conjunto para a construção de uma Justiça do Trabalho mais célere.

O foco do empregador precisa ser além da função social, economizar com meios lícitos.

Dessa forma, entendemos que o cenário atual requer a mudança de postura, com atuação voltada a composição pacífica e célere.

As empresas precisam aproveitar o cenário atual, no qual foram quebrados paradigmas e rompidas barreiras, para que evitem gastos desnecessários, seja com custas processuais, com atualizações monetárias decorrentes de longos anos de tramitação de ações trabalhistas, seja com honorários advocatícios sucumbenciais, o que favorecerá assim sua economia e a própria geração de mais empregos.

9.6 BIBLIOGRAFIA

A história da justiça do trabalho no Brasil: multiplicidade de olhares. – Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, Comissão de Documentação, 2011.;

ALKMIM, Gustavo Tadeu. A MEDIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA IMPOSSIBILIDADE. Rev. TST, Brasília, vol.82, nº 3, jul/ set 2016.;

Arbitragem no processo do trabalho após a reforma trabalhista. Felipe Bernardes. Fonte:<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhistaarbitragem-no-processo-do-trabalho-apos-reforma-trabalhista-08022018>;

BOMFIM, Vólia. Direito do Trabalho. 14.^a ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.;

Comentários à reforma trabalhista / Vólia Bomfim Cassar, Leonardo Dias Borges. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2017.;

Lei da reforma trabalhista: comentada artigo por artigo / Coordenador e coautor Deusmar José Rodrigues. – Leme (SP): JH Mizuno, 2017.;

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual esquemático de direito e processo do trabalho. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.;

MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL NOS CONFLITOS TRABALHISTAS. **Perla Cruz. Estadão. Fonte:** <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mediacao-extrajudicial-nos-conflitos-trabalhistas/>;



SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho : aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. – São Paulo : LTr Editora, 2017.;

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 10. Ed. – São Paulo: LTr, 2016.;

SILVA, Homero Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2017.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**10 – DOS REFLEXOS DO ACÓRDÃO Nº. 699/2016
DO TCU SOBRE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS
PARA O RECONHECIMENTO DE BENESSES
TRIBUTÁRIAS ÀS ENTIDADES DO “SISTEMA S”**

Luiz Fernando Barbosa Bezerra

Departamento Regional do Ceará

10.1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos as entidades que compõem o Sistema S vêm sendo alvo de críticas no sentido de que seriam entidades que gozam de benesses que não são asseguradas a nenhum outro tipo de pessoa jurídica e que por isso precisariam submeter-se a uma maior transparência.

As críticas atingem desde os benefícios tributários que lhes são, embora com resistência, concedidos, passando por uma suposta livre autonomia na destinação de recursos oriundos das contribuições compulsórias que lhe são devidas por lei.

Nesse quadro, como era de se esperar, alguns personagens buscaram visibilidade política declarando guerra às entidades do Sistema S, mesmo que sem provas e argumentos factíveis, defendendo a bandeira que a solução para a histórica má gestão de recursos públicos se daria com o fim das entidades.

Com isso, após um pesado apelo midiático e o desenrolar de diversas operações de combate à corrupção institucionalizada no país, os órgãos de controle externo passaram a se dedicar de forma especial à fiscalização das entidades do Sistema S, imprimindo às mesmas um rigor fiscalizatório que transborda os limites do caráter finalístico dessa atuação.

Diante dessa situação, o presente estudo busca comparar os tratamentos dispensados tanto pelo Controle Externo, assim como pela Administração Tributária, mostrando assim os “dois lados da moeda”, quando se trata das entidades do Sistema S.

O primeiro seria o do rigor impingido ao ato de fiscalizar tais entidades, justificado pela destinação de recursos decorrentes da arrecadação de contribuição compulsórias que lhes são devidas.

O segundo lado seria o tratamento diferenciado a título de benesses tributárias, como isenções e imunidades destinadas a tais pessoas jurídicas.

A problemática reside no fato de que para o ato de fiscalizar, tais entidades são tratadas como se compusessem a própria Administração Pública, merecendo um rigor de fiscalização tal qual recebem órgãos da União. Ocorre que quando a atuação não é de fiscalização, mas sim de reconhecimento de benefícios, em especial os tributários, os órgãos de Administração Tributária destinam às entidades exigências próprias de pessoas jurídicas completamente desvinculadas das atividades estatais, oferecendo resistência ao reconhecimento de garantias legais em favor dos serviços sociais autônomos.

Nesse sentido, de forma objetiva buscar-se-á expor a força da fiscalização externa destinada às entidades do Sistema S, no caso SESI e SENAI, em contraponto às exigências que são impostas às essas entidades para o reconhecimento de alguns benefícios tributários.

Ao final, expõem-se as derradeiras considerações deste estudo, defendendo a opinião em favor de um necessário equilíbrio no trato das casas do Sistema S, seja quando figuram como entidades submetidas ao controle externo, seja quando buscam reconhecimento de um direito previsto em lei.

10.2 DO CONTROLE EXTERNO DESTINADO ÀS ENTIDADES DO “SISTEMA S”

10.2.1 DAS EXIGÊNCIAS PECULIARES AO SISTEMA S

Como sabido, as entidades dos Serviços Sociais Autônomos foram criadas por lei e, embora sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado, não são totalmente submetidas a um genuíno regime privado. Às referidas entidades é destinado um tratamento específico que não é, de regra, destinado a qualquer outra pessoa jurídica privada. Na verdade, tais entidades experimentam um misto de exigências cabíveis para pessoas privadas e públicas.

Para ilustrar basta apenas citar que tais entidades, uma vez criadas por lei, também somente na forma prevista em lei podem encerrar suas atividades. Com isso, em nada se confundem com uma associação privada de assistência social criada por um grupo de pessoas físicas, que pode, nos termos do seu estatuto, encerrar suas atividades a qualquer tempo.

Cumpra ainda destacar que todas as entidades do Sistema S precisam, para contratar pessoas, submeter os candidatos a um processo de seleção pública, regido por princípios da isonomia e impessoalidade. Como exemplo, pode-se citar os termos do art. 42 do Decreto nº. 494/62¹³² e da jurisprudência¹³³ do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. De fato, não são todas as entidades de assistência social ou educação que se submetem a esse tipo de exigência e rigor.

¹³² 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.

¹³³ *Cumpra enfatizar, finalmente, que a não obrigatoriedade de submissão das entidades do Sistema S aos ditames do art. 37, notadamente ao seu inciso II, da Constituição, não exige essas entidades de manter um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. Essa exigência constitui requisito de legitimidade da aplicação dos recursos que arrecadam para a manutenção de sua finalidade social. Justamente em virtude disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União, no exercício da sua atividade fiscalizatória, exercer controle sobre a manutenção desse padrão de legitimidade, determinando, se for o caso, as providências necessárias para coibir eventuais distorções ou irregularidades.* (RE 789.874-DF - STF)

Outra importante obrigação é o dever de licitar para realização de compras e contratações de serviços, observando um Regulamento de Licitações e Contratos, não existindo liberdade de contratar com qualquer fornecedor, o que obriga ao atendimento de princípios da isonomia, impessoalidade e economicidade.¹³⁴

Os entes que compõem o Sistema S ainda se submetem ao Controle Externo, através da fiscalização da Controladoria Geral da União e da prestação de contas ao Tribunal de Contas da União, haja vista serem destinatários de contribuições compulsórias, conforme se exemplifica com o Regimento do SENAI:

Art. 56. Os balanços financeiros, econômico e patrimonial, bem como a execução orçamentária do Departamento Nacional e das Delegacias Regionais, para efeitos de prestação de contas, deverão ser submetidos ao Conselho Nacional, órgão próprio de controle e tomada de contas do Departamento Nacional e das Delegacias Regionais, na primeira quinzena de março, para seu pronunciamento, e encaminhados, em seguida, ao Tribunal de Contas da União, até 31 desse mês, de acordo com os arts. 11 e 13 da lei citada.

§ 1º ***As prestações de contas dos Departamentos Regionais***, sob a responsabilidade de seus titulares, devidamente aprovadas pelos respectivos Conselhos Regionais, órgãos próprios de controle e tomada de contas regionais, **deverão ser encaminhadas ao Tribunal de Contas da União**, pelos Presidentes dos respectivos Conselhos Regionais, até o dia 31 de março.

§ 2º ***As prestações de contas*** dos Departamentos e Delegacias Regionais e a do Departamento Nacional **deverão observar as instruções do Tribunal de Contas da União**. (grifo nosso)

Ocorre que as imposições fiscalizatórias destinadas ao Sistema S não se restringem ao que simplesmente diz a lei, tendo evoluído de forma impactante nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Um marco dessa evolução é o Acórdão nº. 699/2016 do Plenário do TCU.

¹³⁴ Art. 1º As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SENAI serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.

Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o SENAI e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Art. 3º A licitação não será sigilosa, sendo acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

10.2.2 DAS DETERMINAÇÕES CONSTANTES DO ACÓRDÃO Nº 699/2016 DO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Com o Acórdão nº. 699/2016, o Tribunal de Contas da União estabeleceu às entidades do Sistema S o dever de publicizar todos os seus balanços contábeis e patrimoniais em Portais de Transparência divididos por Departamento Regionais, dentre outras obrigações, que vieram intensificar o controle de informações.¹³⁵

Embora extensas, é fundamental ilustrar as determinações do TCU para o Sistema S:

9.1. recomendar às entidades do “Sistema S” regionais e nacionais (Senac, Senar, Senai, Sesc, Sesi, Sebrae, Sest/Senat, Sescoop) que **divulguem amplamente nos seus respectivos sítios eletrônicos**, de maneira centralizada, em cada um dos departamentos nacionais:

9.1.1. os orçamentos originais e executados nos mesmos moldes e nível de desagregação dos que são encaminhados aos ministérios supervisores para aprovação;

9.1.2. os documentos de aprovação dos orçamentos (portarias) e os orçamentos retificadores, quando houver;

9.1.3. **as demonstrações contábeis**, elaboradas, no que couber, de acordo com a **NBC-T 16.6**, assinadas pelos contadores responsáveis e com indicação dos nomes dos dirigentes;

9.1.4. as seguintes informações sobre os processos licitatórios em andamento e os recém finalizados, bem como os **editais correspondentes: modalidade, natureza e descrição do objeto, data da abertura das propostas, critério de julgamento, data da homologação, resultado do certame, identificação dos licitantes, valores das propostas, registro dos recursos apresentados e respostas aos recursos, e situação da licitação (em execução, suspensa, concluída)**;

9.1.5. informações sobre os **contratos celebrados**, nos mesmos moldes que forem definidos para os relatórios de gestão;

¹³⁵ Acórdão nº. 699/2016 – Plenário – Tribunal de Contas da União.

9.1.6. informações sobre as **atividades e vagas gratuitas nos cursos, indicando com clareza as gratuidades instituídas por decreto;**

9.1.7. informações referentes às **transferências de recursos,** seja por convênio seja por qualquer outra forma de ajuste, com destaque para aquelas efetuadas para as federações e confederações empresariais, nos mesmos moldes que forem definidos para os relatórios de gestão;

9.1.8. informações sobre **receitas e despesas das entidades, com a especificação de cada receita e despesa constante dos respectivos orçamentos, discriminadas por natureza, finalidade e região, destacando a parcela destinada a serviços sociais e a formação profissional, especialmente com relação à despesa detalhada por modalidade de licitação,** nos moldes que serão definidos para os relatórios de gestão;

9.1.9. os **valores mínimos e máximos de cada faixa salarial,** o quantitativo de empregados em cada uma dessas faixas, e os critérios para a evolução na carreira, bem como os valores de gratificações que possam impactar na remuneração final dos empregados de acordo com o plano de cargos e salários;

9.2. recomendar a todas as entidades do “Sistema S”: 9.2.1. que estudem a possibilidade de disponibilizar, observando a autonomia regional de cada departamento, o acesso centralizado às informações e dados padronizados objeto destas recomendações, cuidando para que a periodicidade de atualização seja suficiente para mantê-los atuais;

9.2.2. que suas **demonstrações contábeis sejam auditadas por auditores independentes;**

9.2.3. que envidem esforços para a melhoria dos seus processos de controle, estudando a viabilidade da implantação de **unidades de auditorias internas,** sem perder de vista a autonomia regional de cada departamento, a fim de aprimorar a **eficácia dos seus processos de gerenciamento de riscos, controle e governança;**

9.2.4. que, a partir do estímulo e da orientação dos órgãos nacionais, aprimorem seus serviços de atendimento aos clientes/cidadãos, de forma a facilitar o acesso destes às informações e aos dados das entidades, prestando serviços por departamento, de forma presencial e remota ;

9.2.5. que avaliem a viabilidade de instituição ou de aprimoramento, caso já existentes, de **ouvidorias e de códigos de ética e de conduta**, observando a autonomia regional de cada departamento, de forma a aprimorar os serviços de atendimento ao cidadão;

9.2.6. que fixem prazos para cada uma das etapas do atendimento e implementação de sistemas de monitoramento e controle de prazos, de forma a aperfeiçoar a gestão dos serviços de atendimento prestados aos cidadãos;

9.3. determinar, por força do estabelecido na **NBC T 16.1**, às entidades do Senar e quaisquer outras entidades do “Sistema S” que ainda não o tenham feito, que, no prazo de um ano, contado da notificação dessa deliberação, **adequem seus sistemas contábeis, de forma que suas demonstrações contábeis sejam elaboradas, no que couber, com base na contabilidade aplicada ao setor público, seguindo os moldes exigidos pela NBC T 16.6**, admitindo-se a utilização concomitante da contabilidade empresarial, se assim entender necessário e conveniente a entidade jurisdicionada.

9.4. determinar às entidades do “Sistema S” (Senac, Senar, Senai, Sesc, Sesi, Sebrae, Sest/Senat, SESCOOP), com fulcro no art. 43, I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, II, do RI/TCU, que, **no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do recebimento da comunicação**, encaminhe plano de ação a este Tribunal, previamente discutido com os atores envolvidos, que contemple o cronograma de adoção, ainda que parcial, das medidas necessárias à implementação das recomendações constantes nos itens 9.1 e 9.2 deste acórdão, com a indicação de prazos e responsáveis, bem como justificativas a respeito de eventual impossibilidade ou inviabilidade de implementação da recomendação alvitrada; (Destaques nossos)

Atualmente, o item 9.4 foi praticamente integralmente atendido por todos os regionais do Sistema Indústria e todas as recomendações sugeridas pelo TCU no referido acórdão estão sendo aplicadas.

Assim, veja que as determinações do tribunal praticamente fizeram das entidades do “Sistema S” verdadeiras pessoas jurídicas de direito público. O rigor destinado ao Serviço Social Autônomo em pouco diverge das fiscalizações destinadas às entidades componentes da Administração Direta.

Para exemplificar, cita-se a exigência de observância dos moldes exigidos NBC T 16.6¹³⁶ e da Lei 4.320/64¹³⁷, que são as normas técnica e legal que estabelecem as demonstrações contábeis a serem elaboradas e divulgadas pelas entidades do setor público e que vem sendo fielmente observadas, conforme se depreende das notas explicativas constantes do portal da transparência das entidades¹³⁸:

2.1. Declaração de Conformidade

As demonstrações contábeis foram elaboradas e estão sendo apresentadas de acordo com as Normas Contábeis aplicadas ao Plano de Contas e Manual de Padronização do Sistema Indústria, aprovado pelo Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria, em consonância com a Lei nº 4.320/64, de 17 de março de 1964 e da Lei Complementar nº 101/2000.

Outro ponto de destaque é a plena exposição de receitas e despesas das entidades, com a especificação de cada receita e despesa constante dos respectivos orçamentos, discriminadas por natureza, finalidade e região, destacando a parcela destinada a serviços sociais e a formação profissional, especialmente com relação à despesa detalhada por modalidade de licitação, afastando qualquer sombra que paire sobre cada centavo que entre ou saia das casas SESI e SENAI.

Do mesmo modo, o acesso a qualquer transferência de recursos das entidades deve ser devidamente disponibilizado no mecanismo de publicação das informações. É dizer, qualquer repasse de recursos vinculados às atividades das entidades, seja por convênio, parcerias, repasses regimentais, fica devidamente exposto e à disposição de todos que queiram checar para onde e de que forma os valores são destinados.

¹³⁶ http://www1.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=2008/001133

¹³⁷ Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para *elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*.

¹³⁸ <http://www.portaldaindustria.com.br/senai/canais/transparencia/>

<http://www.portaldaindustria.com.br/sesi/canais/transparencia/>

Na mesma linha de rigor, é exigido de SESI e SENAI a contratação de auditorias externas independentes, a existência de auditoria interna, criação de ouvidoria, elaboração de código de ética e de conduta, dentre outras exigências que tornam o Sistema S uma entidade blindada contra desvios de finalidade.

Com base no referido acórdão do TCU, o que se tem hoje sobre os componentes do Sistema S é um sistema de controle externo extremamente eficaz, que oportunizam às entidades experimentar questionamentos tão criteriosos quanto os destinados aos gestores da Administração Pública Direta.

10.3 O TRATAMENTO DAS BENESSES TRIBUTÁRIAS DESTINADAS DO “SISTEMA S” EM FACE DO RIGOR DO CONTROLE EXTERNO

10.3.1 DA VIVAZ PREVISÃO LEGAL DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI Nº 2.613/55

Todo esse rigor, hoje imposto ao Sistema S, torna atual e vivaz uma previsão legal muito combatida pela maioria dos órgãos de Administração Tributária, seja nas esferas municipais, estaduais ou federal. Trata-se da previsão dos artigos 12 e 13 da Lei 2.613/55, que assegura ao Sistema S a ampla isenção fiscal como se fossem a própria União:

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

Art 13. O disposto nos arts. 11 e 12 desta lei se aplica ao Serviço Social da Indústria (SESI), ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e ao Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC). (Vide Lei nº 8.706, de 1993). (grifo nosso)

Aparentemente, os órgãos de controle externo, atentos à previsão legal exposta, buscaram pôr em prática a tônica da lei, impondo assim ao Sistema S uma fiscalização “*como se fossem a própria União*”. E, até então, não há muito que se questionar. Existindo destinação de recursos e o direito a uma ampla isenção tributária para o Sistema S, como se fosse a própria União, nada mais justo que a fiscalização se aproxime muito da fiscalização destinada aos órgãos da Administração Pública.

Na verdade, esse maior rigor e transparência impostos serviram como uma forte defesa do Sistema S contra acusações aventureiras que vinham sendo divulgadas por alguns que, por um motivo até então desconhecido, passaram a entender que o problema da má gestão de recursos públicos no país seria culpa dos serviços sociais autônomos.

Sabe-se que quando a Lei nº. 2.613/55 assegurou a ampla isenção aos serviços e bens das entidades ali indicadas, estava a reconhecer que por atuarem em conjunto com União, Estados e Municípios mereceriam tratamento equiparado no aspecto tributário. O objetivo não era outro que não o de motivar a expansão da atividade de cooperação com o Estado de tais entidades, em um momento forte de industrialização nacional. Hoje as entidades do Sistema S permeiam todos os estados do país com suas indispensáveis atividades sociais e educacionais.

Até aqui, estar-se-ia diante de total congruência, o reconhecimento de benesses tributárias, acompanhadas de um rigor na fiscalização externa de tais entidades. Como preceituado pelo princípio da isonomia, nada mais justo que aos iguais seja destinado o mesmo tratamento e aos desiguais o tratamento desigual equivalente.

Ocorre que muitos órgãos de administração e fiscalização tributária ainda visam obstaculizar o reconhecimento de isenções e imunidades destinadas ao Sistema S, mesmo diante do importante papel que desempenham.

Não é difícil encontrar Auditores Fiscais Federais buscando tributar AFRMM¹³⁹ e PIS-COFINS importação¹⁴⁰ sobre equipamentos importados pelo SENAI que são direcionados a cursos de aprendizagem industrial.

De igual modo, se hoje o SESI adquirir um imóvel para montar uma escola ou uma clínica de saúde deverá comprovar junto à Secretária de Finanças competente o atendimento detalhado de todos os requisitos do art. 14, do Código Tributários Nacional, para poder gozar de imunidade do IPTU. Esses entraves são corriqueiros no dia-dia dos advogados do Sistema S.

Objetivado ilustrar esse entendimento do Fisco Federal, colaciona-se passagem de artigo¹⁴¹ divulgado no site JOTA, onde a Dra. Andalessia Lana Borges, Procuradora da Fazenda Nacional, consigna seu descontentamento com o tratamento tributário destinado ao Sistema S:

139 Dispositivo de sentença em favor do SENAI-DR/CE, que teve 3 máquinas importadas retidas pela RFB, sob argumento de cobrança do AFRMM:

a) Declaro a inexistência da relação jurídico tributária a ensejar a cobrança do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Regional do Ceará SENAI- DR/CE no caso dos autos em novas importações ultimadas pelo autor; (PROCESSO Nº: 0805856-50.2018.4.05.8100)

140 http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicacao%20-%20Noticias/Noticias/Segunda-Turma-confirma-isencao%20-%20tributaria-na-importacao%20-%20de-bens-educacionais-pelo-Senai

RECURSO ESPECIAL Nº 1.704.826 - RS (2017/0273019-5)

141 <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/entidades-do-sistema-s-06032017>

“Há muito tempo existe controvérsia jurídica acerca de **suposta** “ampla isenção” que alcançaria as entidades do Sistema “S”. Segundo as entidades, tal benefício fiscal encontraria amparo nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55[1] e seria plenamente compatível com a ordem normativa instalada pela Constituição de 1988.

As pessoas jurídicas que integram o conhecido Sistema “S” afirmam, em síntese, que, **embora sejam entes de direito privado**, seriam “imunes” e dispensadas do cumprimento de qualquer requisito legal, tudo com fundamento nos mencionados artigos da Lei n. 2.613/55. E, é inegável, alguns Tribunais Regionais Federais[2] e também o STJ (AgInt no REsp 1.307.211/BA, AgInt no REsp 1.589.030/ES), **de forma atécnica**, com a máxima venia, em decisões não só longínquas, mas também recentíssimas, acolheram essas alegações, ao examinarem ações e recursos das mencionadas entidades do Sistema “S” (grifo nosso)

Na passagem do texto da ilustre procuradora federal é notória a resistência ao reconhecimento da imunidade assegurada ao “Sistema S”. Entretanto, nem tudo que é exposto pela autora contraria os fins do presente trabalho.

Observando bem a boa linha de argumentos da representante da Fazenda Nacional, verificam-se exatamente pontos que são defendidos na presente tese, conforme destacado por grifos.

Quando a procuradora utiliza a expressão “*embora sejam entes de direito privado*” ela se enquadra exatamente em “*um dos lados da moeda*” no tratamento destinado às entidades do Sistema S.

Nesse caso, é o lado da resistência ao reconhecimento das benesses tributárias (imunidades ou isenções). Veja que nessa situação o “Sistema S” é encarado pela Fazenda Nacional como uma genuína entidade privada, indigna de um tratamento que não seja o mesmo destinado a outras pessoas jurídicas de mesma natureza.

Com a fala da procuradora, fica claro que a Administração Tributária da União não reconhece o tratamento para as entidades “*como fossem a própria União*”, o que lhes é assegurado por lei. Para o Fisco Federal, ao serviço social autônomo devem ser destinados os mesmos rigores aplicados a qualquer outra entidade privada que atue sem finalidade lucrativa e busque o reconhecimento de uma isenção ou imunidade tributária. Para PFN, o Sistema S, por sua natureza privada, iguala-se a todos os demais entes de mesma natureza, sem distinção.

Ocorre que, como já exposto, para o TCU, o entendimento é bem diferente. Por se tratarem de entidades que gerem recursos decorrentes de arrecadação tributária submetem-se ao controle externo do tribunal, nos termos do art. 5º, V, da Lei nº. 8.443/1992¹⁴², e também à Lei de Acesso à Informação – Lei nº. Lei 12.527/2011, conforme art. 2º¹⁴³.

Foi com base nessas previsões legais, que o TCU exarou o Acórdão nº. 699/2016, já analisado, determinando a observância de todas as obrigações voltadas para transparência da gestão de recurso no Sistema S, como já apontado aqui.

10.3.2 DOS REFLEXOS NAS EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DE BENESSES TRIBUTÁRIAS

Quando se confronta os entendimentos da Procuradoria da Fazenda Nacional e do TCU o resultado é o seguinte: para alcançar um benefício fiscal, as entidades do Sistema S são pessoas jurídicas privadas como quaisquer outras, sem merecer qualquer distinção, devendo atender exigências de caráter genérico a todos. Contudo, para gerir recursos que lhe são destinados por lei, equiparam-se a um ente público, merecendo uma fiscalização especialmente rigorosa, para poucos destinada.

De fato, um rigor maior de um tema deveria justificar uma maior leveza no trato de outro, isto para o próprio bem, eficiência e economia da atividade estatal, que evitaria a verificação de informações dispensáveis e já chanceladas por órgão jurisdicional de controle externo. Infelizmente, não é bem assim que as coisas funcionam no Brasil.

Enriquecendo o debate, bastam alguns questionamentos sobre a aplicação do art. 14º¹⁴⁴, do CTN ao “Sistema S”. Por exemplo:

¹⁴² Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social;

¹⁴³ Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

¹⁴⁴ Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

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.

- a. Atualmente, após as determinações do Acórdão 699/2016, pode o SENAI deixar de *aplicar integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais*?
- b. Pode, após o acórdão 699/2016, o SESI deixar de *manter escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão*?
- c. Mesmo antes do Acórdão 699/2016, poderiam as citadas entidades deixar de cumprir tais requisitos?
- d. Será que se um desses requisitos fosse desobedecido por SESI ou SENAI, o TCU aprovaria as contas das entidades?

A resposta para os questionamentos é apenas uma: não. Mas mais do que saber que não podem, deve-se entender o porquê de não poderem. Explica-se.

Qualquer outra entidade de assistência social, sem fins lucrativos, não pode descumprir o que diz o art. 14, sob pena de perder o seu benefício de imunidade tributária. A perda da imunidade com certeza representa enorme prejuízo, mas não seria impossível a continuidade das atividades da pessoa jurídica, mesmo inobservando as previsões do art. 14.

Já o SESI e o SENAI não podem porque são proibidos por lei. Mesmo que seus gestores decidissem que a partir de hoje abrir-se-ia mão das benesses tributárias, ainda assim não poderiam deixar de continuar cumprindo fielmente seus objetivos institucionais, destinando seus recursos exclusivamente para esse fim. É dizer, não poderiam deixar de cumprir o que está dito no art. 14, isto por força da lei que os criou e das determinações aplicáveis ao seu controle externo (Acórdão 699/2016). Não se admite ao SESI e SENAI essa voluntariedade própria de entidades genuinamente privadas. O “Sistema S” foi criado com uma finalidade que justifica sua própria existência e se desviar disso é afrontar o ato legal que os criou. Assim, não é à toa que possuem fundamento legal para receberem benefício tributário *“como se fossem a própria União.”*

Nesse diapasão, hoje, as exigências do art. 14, do CTN, face ao controle estabelecido sobre o Sistema S, revelam-se até mesmo inócuas, representando letra morta para as entidades SESI e SENAI, que já possuem a obrigação constante de atender exigências bem maiores do que as expostas no referido artigo do CTN.

Caso semelhante, haja vista a identidade de raciocínio jurídico, é o da decisão do STJ¹⁴⁵ sobre a isenção do PIS e COFINS importação do SENAI – Regional Ceará, onde se afastou a necessidade de comprovar o cumprimento dos requisitos do art. 55, da Lei n. 8.212/91 (agora dos arts. 1º, 2º, 18, 19, 29 da Lei n. 12.101/2009), para a aplicação do benefício tributário, em decorrência da natureza das entidades.

Em decisão em favor também do SENAI Departamento Regional do Ceará, de processo¹⁴⁶ já citado alhures, já se visualiza um avanço no reconhecimento do Sistema S “como se fosse a própria União”, sendo válidas e pertinentes algumas transcrições:

“Observa-se que, conforme, a apreciação conjunta dos artigos acima, a lei, a despeito de tratar precipuamente do S.S.R., buscou conferir “**ampla isenção**” não somente ao ente mencionado, mas aos demais serviços sociais autônomos enumerados pelo artigo **13, cuidando de aduzir que os serviços e bens estavam protegidos de isenção “como se fôsem da própria União.”**”

“Saliente-se que, **embora não integrem a Administração Pública**, direta ou indireta, essas entidades **se submetem a algumas exigências típicas do regime jurídico de direito público**, como a de realização de licitações (ou processos seletivos de contratação) e **submissão ao controle dos Tribunais de Contas.**”

“Saliento que **a própria lei** que trata dos aspectos jurídicos do Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, Lei nº. 10.893/2004, **dispõe quanto às isenções definindo que não haverá pagamento do tributo bens específicos**, como livros, jornais e periódicos (critério objetivo), empregados em finalidades discriminadas, como os destinados a participar de eventos culturais ou artísticos (critério finalístico) **além das cargas importadas por certos entes, como a União**, conforme consta do art. 14, V, “d”. **A isenção disposta pela lei vem assim corroborar o entendimento acima, uma vez que a Lei nº. 2.613/55** ressalva de tributação os

145 PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. PIS - IMPORTAÇÃO. COFINS - IMPORTAÇÃO. ISENÇÃO DAS IMPORTAÇÕES FEITAS PELO SENAI. VIGÊNCIA DOS ARTS. 12 E 13 DA LEI N. 2.613/55. 1. Não viola o art. 535, do CPC, o acórdão que decide de forma suficientemente fundamentada, não estando obrigada a Corte de Origem a emitir juízo de valor expresso a respeito de todas as teses e dispositivos legais invocados pelas partes. 2. As importações feitas pelo SENAI gozam da isenção prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55. 3. Irrelevante a classificação do SENAI como entidade beneficente de assistência social ou não, pois sua isenção decorre diretamente da lei (arts. 12 e 13 da Lei n. 2.613/55) e não daquela condição que se refere à imunidade constitucional (art. 195, §7º, da CF/88). **O raciocínio também exclui a relevância de se verificar o cumprimento dos requisitos do art. 55, da Lei n. 8.212/91 (agora dos arts. 1º, 2º, 18, 19, 29 da Lei n. 12.101/2009), notadamente, a existência de remuneração ou não de seus dirigentes.** 4. Recurso especial não provido. (REsp 1.430.257/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/2/2014, DJe 25/2/2014)

146 PROCESSO Nº: 0805856-50.2018.4.05.8100 – 3ª Vara da Justiça Federal do Ceará

bens e serviços do SENAI por considerá-los como se da União fossem. Portanto, entendo que merece acolhimento o pleito autoral.” (todos os grifos acrescidos)

Assim, não só o necessário tratamento tributário “*como se fosse a própria União*”, assim como toda essa rigorosa fiscalização sobre as entidades do “Sistema S”, imposta pelo TCU, acabam por dar a tais entidades um respaldo de regularidade inigualável e que, via de consequência, inutiliza exigências decorrentes de leis gerais, a exemplo dos requisitos para concessão de benefícios tributários.

Cabe agora aos órgãos que fazem a Administração Tributária nas esferas Federal, Municipais e Estaduais compreenderem a importância dessa fiscalização imposta ao “Sistema S” e principalmente entender os seus efeitos concretos, como é o caso da ineficiência da exigência de alguns requisitos legais para concessão de benefícios tributários.

10.4 CONCLUSÃO

Em conclusão, tem-se que as entidades do “Sistema S” existem em decorrência de previsões legais, atuando como serviços sociais autônomos e embora não façam parte da Administração Pública, possuem atribuições específicas e são mantidos por contribuições parafiscais, submetendo-se, a exemplo dos órgãos da União, aos trabalhos de auditoria da CGU e ao julgamento de contas pelo Tribunal de Contas da União, que exerce controle finalístico sobre a gestão dos recursos das entidades.

Com isso, é fácil enxergar que a todas as atividades exercidas pelo “Sistema S”, estão vinculadas diretamente aos seus objetivos impostos na forma das leis que os criaram, para fins de promoverem, ao lado do estado, atividades de educação e assistência social, sem objetivo de lucro.

Submetidas ao controle externo exercido pelo TCU, em 2016, por meio do Acórdão 699/2016, as entidades do “Sistema S” viram suas obrigações se multiplicarem em termos de detalhes na análise da gestão de recursos e, principalmente, na transparência de seus dados e informações, o que tornou o processo de gerenciamento dos recursos das casas tão rigoroso quanto os regramentos próprios da Administração Pública Direta.

Ante essa hodierna realidade, o tratamento tributário destinado a tais entes merece se amoldar, sendo competência dos representantes dos órgãos de administração tributária da União, Estados, DF e Municípios compreenderem a necessidade de flexibilização de exigências que hoje não mais encontram espaço no tratamento das entidades do “Sistema S”, seja pela sua natureza, seja pelo alto controle externo aplicado às mesmas.

Deve-se ter em mente que a razão de ser da imunidade constitucional está, em primeiro lugar, na viabilização da própria atividade que respalda a disciplina da matéria, afastando-se obstáculos não mais justificáveis que atrapalhem o alcance dos preceitos constitucionais.

10.5 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 ago 2018.

_____. **Código de Tributário Nacional**. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 02 ago 2018.

_____. **Decreto-Lei nº. 4.048, de 22 de janeiro de 1942**. Cria o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários (SENAI). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del4048.htm. Acesso em: 03 ago 2018.

_____. **Decreto nº. 494, de 10 de janeiro de 1962**. Aprova o Regimento do SENAI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dcm/dcm494.htm. Acesso em: 03 ago 2018.

_____. **Lei nº. 2.613, de 23 de setembro de 1955.** Autoriza a União a criar uma Fundação denominada Serviço Social Rural. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l2613.htm. Acesso em: 10 ago 2018.

_____. **Lei nº. 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm. Acesso em: 11 ago 2018.

_____. **Lei nº. 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm. Acesso em: 10 ago 2018.

_____. **Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 11 ago 2018.

BORGES, Andalessia L. – **Entidades do Sistema “S”:** Incompatibilidade da pretensa imunidade/isenção e a estrutura constitucional brasileira – 2017 – <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/entidades-do-sistema-s-06032017> – em: 18 ago 2018

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro.** Dialética. Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2003.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.** 17. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; 2015.

SITES:

Acórdão nº. 699/2016 – Plenário do TCU:

<https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=10764015>

Conselho Federal da Contabilidade – NBC T 16.6:

http://www1.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=2008/001133

Portal da Transparência SENAI:

<http://www.portaldaindustria.com.br/senai/canais/transparencia/>

Portal da Transparência SESI:

<http://www.portaldaindustria.com.br/sesi/canais/transparencia/>

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**11 – INDÚSTRIA 4.0 – AS STARTUPS E SUA
CONTRIBUIÇÃO PARA A EVOLUÇÃO DOS
INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS
NO SISTEMA S INDÚSTRIA**

Marcos Roberto Oliveira de Souza

Departamento Regional de Minas Gerais

11.1 INTRODUÇÃO

A partir da conceituação e contextualização da Indústria 4.0, especificamente pela óptica das startups, o presente artigo se propõe a analisar a interferência e a contribuição desse modelo de negócios para a evolução dos processos de contratação do Sistema S Indústria.

Para além das especificidades dos vários assuntos e subtemas que, respectivamente, orbitam e constituem o tema “Indústria 4.0”, este trabalho objetiva identificar os principais pontos de atrito entre a sistemática negocial das startups e os instrumentos jurídicos mais comumente adotados pelas entidades que compõe o Sistema S.

Mais do que apresentar uma visão sintética de tais pontos de atrito, o presente trabalho se propõe a despertar no leitor uma reflexão acerca do processo evolutivo ao qual o ordenamento jurídico inexoravelmente se submete. Espera-se que essa reflexão não apenas possibilite o surgimento de ideias que viabilizem a customização dos instrumentos jurídicos, para atendimento unicamente das startups, mas, que impulse a concepção de soluções que sejam aplicáveis à toda gama de processos de contratação demandados pelas entidades que compõe o Sistema S Indústria.

11.2 REFERENCIAL TEÓRICO

11.2.1 BREVE HISTÓRICO EVOLUTIVO DO PROCESSO PRODUTIVO INDUSTRIAL ATÉ O SURGIMENTO DAS STARTUPS

Desde a concepção das primeiras sociedades humanas, o homem, a partir de sua capacidade de observação, adaptação e modificação do seu habitat, vem criando tecnologias com o intuito de melhorar sua vida.

Assim, seguindo por intermédio dessas mesmas virtudes, foram criadas as primeiras ferramentas de corte. A partir da pedra lascada, foi possibilitado ao homem a construção de armas de caça e outras ferramentas e utensílios que, não só facilitaram sua vida, como lhe deram enorme vantagem em relação aos outros animais. Foram essas primeiras ferramentas que possibilitaram ao homem conceber as primeiras modificações em seu ambiente. Em seguida veio o fogo, que trouxe não só o conforto contra o frio como também ajudou a afastar os predadores e possibilitou, com o processo de cozimento e preparo dos alimentos, uma evolução no processo digestivo humano, que se inicia fora do estômago,

possibilitando que a fisiologia humana favorecesse um maior desenvolvimento do cérebro humano. E então, veio a roda, elemento singular na evolução humana que revolucionou não só os meios de transporte, como também todos os processos produtivos, representando um dos saltos evolutivos mais importantes da humanidade, impulsionando os primeiros procedimentos produtivos agrícolas. Posteriormente, foi a vez dos processos produtivos manufaturados e, finalmente, com a invenção da máquina a vapor, em meados do século XVIII, veio a Primeira Revolução Industrial, e com ela o progresso explodiu. Estradas e ferrovias riscaram o globo, e, juntamente com as grandes embarcações a vapor ajudaram a escoar a produção que, livre da manufatura, chegava, não mais em unidades, mas em lotes aos cantos mais distantes da Terra. A partir de meados do século XIX, novas máquinas foram inventadas e passaram a ser comercializadas. Surgiu o automóvel, o avião, o telefone, o televisor e o rádio, e como eles a Segunda Revolução Industrial.

Então, após a Segunda Grande Guerra, ocorreram importantes transformações nas formas de produção. A ciência foi incorporada definitivamente nos processos de produção, fazendo com que todos os conhecimentos gerados em pesquisas fossem imediatamente incorporados nos processos produtivos industriais. Essa é a Terceira Revolução Industrial, e com ela surgiram os softwares, a microeletrônica, chips, transistores, circuitos eletrônicos, o computador, e a robótica, que aplicada nas linhas de produção, iniciou-se a fase irreversível da automação.

A expansão gerada a partir dessas inovações fez surgir novas e significativas tecnologias, como a telefonia móvel, a internet, a biotecnologia, e a indústria aeroespacial. Com todo esse processo revolucionário, surgiu a Quarta Revolução Industrial, também conhecida como Indústria 4.0, e com ela, os processos de automação ganharam uma nova dimensão. Foram englobados na produção novas tecnologias, ampliando a automação e a troca de dados, incorporando aos processos produtivos industriais os chamados Sistemas Ciber-Físicos, a Internet das Coisas e os mecanismos de Computação em Nuvem. A nova indústria deixa de se limitar ao “chão de fábrica” e ganha o espaço virtual. Surgem as “Fábricas Inteligentes”, baseadas agora em estruturas modulares e sistemas ciber-físicos e que monitoram os processos físicos. Nessa nova realidade, a partir de versões virtuais do mundo físico, softwares de inteligência artificial analisam cenários diversos e tomam decisões descentralizadas. Os produtos, antes manufaturados e depois produzidos em série, agora, também 100% virtuais, são comercializados na internet na velocidade de um click. Como forma de suprir a demanda de inovação gerada por esse novo cenário, as startups, modelo de negócios singular, ganham campo e importância no cenário econômico e, principalmente, no tecnológico.

11.2.2 CONCEITUAÇÃO DAS STARTUPS

Em sua acepção mais genérica as startups, surgidas no fim do século XX, conceituam-se como empresas em estágio inicial e, em processo de amadurecimento do modelo de negócios, voltadas para atuação de caráter tecnológico e inovador, objetivando o desenvolvimento de produtos de grande potencial de crescimento mercadológico. Tal conceituação, também tratadas nas palavras de Bruno Feigelson, Erik Nybø e Victor Fonseca, diz:

A partir do final do século XX e com maior intensidade no início do século XXI, um novo tipo de *player* se destacou na economia e no mundo corporativo: as empresas denominadas *startups*. Apesar de o uso do termo para definir pequenas empresas inovadoras datar aproximadamente da década de 1970, foi com o impetuoso desenvolvimento tecnológico e econômico vislumbrado na segunda metade da década de 1990 e no início deste século que *startups* ganharam maior notoriedade. (FEIGELSON, NYBØ e FONSECA, 2018, p. 21)

O recorte temporal ou marco histórico a partir do qual surgiram as startups ocorreu nos anos 1990 com a popularização da internet, sendo tal surgimento atribuído por muitos à criação do navegador Mosaic, conforme segue destacado.

A evolução de *startups* passa a acompanhar, de certa forma, o surgimento e a propagação da internet. O marco histórico de origem das empresas desenvolvidas como fundamento nessa tecnologia é o ano de 1993, data da criação do navegador Mosaic. A partir de então, sucedeu-se a fundação de diversas empresas deste tipo, algumas das quais perduram até os dias atuais. Exemplos marcantes de startups fundadas nesse período são a Yahoo! e a Amazon. [...] O boom das empresas chamadas “*pontocom*”, no entanto, ocorreu de forma intensa e curta (FEIGELSON, NYBØ e FONSECA, 2018, p. 21-22)

Geralmente as startups são concebidas em uma formatação mais reduzida. Com o objetivo precípua de minimizar todos os tipos de risco, essa redução estrutural abrange tanto o quadro de pessoal (risco trabalhista) quanto a sua estrutura física, instalações e mesmo o seu estoque (risco do negócio).

Com foco na inovação e tecnologia, por concepção lógica, em sua maioria não são empresas que se prendem aos modelos de negócios mais convencionais ou mesmo consolidados, costumam implementar formas singulares de atuação para cada produto ou serviço. É o que se vê nas palavras de Ries.

Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maioria das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.)

A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados. (RIES, 2018, p. 18)

Normalmente são concebidas por meio da ajuda de investidores, que, interessados na participação e na venda de produtos ou serviços com alto potencial de comercialização, aportam recursos financeiros destinados a concepção e manutenção da startup. Em razão disso, atuam de forma otimizada e ágil, voltada para o resultado e não costumam se compatibilizar com processos burocráticos e morosos.

Justamente por conta da vocação para inovação e da necessidade de atuação por meio de um modelo de negócios mais otimizado que a maioria das empresas clássicas, as startups assumem posição de relevo no universo da Indústria 4.0, na medida em que se postam naturalmente como um dos principais vetores de incubação e criação de novas tecnologias. Nesse sentido, a importância das startups para o presente trabalho se deve ao fato de que, dentre os inúmeros modelos de negócios que surgiram com a Indústria 4.0, atualmente são elas que possuem maior potencial de evolução tecnológica para os processos industriais como um todo.

11.2.3 CONCEITUAÇÃO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

Para aprofundar na discussão objeto deste trabalho, faz-se necessário uma breve conceituação dos contratos, de modo a definir, de forma sucinta, os aspectos mais básicos de sua constituição no ordenamento jurídico vigente.

Em sua essência, o contrato se consubstancia em um acordo de vontades contrapostas, com natureza econômico-patrimonial, objetivando a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, de forma vinculante e obrigatória para ambas as partes.

Nessa via de ideias, todo contrato se constitui em negócio jurídico bilateral, formado pela presença obrigatória de duas ou mais vontades via de regra contrapostas. No trecho destacado a seguir, tal conceituação já se verificava chancelada na lição de Maria Helena Diniz, senão vejamos.

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial. (DINIZ, 2008, p. 30)

Nas palavras de Clóvis Beviláqua (1916, p. 245), contrato é “[...] o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito [...]”. Já para Orlando Gomes (2007, p. 10) “[...] contrato é, assim, o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam”.

Em sua concepção mais atual, o contrato se consubstancia em negócio jurídico bilateral que cria obrigações para ambas as partes, de modo convencionado e seguindo um consentimento recíproco, voltado para uma necessidade comum de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Nos termos do atual Código Civil brasileiro a validade do contrato requer necessariamente a presença de alguns requisitos subjetivos (partes) e objetivos (objeto do contrato), senão vejamos:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Sendo o resultado jurídico do ajuste de vontades contrapostas, o contrato nasce de atos negociais prévios. A partir dessa negociação é que será definido todo o escopo contratual, composto por objeto, termos, condições, obrigações, etc.

Não obstante, o contrato possui limitações impostas pelo próprio Código Civil, como a Função Social do Contrato, a probidade e a Boa-fé, senão vejamos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

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

Além das limitações legalmente impostas, os contratos são regidos e porque não dizer, limitados pelos seguintes princípios:

- Princípio da Obrigatoriedade ou Irretratabilidade – também conhecido como Princípio *Pacta Sunt Servanda*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, decorre da função social do contrato e da própria liberalidade de manifestação da vontade das partes. Nessa concepção, uma vez celebrado e perfeito, só se desfaz o contrato por nova manifestação de vontade.
- Princípio da Autonomia da Vontade – tal princípio impõe que aos contratantes é conferida liberdade para, por intermédio da livre manifestação de vontade, definirem se desejam ou não contratar, com quem contratar e o conteúdo do contrato, desde que não haja proibição legal para tanto. Vale ressaltar que o princípio da Autonomia da Vontade não é absoluto, haja vista que pode sofrer limitações em razão da manutenção da ordem pública e pela intervenção estatal, hipótese em que suas cláusulas poderão ser revistas ou mesmo modificadas contra a vontade das partes.
- Princípio da Intangibilidade – oriundo do princípio anterior, do mesmo modo que o contrato não pode ser desfeito senão por nova manifestação da vontade das partes, uma vez estabelecidas suas condições, estas se revestem do atributo da imutabilidade não podendo sofrer alteração o conteúdo da relação e as cláusulas do negócio.
- Princípio Consensualista – dispõe que o simples acordo de vontades é suficiente para que o contrato seja concebido, não carecendo, portanto, de maiores formalidades para sua formação, exceto nos casos em que a lei determina que sejam celebrados seguindo uma forma específica.

- Princípio da Boa-Fé – para além de um mero limitador do direito de contratar, tal princípio determina que a linguagem não deve prevalecer sobre a verdadeira intenção dos contratantes, devendo o contrato ser revestido de lealdade, probidade e ética.
- Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato – para este princípio os efeitos da relação contratual geralmente devem se limitar aos seus contratantes “*res inter alios acta*”, não beneficiando ou prejudicando terceiros.

A par do conceito dos contratos, passa então a tratar da sua interface com as negociações advindas das empresas oriundas da 4ª Revolução Industrial, mais especificamente no que se refere às startups.

11.2.4 O PAPEL DAS STARTUPS NA EVOLUÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS UTILIZADOS PELO SISTEMA S INDÚSTRIA

Cada vez mais os processos de contratação adotadas nas grandes organizações são demandados por agilidade e desburocratização. Há uma necessidade crescente de que os departamentos jurídicos ajustem seus processos aos dos Setores Comerciais, fazendo com que haja mais agilidade na formalização dos negócios que são fechados.

Parte dessa necessidade decorre do fato de que a burocracia envolvida na análise jurídica e elaboração de um instrumento jurídico muitas vezes causam descompassos no negócio que vão desde atrasos na prestação e um serviço ou fornecimento de um bem, até à modificação das condições econômicas e financeiras que levaram à celebração do contrato.

Tais questões são vistas como uma das principais responsáveis pelo distanciamento ou desinteresse das startups em relação às questões jurídicas que permeiam o negócio, e que acabam gerando desconfiança do empreendedor em relação aos advogados, conforme salientam Feigelson, Nybø e Fonseca, senão vejamos.

No entanto, a preocupação do empreendedor com as questões jurídicas é ocasional. Os sócios de uma startup podem até se mostrar atentos às necessidades legais que possuem. Muitas vezes, no entanto, pouco agem no sentido de saná-las; isso se dá normalmente por dois fatores, que vão muito além da simples falta de preocupação: a) acreditarem que esses problemas são secundários e burocráticos

demais, devendo dessa forma ser precedidos por questões inerentes ao desenvolvimento do produto, serviço ou modelos de gestão da empresa; ou b) por não acreditarem que os problemas podem ser resolvidos por pessoas capazes e competentes (um reflexo da falta de confiança que possuem em relação a pessoas externas ao dia a dia da empresa, como advogados). Conforme exposto em outra oportunidade, o empreendedor encontra-se num “*limbo de incerteza jurídica*” e, muitas vezes, não confia em advogados, por considerar que estes “*não entendem suas necessidades*”.

Diante disso, é difícil encontrarmos uma startup que tenha como uma de suas preocupações iniciais a regularização de seus aspectos jurídicos. (FEIGELSON, NYBØ e FONSECA, 2018, p. 37).

Para as startups, que como explicitado no capítulo anterior, dependem fundamentalmente de um modelo de negócios extremamente otimizado e ágil, essa compatibilização de processos, se mostra atualmente não apenas como uma necessidade, mas, como uma imposição mercadológica.

Todavia, vale destacar que, inobstante as necessidades demandadas pela indústria 4.0, há no mercado jurídico uma crescente demanda pela implementação de instrumentos e processos jurídicos contratuais mais dinâmicos e céleres.

Cada vez mais, a burocratização imotivada, seja no setor público ou privado, como umas das principais causas da morosidade nos processos e procedimentos jurídicos, tem se mostrado como uma das principais vilãs da atuação jurídica no mercado em geral.

É exatamente nesse contexto evolutivo que se situam atualmente os processos de contratação adotados pelas entidades que compõem o Sistema S, as quais ainda se valem, em sua grande maioria – como é o caso do SESI e do SENAI – de instrumentos jurídicos mais próximos da praxe e ritualística tradicionais do que das tendências mais modernas e dinâmicas pelas quais pugnam as startups.

Essa proximidade de um modelo contratual mais tradicional e conservador, muito se deve ao fato de que a maior parte das demandas de elaboração de instrumentos jurídicos processadas diariamente nos departamentos jurídicos de tais entidades é majoritariamente voltada para a manutenção administrativa, além dos contratos de receita, seja para a prestação de serviços educacionais ou para a prestação de serviços de consultoria.

Logo, a relação contratual entre as startups e as entidades do Sistema S Indústria como o SESI e o SENAI, ainda se mostra pouco representativa frente ao universo das demandas que compõem o dia a dia dos seus departamentos jurídicos, o que acaba fazendo com que os profissionais da área sejam naturalmente mais tendenciosos a um modelo de processamento contratual mais tradicional e conservador.

Contudo, é forçoso dizer que, é justamente nessa postura reativa e conservadora que se verifica um dos grandes entraves à evolução da prática jurídica aplicada à elaboração de instrumentos jurídicos.

Tal postura dá a falsa impressão de que, apenas por conta das startups e demais empresas oriundas da Indústria 4.0, que se faz necessária a otimização dos instrumentos jurídicos utilizados pelas entidades que compõem o Sistema S Indústria, quando na verdade tal evolução seria benéfica a todos os processos de contratação.

Como mencionado anteriormente, a otimização dos instrumentos jurídicos adotados no âmbito do Sistema S Indústria, para além do universo das startups e da Indústria 4.0, se mostra como uma necessidade mercadológica inafastável e urgente, na medida em que, com a adoção de processos mais céleres e dinâmicos, o profissional do direito se verá com mais tempo útil para se dedicar a situações mais complexas e estratégicas para a entidade. Nesse contexto, as startups e demais empresas que representam a 4^o Revolução Industrial, por sua necessidade natural e urgente de otimização, celeridade e eficiência, se mostram como principais colaboradoras desse processo evolutivo.

Cabe se questionar então qual seria a medida saudável do ponto vista legal, social e econômico, entre a manutenção dos requisitos mínimos legais que conferem ao contrato vigência no ordenamento jurídico e a necessidade premente de agilidade e otimização dos processos que culminam na instrumentalização de tudo que foi negociado entre os contratantes.

Se de um lado o mercado requer agilidade/otimização de processos, de outro o profissional do direito não pode se afastar completamente das formalidades que cercam a instrumentalização dos contratos, sob pena de incorrer em atecniais que poderiam em alguns casos levar até a nulidade da contratação, eis que o contrato, conforme já dito, se limita ao que define a Lei.

Parte desse problema, passa pela compreensão do profissional do direito da sua real participação nesse processo, se de mero intermediador/instrumentalizador a formação do contrato, ou se de verdadeiro viabilizador da avença

Do mesmo modo, há a necessidade de que o empreendedor da startup entenda que a atuação da sua empresa depende de uma conformação legal mínima, que há questões e aspectos envolvidos no negócio que deverão obedecer certos requisitos, sob pena inclusive de se causar prejuízos à empresa. A exemplo disso, pode-se citar a propriedade intelectual e industrial, as quais demandam a observância de requisitos específicos para que se garanta o mínimo de proteção legal.

Logo, há a necessidade inquestionável para que os processos de contratação, adotados pelas entidades que compõem o Sistema S Indústria, evoluam de forma a fluírem de modo mais ágil e otimizado, cabendo ao profissional do direito, nesse caso, se imbuir do seu papel de agente evolutivo desses processos.

Mais do que entender os aspectos práticos, cotidianos e ritualísticos dessa evolução, o profissional do direito deve compreender a real dimensão e contexto das mudanças que estão ocorrendo, e aquelas que ainda estão por vir no mercado, não só da inovação e da tecnologia, nos quais se inserem as startups, mas, também, no mercado em geral. Só assim, será possível ao profissional do direito recobrar e manter a confiança dos empreendedores na necessidade de sua atuação para o negócio em geral.

Tem-se, portanto, que a importância das startups para a evolução dos processos de contratação atualmente utilizados pelas entidades do Sistema S Indústria é, sobretudo, a de alertar o meio jurídico para a necessidade urgente de evolução processual e procedimental, para que a atuação jurídica possa acompanhar o movimento mercadológico e funcionar como verdadeiro intermediador do progresso, e não como um obstáculo a esse.

11.3 CONCLUSÃO

No senso comum, o direito sempre veio acompanhado e marcado pela pecha da burocracia desnecessária, da morosidade e do formalismo exacerbado. No meio empresarial não é incomum que os processos e procedimentos adotados pelos departamentos jurídicos sejam vistos como verdadeiros obstáculos à celeridade e fluidez dos negócios.

Destarte, é nítida a necessidade de que o direito se atente para as modificações na atuação jurídica que vem sendo exigidas, não só pelas empresas oriundas da 4ª Revolução Industrial, mas em quase todos os ramos do mercado atual.

É necessário que a atuação jurídica aplicada à instrumentalização dos contratos celebrados no âmbito das startups e demais empresas oriundas da 4ª Revolução Industrial evolua, de modo não apenas a possibilitar o desenvolvimento desse ramo mercadológico, mas também de favorecer o seu crescimento e progresso.

Não obstante, do mesmo modo que o direito acompanha o movimento social, adaptando-se e evoluindo de acordo com as necessidades impostas naturalmente pela sociedade, não se pode afastar completamente do empreendedor da startup ou de qualquer outro ramo mercadológico. A responsabilidade com a conformação mínima legal vigente, eis que esta, mesmo de forma indireta, é a representação imediata da vontade da sociedade.

Em outras palavras, da mesma forma que o direito não deve funcionar como mero entrave à atuação mercadológica das startups, também não podem estas funcionar totalmente à margem do ordenamento e alheias às imposições legais que cercam a sua atuação.

Portanto, percebe-se que a questão fundamental entre a evolução mercadológica, implementada a partir do surgimento das startups, e a atuação jurídica na instrumentalização contratual dos negócios jurídicos advindos, celebrados por estas empresas, depende muito mais de harmonização entre as partes envolvidas do que de conformação de uma parte à outra.

11.4 REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil anotado**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. 4 v.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 janeiro de 2002; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008. 3 v.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik; FONSECA, Victor. **Direito das startups**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIES, Eric. **A startup enxuta: como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas**. São Paulo: Lua de Papel, 2012.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



12 – O PACTO FEDERATIVO E OS INCENTIVOS FISCAIS

Victor Humberto da Silva Maizman

Departamento Regional de Mato Grosso

12.1 O PACTO FEDERATIVO E OS INCENTIVOS FISCAIS

Para se compreender a discussão que cerca o regime de concessão de incentivos fiscais, faz-se mister discorrer a respeito do princípio federativo, tão relevante para a análise de assuntos na seara tributária.

O artigo 1º da Carta Magna ressalta formar a República Federativa do Brasil a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, enquanto o artigo 60, §4º prevê que “[...] Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado”. Por este motivo, quem realiza a interpretação do direito deve, em seus pensamentos, considerar a Federação em si. Afinal, ela não é algo a ser alcançada, mas se constituir em realidade.

Cumpre relembrar, que a Carta Constitucional brasileira vigente consagrou a ideia de federalismo cooperativo, de paridade ou de integração, que constitui um relevante postulado a orientar a interação, muitas vezes revestida de certo grau de antagonismo de interesses e conseqüente tensão institucional, entre os entes federados. Trata-se de um vetor constitucional que estabelece a noção de que os integrantes da Federação compartilham competências, repartem ônus e benefícios em nível nacional e atuam de forma conjunta no sentido do alcance dos objetivos do País, notadamente aqueles inscritos nos arts. 1º, 3º e 4º da Carta da República. Há entre os diversos integrantes da Federação uma relação de autonomia e interdependência, sem que qualquer um deles possa se colocar em uma posição de superioridade hierárquica ou de precedência em relação aos demais.

Essa constatação torna-se particularmente reforçada na perspectiva do ICMS. Tratando-se de um tributo de enorme relevância financeira para os entes federados, constituindo uma das suas principais fontes de arrecadação, mostra-se necessário que os regramentos gerais relativos ao referido imposto sejam adequadamente fixados em nível nacional e, mais importante, haja o estabelecimento de um equilíbrio entre os Estados e o Distrito Federal no que se refere à sua sistemática de instituição e cobrança. Em outras palavras, embora seja um tributo de competência estadual, o ICMS possui caráter nacional, dada a sua importância e as variadas possibilidades de conflito que dele emanam, mostrando-se relevante, sempre que possível, um balanceamento na sua distribuição entre os Estados, respeitada, por evidente, a realidade econômica local e um desejável nível de consenso a respeito de seus regramentos gerais.

De outro lado, mostra-se indesejável, porque resulta em insegurança jurídica e em perdas financeiras para os cofres públicos, a chamada guerra fiscal, que já foi seguidamente rechaçada pela Suprema Corte. Nesse sentido, a ideia de princípio federativo, de equilíbrio entre os entes federados, de nacionalidade do ICMS e de necessidade de consenso entre os Estados

e o Distrito Federal traduzem justamente esse objetivo de evitar-se a criação de uma disputa fiscal predatória e prejudicial ao interesse público e, mais grave, que gere situação de incerteza para o próprio contribuinte.

Nesse contexto, ao resguardar o chamado “Pacto Federativo”, a Constituição Federal vigente, através do artigo 155, § 2º, XII, g, impôs que cabe a Lei Complementar disciplinar a concessão de incentivos fiscais em matéria de ICMS.

Pois bem, na vigência da Constituição Federal anterior, foi editada a Lei Complementar 24/75 que tratou de regular a concessão dos incentivos fiscais, impondo como condição de validade, que a regra aprovada pelo Estado seja aprovada à unanimidade pelo CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária.

Depreende-se oportuno salientar, que amiúde a Colenda Corte vem afastando a validade das legislações estaduais que concedem incentivos fiscais sem observar a condição prevista na então vigente **LC 24/75**.

Sob este prisma, o STF, à guisa de exemplificação, declarou inconstitucional o caput do artigo 12 da Lei nº 5.780/93, do Estado do Pará, que autorizava o Poder Executivo a conceder, independentemente de deliberação do CONFAZ, benefícios fiscais ou financeiros que poderiam importar em redução ou exclusão do ICMS:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 12, caput e parágrafo único, da Lei estadual (PA) nº 5.780/93. **Concessão de benefícios fiscais de ICMS independentemente de deliberação do CONFAZ. Guerra Fiscal. Violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. 1. É pacífica a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal de que são inconstitucionais as normas que concedam ou autorizem a concessão de benefícios fiscais de ICMS (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento) independentemente de deliberação do CONFAZ, por violação dos arts. 150, § 6º, e 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal, os quais repudiam a denominada “guerra fiscal”. Precedente: ADI nº 2.548/PR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ 15/6/07. 2. Inconstitucionalidade do art. 12, caput, da Lei nº 5.780/93 do Estado do Pará, e da expressão “sem prejuízo do disposto no caput deste artigo” contida no seu parágrafo único, na medida em que autorizam ao Poder Executivo conceder diretamente benefícios fiscais de ICMS sem observância das formalidades previstas***

na Constituição. 3. Ação direta julgada parcialmente procedente.”
 (ADI 1247, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-157 DIVULG 16-08-2011 PUBLIC 17-08-2011 EMENT VOL-02567-01 PP-00001) (grifamos)

Navegando pelas mesmas águas, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do Decreto nº 52.381/2001, do Estado de São Paulo, que previa, sem suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, a outorga de benefícios fiscais a estabelecimentos produtores de leite localizados no Estado de São Paulo, reduzindo em 100% a base de cálculo de ICMS nas saídas desses produtos fabricados naquele ente federativo:

“INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Objeto. Admissibilidade. Impugnação de decreto autônomo, que institui benefícios fiscais. Caráter não meramente regulamentar. Introdução de novidade normativa. Preliminar repelida. Precedentes. Decreto que, não se limitando a regulamentar lei, institua benefício fiscal ou introduza outra novidade normativa, reputa-se autônomo e, como tal, é suscetível de controle concentrado de constitucionalidade. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Decreto nº 52.381/2007, do Estado de São Paulo. Tributo. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Benefícios fiscais. Redução de base de cálculo e concessão de crédito presumido, por Estado-membro, mediante decreto. Inexistência de suporte em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, nos termos da LC 24/75. Expressão da chamada “guerra fiscal”. Inadmissibilidade. Ofensa aos arts. 150, § 6º, 152 e 155, § 2º, inc. XII, letra “g”, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. Não pode o Estado-membro conceder isenção, incentivo ou benefício fiscal, relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, de modo unilateral, mediante decreto ou outro ato normativo, sem prévia celebração de convênio intergovernamental no âmbito do CONFAZ.” (ADI 4152, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00050) (grifamos)

Infere-se, pois, a uniformidade nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal quanto à patente inconstitucionalidade dos benefícios fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal sem a prévia convalidação no âmbito das reuniões promovidas pelo CONFAZ, vindo com isso, a motivar que fosse apresentada junto aquela Corte a Proposta de Súmula Vinculante 69 com o seguinte texto:

“Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional”.

E mais, sem embargo desse entendimento do STF sobre o assunto, a própria Corte vem indeferindo o pedido de mitigação dos efeitos de tal decisão:

***“I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento”.* (ADI 4481, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015) (grifos aditados)**

Na esteira do que preceitua o parágrafo único do artigo 28, da Lei n.º 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo emanada do Supremo Tribunal Federal têm eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Quanto aos efeitos temporais, a decisão de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, é dotada de efeitos *ex tunc*.

Noutras palavras, a decisão que julga por inconstitucional determinado ato, norma ou dispositivo de norma possui efeitos retroativos, considerando o texto inconstitucional e, portanto, nulo desde a sua gênese. Este entendimento é facilmente extraído da interpretação do artigo 27, da Lei n.º 9.868/1999, a seguir transcrito:

“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Portanto, com esse ambiente totalmente desfavorável perante o Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República sancionou a Lei Complementar 160/07 permitindo a “**convalidação dos incentivos fiscais**” concedidos sem a aprovação unânime do aludido Conselho, *verbis*:

Art. 5º A remissão ou a não constituição de créditos concedidas por lei da unidade federada de origem da mercadoria, do bem ou do serviço afastam as sanções previstas no art. 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, retroativamente à data original de concessão da isenção, do incentivo ou do benefício fiscal ou financeiro-fiscal, vedadas a restituição e a compensação de tributo e a apropriação de crédito extemporâneo por sujeito passivo.

Trata-se no caso específico de típica hipótese de ficção jurídica, uma vez que torna-se válida a regra que à época de sua vigência e propagação de efeitos não era.

Nesse sentido, alguém pode pensar que com a vigência da aludida Lei Complementar o assunto foi sepultado, mas não!

De fato, ao se pronunciar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5762/MT, a Procuradoria Geral da República sustentou que a sistemática de concessão de incentivos fiscais implementada ao arrepio do artigo 155, § 2º, XII, g, da CF, cuja regra delega à Lei Complementar regulamentar tais benesses, é inconstitucional em sua origem, de maneira que não é admissível sua constitucionalização superveniente.

Defende a PGR que se o Supremo Tribunal não admite constitucionalização superveniente por emenda constitucional, não o permitiria por normas infraconstitucionais, citando inclusive, o entendimento do Min. CELSO DE MELLO no RE 346.084/PR:

[...] não se revela aceitável nem acolhível, para os fins postulados pela União Federal, o reconhecimento de que a EC 20/98 poderia revestir-se de eficácia convalidante, pois – como ninguém ignora – as normas legais que se mostram originariamente inconciliáveis com a Lei Fundamental não se convalidam pelo fato de emenda à Constituição, promulgada em momento posterior, havê-las tornado compatíveis com o texto da Carta Política. Se o Poder Público quiser proceder de acordo com o teor de superveniente emenda à Constituição, deverá produzir nova legislação compatível com o conteúdo resultante do processo de reforma constitucional, não se viabilizando, em consequência, a convalidação de diploma legislativo originariamente inconstitucional. Cumpre advertir, por isso mesmo, que a superveniência de emenda à Constituição, derivada do exercício, pelo Congresso Nacional, do poder de reforma, não tem o condão de validar legislação comum anterior, até então incompatível com o modelo positivado no texto da Carta Política. (RE 346.084/PR, Rel.: Min. Ilmar Galvão, DJ 1/9/2006)/

De notar, portanto, que se a vontade do legislador complementar foi trazer segurança jurídica para a questão, denota-se que não será através da edição da LC 160/17 que alcançará tal pretensão.

Por esse motivo, para as regiões em desenvolvimento, à exemplo dos Estados que compõe o Norte e Centro-Oeste brasileiro, a questão não deve ser analisada apenas sob o manto do artigo 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal e, por corolário, da Leis Complementares 24 e 160, mas também com respaldo em outras regras constitucionais, devendo ser lançado mão do critério sistemático, também definido como Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização, conforme os ensinamentos do mestre Pedro Lenza, senão vejamos:

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios [LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 17ª Edição, Ed. Saraiva, p. 160.].

Do exposto, é cediço que a validade e eficácia da restrição prevista na LC 24/75, no que diz respeito a é fomentada pelos Estados mais industrializados da federação, haja vista o interesse deliberado em combater os programas de incentivos fiscais instituídos pelos Estados menos desenvolvidos.

Os defensores da aludida tese sustentam que conceder isenção do ICMS sacrifica a arrecadação, já precária, dos Estados membros, configurando assim, verdadeiro suicídio para o tesouro estadual.

A tese, porém, só é válida para os Estados industrializados, ou mais exatamente, aqueles integrantes das regiões sul e sudeste do País. Nestes, aliás, é impossível conceder isenção para indústria nova, porque em seu território já existe indústria de todos os ramos, ao contrário dos Estados das regiões Norte e Centro-Oeste, cujo potencial de industrialização depende de atrativos fomentados pelo Governo Estadual, promovendo, por corolário, o aumento da arrecadação dos demais tributos, na medida em que aumenta a renda e o conseqüente poder de compra, com a oferta de novos empregos.

A Constituição Federal preconiza com eloquência a redução das desigualdades sociais e econômicas regionais, em pelo menos quatro dispositivos. No *art. 3º, inciso IV*, afirma ser essa redução um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. No *art. 151, inciso I*, diz ser vedado à União *instituir tributo que não seja uniforme em todo o Território Nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro*, entretanto, acrescenta ser *admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País*. No *art. 165, § 7º*, diz que os orçamentos fiscal da União e de investimentos das empresas das quais direta ou indiretamente tem participação majoritária, *terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais segundo critério populacional*. E no *art. 170, inciso VII*, coloca entre os princípios a serem observados na ordem econômica a *redução das desigualdades regionais e sociais*.

Na prática, os Estados estão proibidos de conceder *isenções, incentivos e benefícios fiscais* para atrair empreendimentos novos, que é na realidade o melhor instrumento para realizar aquela meta enfática e repetidamente preconizada.

É de se ressaltar, por oportuno, que a força política dos Estados mais industrializados conseguiu tornar impossível a concessão de isenção do ICMS, pois a malfadada LC 24/75 exigia para tal fim a aprovação unânime dos representantes dos Estados no CONFAZ, cujo regimento não tem validade frente os dispositivos constitucionais alhures apontados.

Aliás, o argumento segundo o qual a renúncia fiscal arruína a Fazenda dos Estados é absolutamente improcedente para os Estados não industrializados. Nestes, a isenção de impostos para atrair empreendimentos novos é fórmula que aumenta, sem dúvida, a arrecadação, na medida em que aumenta a capacidade de compra de um número significativo de pessoas.

Nesse diapasão, merecem louvores, portanto, os Poderes Legislativo e Executivo Estaduais que, enfrentando todas as dificuldades no plano jurídico, estimulam, pelos meios ainda possíveis, a implantação, em seus Estados, de novas indústrias. Este é o meio mais eficaz de realizar a redução das desigualdades regionais que a Constituição preconiza.

O incentivo fiscal para empreendimentos novos é a melhor forma de promover o desenvolvimento econômico das regiões pobres do país, e assim reduzir as desigualdades econômicas regionais.

Por meio dos diversos tipos de incentivos estaduais, os agentes privados foram estimulados a suportar os maiores custos decorrentes da instalação de empreendimentos em locais distantes dos grandes centros, onde geralmente não há infraestrutura nem mão de obra adequada. **Essa política gerou desconcentração econômica no país, com reflexos positivos em termos de arrecadação, Produto Interno Bruto (PIB), empregos e índice de desenvolvimento humano (IDH).**

Tomando como exemplo os incentivos industriais, estudo da Fundação Getúlio Vargas avaliou 12 plantas criadas com o auxílio de incentivos estaduais concedidos por oito Estados, responsáveis por 1,2% do PIB nacional em 2010. (*fonte: <http://www.idp.edu.br/wp-content/uploads/2018/07/Federa%C3%A7%C3%A3o-e-Guerra-Fiscal.pdf>*)

Constatou-se que, além dos impactos diretos gerados pela implantação e operação das fábricas, há relevantes impactos indiretos e induzidos, por meio das cadeias produtivas e de consumo. No agregado entre os projetos, o impacto sobre o PIB gerado pela implantação se multiplica por 4,4, e o impacto anual gerado pela operação se multiplica por 4. Os impactos sobre o emprego se multiplicam por 85,6 na implantação e 14,1 na operação.

Por exemplo, estudos divulgados pelo IBGE, relativos ao período de 1995 a 2007, mostram que houve redução da participação dos Estados mais industrializados do país (SP, MG, RS, PR, RJ, SC, BA e AM) na indústria de transformação nacional, de 88,7% (1995) para 87,2% (2007). Os mesmos estudos apontam que a soma dos oito maiores PIBs (SP, RJ, MG, RS, PR, BA, SC e DF) foi reduzido de 81,5% em 1995 para 78,7% em 2007 (1% do PIB em 2007 equivale a 26,6 bilhões de reais). Ou seja, os outros 19 Estados tiveram um aumento de 18,5% para 21,3% do PIB.

Por outro lado, o estudo da Fundação Getúlio Vargas aponta que, devido às interconexões regionais, os efeitos dos incentivos estaduais se difundem por todo o país, elevando a arrecadação e o PIB nacional, bem como a demanda de bens e serviços de outros Estados, inclusive de regiões mais desenvolvidas. Em decorrência, a interrupção das atividades dos

empreendimentos incentivados geraria perdas substanciais para a economia, a população e a arrecadação de Estados e do país.

Considerando os benefícios para a sociedade, dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento indicam que, no período de 1991 a 2007, as regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste apresentaram maior crescimento do IDH (24,6%, 16,7% e 14,6%, respectivamente) do que as regiões Sul e Sudeste (13% e 12,5%, respectivamente).

Portanto, a competição fiscal é legítima, desde que observadas as regras existentes. Quando bem utilizados, os incentivos configuram instrumento adequado e eficaz para induzir investimentos em localidades menos desenvolvidas.

À guisa de exemplo, no Estado de Mato Grosso foi implementado o PRODEIC - Programa de Desenvolvimento Industrial e Comercial de *Mato Grosso* através da Lei Estadual 7.958/03, sem observar a regra prevista na Lei Complementar 24/75.

Porém, tal programa apresenta-se como vital para o crescimento e desenvolvimento da economia nas regiões do Estado, diante do volume de empregos gerados na cadeia produtiva e no volume renda distribuída e dessa multiplicada em mais consumo e novos investimentos.

Aplicando a metodologia Análise Custo-Benefício, no período de 2004 a 2017, apurado 3 (três) indicadores:

- Relação Benefício-custo = objetivo é entender a relação: quanto cada R\$1,00 renunciado (custo) engendra em valores monetários de benefício na economia mato-grossense.
- Valor presente líquido = no período, quanto de riqueza foi criada a partir da o instrumento de política tributário: PRODEIC.
- Taxa interna de retorno: no período, qual foi a taxa de retorno, numa ótica de investimento, que o programa conseguiu obter ao renuncia parte de sua receita junto as empresas que foram incentivadas e essas promovendo emprego, renda e consumo na economia dos municípios de maneira direta e indireta.
- Indicador: Relação Benefício-custo:

Indicadores	2004	2005	2006	2007
Relação B/C	2,77	1,87	1,63	1,81

Indicadores	2008	2009	2010	2011
Relação B/C	1,86	2,57	1,89	1,58

Indicadores	2012	2013	2014	2015
Relação B/C	1,69	1,65	1,55	1,57

Indicadores	2016	2017
Relação B/C	1,57	1,58

Em todos os anos de aplicação da Política Tributária de renúncia fiscal – programa PRO-DEIC, apresentou-se viável, pois o indicador demonstrou que em todos os anos a relação benefício-custo foi superior a 1, ou seja, para cada R\$ 1,00 de custo criou-se mais de R\$ 1,00 de benefício.

Em 2017, para cada R\$ 1,00 de custo o programa gerou R\$ 1,58 de benefício

Já em 2016, para cada R\$ 1,00 de custo criou R\$ 1,57 de benefícios econômicos e sociais. E assim por diante.

De todo exposto, a regra constitucional prevista no artigo 155, § 2º, XII, “g” (*imprescindibilidade da deliberação do CONFAZ para atribuir eficácia aos benefícios fiscais*), deve ser abrandada em face de sua manifesta incompatibilidade com os princípios constitucionais que impõe a redução das desigualdades sócio/econômicas das diferentes regiões do país, fomentando, por corolário, o tão almejado aumento das frentes de trabalho e maior arrecadação fiscal (*em termos globais*) do Estado.

Lançando mão da interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal, é de pre-va-lecer o entendimento de que a regra da unanimidade do CONFAZ conforme prevista na então vigente LC 24/75, deve ser analisada em consonância com os princípios constitucionais alhures apontados, em especial quando se trata da concessão de incentivos fiscais implemen-tados nos Estados em desenvolvimento.

**PRÊMIO ENASI DE
TRABALHO JURÍDICO 2018
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**



**13 – CONTRIBUIÇÃO SINDICAL – O STF
PACIFICOU A CONTROVÉRSIA?**

Victor Tainah Fernandes Dietzold

Departamento Regional do Rio de Janeiro

13.1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, que modernizou a legislação trabalhista, formou-se um palco de discussões acerca das diversas alterações legislativas, incluindo-se nesse cenário o controvertido e relevante debate sobre a contribuição sindical, que passou a ser facultativa.

O presente estudo tem por objetivo analisar os reflexos de natureza jurídica e prática decorrentes dessa significativa mudança de paradigma, notadamente após o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5794, no sentido de declarar a constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória.

Nessa linha, pretende-se abordar as principais questões que vêm gerando impasse nas negociações coletivas, diante de um panorama de redução de receitas sindicais.

Para analisarmos o presente estudo, enfrentaremos questões relativas ao Direito do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho e Direito Constitucional da seguinte maneira:

- a. Modalidades de contribuições para sindicatos;
- b. O STF e a acertada decisão sobre a contribuição sindical facultativa;
- c. O impasse nas negociações coletivas;
- d. Negociado X legislado e os riscos jurídicos envolvidos; e
- e. A importância de estimularmos o debate para um novo horizonte.

Dentro deste contexto, com espírito de síntese e sem a pretensão de esgotar a discussão, muito pelo contrário, o presente trabalho buscará demonstrar cautelas necessárias que devem ser observadas nas negociações coletivas diante do fim da contribuição sindical obrigatória, à luz das mudanças provocadas pela famigerada “reforma trabalhista”, bem como apresentar proposta concreta que poderá culminar na redução de despesas com ações trabalhistas para as empresas e entidades do Sistema “S”, assim como interessar aos trabalhadores e aos próprios sindicatos.

13.2 CONTRIBUIÇÕES PARA SINDICATOS

O sindicato tem como receita 4 (quatro) tipos de contribuição: contribuição sindical (art. 8º, IV da CF/88 c/c artigos 578 a 610 da CLT); contribuição confederativa (art. 8º, IV da CF/88); contribuição assistencial (art. 513, alínea “e”, da CLT); e contribuição associativa, também chamada de mensalidade sindical (art. 548, alínea “b”, da CLT).

13.2.1 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Dentre as receitas sindicais, a contribuição sindical sempre foi bastante controvertida em razão de sua obrigatoriedade e por possuir indisfarçável matiz *parafiscal*¹⁴⁷, sendo certo que após a lei que modernizou a legislação trabalhista, continua sendo alvo de grandes debates. Considerando o período anterior à Lei 13.467/2017, tal contribuição consistia em receita recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, nos meses e montantes fixados na CLT, quer se tratasse de empregado, profissional liberal ou empregador.

Com a chamada “Lei da Reforma Trabalhista”, a contribuição sindical obrigatória foi convalidada em contribuição sindical facultativa, podendo ser descontado apenas mediante expressa concordância dos participantes de categorias econômicas e profissionais, provocando, desta feita, inquietação no âmbito dos sindicatos e despertando intensos debates sobre novas formas e fontes de custeio sindical, conforme restará demonstrado mais adiante.

13.2.2 CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL

Em linhas gerais, a contribuição assistencial pode ser instituída em razão de serviços prestados pelos sindicatos como, por exemplo, eventuais esforços envidados na celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho, assim como na atuação ativa em dissídios coletivos visando garantir os interesses da categoria.

Com efeito, a inclusão de cláusula em instrumento coletivo de trabalho, a rigor, é lícita. Contudo, a discussão que se trava reside na forma pela qual a referida contribuição é incluída em acordos ou convenções coletivas, notadamente quando há obrigatoriedade de que todos os integrantes da categoria contribuam, sindicalizados ou não. Essa questão será enfrentada em tópico específico mais a frente.

¹⁴⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: 2018, LTR, 17 ed. p. 1599.

13.2.3 CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA

A contribuição confederativa tem origem constitucional, prevista no art. 8º, inciso IV, da CF/88, estabelecendo que *“a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”*.

O objetivo dessa contribuição, portanto, é o de custear o sistema confederativo, fazendo parte deste os sindicatos, federações e confederações, tanto da categoria profissional, como da categoria econômica.

13.2.4 CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA

Também chamada de mensalidade sindical, a contribuição associativa é aquela paga pelos associados ao sindicato, em razão de contrapartidas oferecidas, a exemplos de serviços médicos e jurídicos, de acordo com o estabelecido no estatuto do sindicato.

13.3 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FACULTATIVA

A contribuição sindical era popularmente conhecida como imposto sindical, tendo em vista que tinha natureza tributária, e portando compulsória. Com a Lei 13.467/2017, a contribuição sindical passou a ter natureza facultativa e não mais tributária, pois agora o desconto depende de expressa e prévia autorização dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal.

13.3.1 A DECISÃO DO STF NA ADI Nº 5794

Logo após a aprovação da Lei 13.467/2017, travou-se intensa discussão acerca da constitucionalidade da alteração legislativa no que diz respeito à contribuição sindical, sendo certo que diversas ações judiciais foram propostas no âmbito da Justiça do Trabalho com a finalidade de reconhecer, pela via incidental, a inconstitucionalidade da contribuição sindical facultativa e, ao final, que fosse determinado o desconto da referida contribuição.

Por oportuno, merece ser lembrada a lição do eminente Ministro do STF e professor Luis Roberto Barroso¹⁴⁸, em sua clássica obra “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, vejamos:

“O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso, cabendo a todos os órgãos judiciais indistintamente, tanto de primeiro como de segundo grau, bem como aos tribunais superiores. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Já não se discute mais, nem na doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por juiz de primeiro grau, seja estadual ou federal.”

O enorme número de ações judiciais propostas objetivando a continuidade da contribuição sindical obrigatória, acentuou o cenário de insegurança jurídica, notadamente em razão da divergência sobre o entendimento do tema, que acabou gerando decisões conflitantes tanto no primeiro, como no segundo grau de jurisdição.

Em paralelo, foram ajuizadas várias ações diretas de inconstitucionalidade sobre o mesmo tema, levando o STF a se posicionar sobre a questão por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5794.¹⁴⁹

Neste julgamento, finalmente o “martelo foi batido”, prevalecendo o entendimento de que não se poder admitir que a contribuição sindical seja imposta a trabalhadores e empregadores quando a própria Constituição Federal determina que ninguém pode ser obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical, e por essa razão, por maioria, o STF declarou que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical não viola a CF/88.

Entretanto, em que pese à acertada decisão do Supremo, que pacificou a divergência no judiciário, a contribuição sindical facultativa intensificou o impasse nas negociações coletivas, conforme veremos no próximo tópico.

¹⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2004, editora Saraiva, p.76.

¹⁴⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>. Relator min. EDSON FACHIN, julgado em 29/06/2018.

13.4 O IMPASSE NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

Inicialmente é importante trazer à baila o conceito do instituto da negociação coletiva que, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), na sua Convenção 154, ratificada pelo Brasil, esclarece que a negociação coletiva compreende todas as negociações entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de fixar as condições de trabalho e emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; disciplinar as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores; ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Vale dizer, a negociação se distingue da convenção e do acordo coletivo, na medida em que a negociação é um procedimento que visa superar as divergências entre as partes. O resultado desse procedimento é a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.¹⁵⁰

Voltando ao ponto, embora a decisão do STF mencionada no tópico anterior tenha sido motivo de comemoração, já que a contribuição sindical facultativa foi um dos pilares da lei que modernizou a CLT, fato é que, diante do fim de sua principal receita, os sindicatos passaram a endurecer nas negociações e proceder com estratégias objetivando permanecer com receitas provenientes de descontos de contribuições.

Registre-se, por oportuno, que a contribuição sindical compulsória representava certa de 40% (quarenta por cento) da composição das receitas dos sindicatos.¹⁵¹

O resultado prático desse impasse é o travamento de negociações coletivas. Diversas pesquisas apontam para uma significativa redução do número de instrumentos coletivos fechados. No primeiro semestre de 2018, a quantidade de convenções coletivas fechadas recuou 45,2%, na comparação com o mesmo período do ano passado, sendo certo que o total de acordos coletivos caiu 34%.¹⁵²

Atrás dos números, revela-se que os principais entraves nas negociações coletivas são: a discussão sobre as contribuições (sindical e assistencial); e a obrigatoriedade de as homologações das rescisões ocorrerem nos sindicatos.

¹⁵⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: 2018, Saraiva, 34 ed. p. 1195.

¹⁵¹ FONTE: Pesquisa Sindical 2016, CNI.

¹⁵² FONTE: Fundação Institutos de Pesquisas Econômicas (FIPE).

13.4.1 HOMOLOGAÇÃO DAS DEMISSÕES NOS SINDICATOS

Considerando o período anterior à Lei 13.467/17 (reforma trabalhista), regra geral, a participação do sindicato era obrigatória no processo rescisório. Após a vigência da lei, fora extinto o rito e a formalidade, na medida em que o procedimento rescisório é consumado pelo empregador, que concretiza a baixa na CTPS, comunica aos órgãos competentes sobre a extinção do contrato de trabalho e realiza o pagamento das verbas rescisórias no prazo legal.

Tal mudança legislativa merece ser prestigiada. Conforme exposto no parecer final sobre o projeto da reforma que tramitou no Congresso Nacional, a obrigatoriedade de o sindicato homologar os termos de rescisão de contrato de trabalho, representava, na verdade, uma etapa burocrática desnecessária, notadamente pelo alto número de ações trabalhistas requerendo as mesmas parcelas que foram objeto da homologação.¹⁵³

A verdade é que a possibilidade de a homologação da demissão ser realizada diretamente pelo empregador despertou o interesse do sindicato laboral de pleitear a inclusão cláusula no instrumento coletivo tornando obrigatória a sua participação no processo, o que vem representando entrave nas negociações. Entretanto, a referida homologação continua não trazendo segurança jurídica, e por essa razão as empresas têm resistido ao referido pleito, embora não haja obstáculo legal para atender esse pleito.

13.4.2 CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA POR DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA

Os sindicatos laborais iniciaram movimento de convocar assembleias com a finalidade de deliberar sobre a continuidade de desconto da contribuição sindical de todos os trabalhadores representados pelo respectivo sindicato, sendo sindicalizado ou não.

Contudo, nos termos dos artigos 578 e 579 da CLT, incluídos por meio da nova lei, a contribuição sindical, como já dito, passou a ter natureza facultativa, sendo certo que o novo texto legal estabeleceu categoricamente que eventual desconto da contribuição ficaria condicionado a uma autorização prévia e expressa do trabalhador.

Nesta linha, sustenta-se no presente ensaio que a interpretação correta que deve ser dada aos dispositivos legais acima mencionados, é no sentido de que a autorização prévia e expressa do profissional deve ocorrer de forma individual, e não por meio de “autorização” assemblear.

153 Parecer Final do Deputado Federal Rogério Marinho, página 23 – Projeto de Lei nº 6787/2016.

Outrossim, é importante ressaltar que o art. 462 da CLT consagra o princípio da proteção ao salário do trabalhador, sendo vedado qualquer desconto, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

Em sintonia com os dispositivos legais anteriormente mencionados, encontra-se o novo art. 611-B da CLT, o qual dispõe sobre direitos que não podem ser objeto de negociação coletiva, merecendo destaque o inciso XXVI que considera ilícita norma coletiva que estabeleça desconto salarial sem a prévia e expressa anuência do trabalhador, senão vejamos:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

(...)

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

Revela-se, portanto, que em qualquer situação, mesmo na hipótese de negociação coletiva, se faz necessária a autorização prévia, expressa e individual do trabalhador para que seja viabilizado o desconto da contribuição sindical.

13.4.3 CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL PARA NÃO SINDICALIZADOS E OS LIMITES SUBJETIVOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Outra estratégia engendrada pelos sindicatos nas negociações coletivas, diz respeito ao pleito de inclusão de cláusula em instrumento coletivo de trabalho que estabeleça o desconto de contribuição assistencial para todos os trabalhadores, filiados ou não ao sindicato.

Essa temática fora amplamente enfrentada na Justiça do Trabalho, gerando, inclusive, o precedente do Tribunal Superior do Trabalho nº 119, vejamos:

Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014.

“A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”

O Precedente Normativo acima transcrito consagra o entendimento jurisprudencial do TST no sentido de que a contribuição assistencial não pode ser imposta ao trabalhador não sindicalizado, sendo nula cláusula que deixe de observar tal vedação.

Como forma de abrandar a imposição do desconto da contribuição assistencial, os sindicatos passaram a sugerir o direito de oposição do trabalhador em sofrer o desconto, em prazo pactuado no instrumento coletivo, sob pena de ficar obrigado a contribuir. Geralmente, a proposta de oposição consiste na necessidade de o profissional comparecer pessoalmente na sede do sindicato para protocolar formalmente sua oposição.

No entanto, a sistemática proposta, além de onerar o trabalhador, vai frontalmente de encontro à legislação, que diz que o empregado deve autorizar o desconto em folha, e não formalizar uma oposição por meio de carta, que seria exatamente o contrário.

Oportuno destacar que o Supremo Tribunal Federal também já se posicionou sobre o tema, reafirmando entendimento no sentido da inconstitucionalidade da contribuição assistencial imposta por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença normativa a empregados não sindicalizados. A decisão foi tomada pelo Plenário Virtual do STF na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 1018459), com repercussão geral reconhecida. Os ministros seguiram a manifestação do relator do processo, ministro Gilmar Mendes.¹⁵⁴

¹⁵⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337395>

Com efeito, a proposta dos sindicatos de inclusão de cláusula de contribuição assistencial para todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, ainda que com direito a oposição, à luz da legislação, bem como da jurisprudência, não encontra guarida, sendo certo que pode ser considerada nula de pleno direito.

13.4.4 AFINAL, O NEGOCIADO PREVALECE SOBRE O LEGISLADO? QUAIS OS RISCOS?

A prevalência do negociado sobre o legislado é um dos principais vetores da lei que modernizou a legislação trabalhista, sendo certo que a nova lei inovou com a criação de dois dispositivos legais, quais sejam, o art. 611-A que apresenta um rol exemplificativo de questões que podem ser negociadas com prevalência sobre a lei, e o art. 611-B, que estabelece um rol taxativo de direitos que não podem ser flexibilizados.

Cabe destacar que, antes mesmo da modernização da CLT, já existia no STF a tendência de valorizar a autonomia coletiva e a estimular a autocomposição nos conflitos trabalhistas. No RE 895.759 de relatoria do Ministro Teori Zavascki, decidiu-se pela validade de norma coletiva que suprimiu o pagamento das horas in itinere mediante a concessão de outras vantagens. Na ADPF nº 323, foi concedida liminar para suspender todos os processos em curso e os efeitos das decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versassem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.¹⁵⁵

Nessa linha de raciocínio, no que diz respeito à postura dos sindicatos laborais de solicitarem a inclusão de cláusula em instrumento coletivo de trabalho que obrigue a sua participação no procedimento de homologação das demissões, não se vislumbra óbice jurídico. Por outro lado, já em relação à inclusão de cláusula que obrigue todos os trabalhadores a pagarem contribuição sindical ou assistencial, independentemente de autorização, é de se registrar o risco envolvido, na medida em que a autonomia coletiva possui limites.

Para enfrentarmos esse ponto, transcrevo as palavras do eminente Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região, o professor Enoque Ribeiro dos Santos:¹⁵⁶

“Desta forma, em um contexto de pluralismo jurídico, o Estado, antes considerado o único produtor de normas jurídicas, na visão kelseniana, neste novo cenário da pós-modernidade e do neoprocessualismo,

¹⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 2018. Saraiva, 13 ed. p.705.

¹⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação Coletiva de Trabalho*. Rio de Janeiro, 2018. Forense, 3 ed. p.210.

permite e legitima várias outras fontes de posituação das normas jurídicas, em um contexto de hierarquia das fontes normativas, na qual as normas constitucionais ocupam o vértice normativo máximo, irradiando, influenciando e servindo de luz às demais normas do ordenamento jurídico.

Nesta hierarquia das fontes normativas, encontramos os instrumentos normativos que defluem do negociado (negociação coletiva de trabalho frutífera ou bem-sucedida), ou seja, os acordos e convenções coletivas de trabalho, em ambos exigindo-se a presença do sindicato profissional (ou dos trabalhadores).”

Em que pese a inegável força do negociado sobre o legislado, precisamos ter cautela nas negociações coletivas no que tange aos pleitos que esbarrem na Constituição Federal, merecendo destaque o dispositivo constitucional que consagra o princípio da liberdade sindical, vejamos:

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

(...)

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

O constitucionalista José Afonso da Silva salienta que a liberdade de adesão sindical “consiste no direito de os interessados aderirem ou não ao sindicato de sua categoria profissional ou econômica, sem autorização ou constrangimento, liberdade que envolve também o direito de desligar-se dele quando o interessado desejar”.¹⁵⁷

Desta forma, parece não haver dúvida que a inclusão de cláusula em instrumento coletivo de trabalho que determine a obrigatoriedade de pagar contribuição sindical e/ou assistencial para todos os trabalhadores, seria uma forma indireta de obrigar o obreiro a se filiar ao sindicato, atentando frontalmente contra o princípio da liberdade sindical.

Com efeito, se eventualmente o empregador acatar o pleito do sindicato, fazendo o desconto, poderá ficar sujeito a ser acionado na Justiça do Trabalho pelo empregado que entender inexistir sua autorização para o desconto, e que por esta razão tal desconto não poderia ser realizado a sua revelia.

157 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 25ª ed., 2005, São Paulo-SP, p. 300.

13.5 A IMPORTÂNCIA DE AMPLIARMOS O DEBATE PARA UM NOVO HORIZONTE

Considerando o atual panorama de impasse nas negociações coletivas, se faz necessário que a sociedade discuta propostas que possam ser do interesse de todos os atores sociais que participam deste processo. A proposta a ser apresentada neste trabalho diz respeito às Comissões de Conciliação Prévia na solução de conflitos individuais trabalhistas.

13.5.1 A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESPESAS COM AÇÕES TRABALHISTAS PARA O EMPRESÁRIO, À LUZ DA DECISÃO DO STF NA ADI Nº 2237 QUE TRATOU DA EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL DO TERMO DE CONCILIAÇÃO, E QUE TAMBÉM PODE SER ATRATIVO PARA OS SINDICATOS ANTE A POSSIBILIDADE DE GERAR RECEITA PELO SERVIÇO PRESTADO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), finalmente decidiu que a obrigatoriedade de submeter os conflitos individuais trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia, prevista no art. 625-D da CLT, é inconstitucional, por violar o direito ao acesso à Justiça. A decisão foi tomada no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 2139, 2160 e 2237.¹⁵⁸

Entretanto, nesse mesmo julgado, o STF também decidiu questão de grande relevância, e que talvez não tenha ganhado tanto destaque, pelo menos não ainda. Por maioria o Supremo decidiu a favor da constitucionalidade do art. 625-E da CLT, que trata da eficácia liberatória geral do acordo celebrado no âmbito da Comissão de Conciliação Prévia (CCP).

Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu proposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

A questão relevante reside exatamente na possibilidade real e efetiva de a CCP ser um instrumento de solução de conflitos trabalhistas pela via extrajudicial, bastando condicionar a instituição da comissão a uma paridade de representação, como será demonstrado adiante.

¹⁵⁸ Relatora min. CARMEN LÚCIA.

Oportuno dizer, por prestígio ao debate, que o que deixou as CCP esvaziadas de serviço, não foi à obrigatoriedade de submeter o conflito previamente antes de buscar o judiciário, mas sim, a falta de definitivo reconhecimento pela Justiça do Trabalho da eficácia liberatória plena das quitações firmadas, ou seja, deixou de ser meio eficaz por falta de efetividade do resultado.

Nesse novo momento, mesmo que não haja obrigatoriedade de submeter os conflitos à CCP, a eficácia liberatória dos acordos celebrados eleva o nível de interesse por esse meio de solução de conflito extrajudicial, pois passa a ser atraente para os empregadores e empregados, não somente pela celeridade da solução, mas também pelo baixo custo.

Os sindicatos, por sua vez, que tanto lamentam a perda da contribuição sindical obrigatória, também podem pegar “carona” nesse tema, na medida em que poderão buscar a instituição das Comissões de Conciliação Prévia (CCP) como nova fonte de custeio da atividade sindical, em razão do serviço prestado.

Pontua-se, ainda, que o judiciário trabalhista também “ganha” com a criação de comissões de conciliação prévia. O Ministro do TST, Ives Gandra Martins, registra que:¹⁵⁹

“Antes da edição da Lei 9.958/00, o número total de ações que ingresavam na Justiça do Trabalho era de 2 milhões por ano. Após 9 anos de sua vigência, mesmo com a ampliação de competência da Justiça do Trabalho oriunda da EC nº 45/04, só ingressou 1,8 milhões de ações em 2008, mostrando eficácia desse meio alternativo de composição de conflitos.”

Insistimos no seguinte argumento: embora a submissão do conflito à CCP não seja obrigatória, como já dito, a grande questão que a tornará atrativa é a eficácia liberatória do termo de conciliação, que não poderá ser vista com restrições pela Justiça do Trabalho, mas que por outro lado poderá desafogar esta justiça especializada, especialmente em relação às demandas de baixa complexidade.

Esclareça-se que as comissões de conciliação podem ser instituídas pelas empresas e pelos sindicatos, sempre de maneira paritária, isto é, com a participação de representantes de empregados e empregadores. A composição da comissão de conciliação no âmbito sindical depende dos termos em que for prevista em convenção ou acordo coletivo, e a composição da comissão em sede empresarial está definida na própria lei (art. 625-B, CLT).

159 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo, 2018. Saraiva, 25 ed., p.230.

Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido (§4º do art. 625-D da CLT).

O funcionamento das CCP é muito simples. Ao receber a demanda trabalhista para conciliação, a comissão deve realizar a sessão de tentativa conciliatória no prazo máximo de 10 dias (CLT, art. 625-F). Esgotado esse prazo ou não se alcançando a composição do litígio, deverá ser fornecida aos demandantes “declaração de conciliação frustrada”, documento necessário para ingressar na Justiça do Trabalho.

Caso seja alcançada a conciliação, o termo firmado entre as partes tem eficácia liberatória geral para a empresa (o empregado dá quitação geral se a demanda diz respeito à rescisão contratual, podendo ressaltar pontos concretos sobre os quais pretende postular em juízo seu direito) e vale como título executivo extrajudicial (o empregado pode executá-lo diretamente na Justiça do Trabalho, sem a necessidade de prévio processo de reconhecimento dos direitos nele inseridos).¹⁶⁰

Revela-se, portanto, que a instituição de comissões de conciliação prévia pode ser um potencial instrumento de solução de conflitos individuais trabalhistas, interessando a todos os atores sociais: empregadores. Empregados, sindicatos; e indiretamente a Justiça do Trabalho.

13.6 CONCLUSÃO

Após enfrentarmos todas as questões, conclui-se que a inclusão de cláusula em instrumento coletivo de trabalho que implique na obrigatoriedade de descontar, de todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, as contribuições sindical e/ou assistencial, poderá ser considerada nula de pleno direito, ante a violação do princípio da liberdade de associação sindical.

Por outro lado, fato é que a lei que modernizou a legislação trabalhista, ao tornar facultativa a contribuição sindical, e alterar a lógica do velho sindicalismo corporativista, ao passo que prestigiou a negociação coletiva, reduziu significativamente o custeio da atividade sindical, estimulando que os sindicatos se repositionem e busquem novas fontes de custeio.

160 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. São Paulo, 2018. Saraiva, 25 ed., p.231.

Desta forma, se faz importante ampliarmos o debate sobre o tema, de modo que as negociações coletivas avancem. Nesse contexto, a criação de Comissões de Conciliação Prévia (CCP), ou o fortalecimento/aperfeiçoamento das já existentes, além de ser um potencial instrumento de solução de conflitos trabalhistas de interesse para as empresas (redução de despesas com ações trabalhistas) e para os trabalhadores (celeridade na solução e sem risco de sucumbência), também pode interessar os sindicatos, pois pode caracterizar nova fonte de receita sindical, pelo serviço prestado.

13.7 BIBLIOGRAFIA

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: 2018, LTr, 17 ed. p. 1599.

BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2004, editora SARAIVA, p.76.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>.

Relator min. EDSON FACHIN, julgado em 29/06/2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo: 2018, Saraiva, 34 ed. p. 1195.

FONTE: Pesquisa Sindical 2016, CNI.

FONTE: Fundação Institutos de Pesquisas Econômicas (FIPE).

Parecer Final do Deputado Federal Rogerio Marinho, página 23 – Projeto de Lei nº 6787/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337395>

BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo. 2018. Saraiva, 13 ed. p.705.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Negociação Coletiva de Trabalho. Rio de Janeiro. 2018. Forense, 3 ed. p.210.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 25º ed., 2005, São Paulo-SP, p. 300.

Relatora min. CARMEN LÚCIA.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho. São Paulo. 2018. Saraiva, 25 ed., p.230.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho. São Paulo. 2018. Saraiva, 25 ed., p.231.

CNI

Robson Braga de Andrade
Presidente

DIRETORIA JURÍDICA - DJ

Helio Rocha
Diretor Jurídico

Superintendência Jurídica

Cassio Borges
Superintendente Jurídico

Fabiola Pasini Ribeiro de Oliveira
Gerência de Consultoria

Gerência Executiva de Operações Jurídicas

Sidney Ferreira Batalha
Gerente-Executivo de Operações Jurídicas

Christiane Rodrigues Pantoja
Gerência do Contencioso

José Virgílio de Oliveira Molinar
Gerência de Contratos e Licitações

Comissão Organizadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Christiane Rodrigues Pantoja
Erika Alves Maciel Martins de Aquino
Fabiola Pasini Ribeiro de Oliveira
José Virgílio de Oliveira Molinar
Marcos Abreu Torres
Sidney Ferreira Batalha (Coordenador)

Comissão Julgadora do Prêmio ENASI de Trabalho Jurídico

Cassio Borges
Eduardo Mendonça
Flávio Amaral
Helio Rocha
Julio Sergio de Maya Pedrosa Moreira
Sérgio Murilo Santos Campinho

Elaboração

Ana Carolina da Silva Martins
André Luiz de Carvalho Cordeiro
Carlos José Kurtz
Claudia Beeck
Clayton Gomes de Medeiros
Diogo de Souza e Mello
Elisa Leão de Andrade
Leonice Borges da Cruz de Almeida
Lilian Beserra de Oliveira de Freitas
Luiz Fernando Barbosa Bezerra
Marco Antônio Guimarães
Marcos Roberto Oliveira de Souza
Victor Humberto da Silva Maizman
Victor Tainah Fernandes Dietzold

DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO - DIRCOM

Carlos Alberto Barreiros
Diretor de Comunicação

Gerência Executiva de Publicidade e Propaganda - GEXPP

Carla Cristine Gonçalves de Souza
Gerente Executiva

Walner Pessoa
Produção Editorial

Irineu Afonso de Oliveira
Elaboração de Capa

DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS - DSC

Fernando Augusto Trivellato
Diretor de Serviços Corporativos

Área de Administração, Documentação e Informação - ADINF

Maurício Vasconcelos de Carvalho
Gerente-Executivo de Administração,
Documentação e Informação

Alberto Nemoto Yamaguti
Normalização Pré e Pós-Textual